



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review



### **Editors**

Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)  
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)  
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)

### **Editorial Board**

Aluisio Mendes (University of Rio de Janeiro State, Brazil)  
Alvaro Perez-Ragone (University of Valparaiso, Chile)  
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)  
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)  
Burkhard Hess (University of Heidelberg, Germany)  
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)  
David Bamford (Flinders University, Australia)  
Dimitrios Tsikrikas (Universidade de Atenas, Grécia)  
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)  
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)  
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)  
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)  
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)  
Giovanni Priori Posada (Pontificia Universidade Católica del Perú)  
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)  
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)  
Juan José Monroy Palacios (Pontificia Universidad Católica, Peru)  
Loïc Cadiet (University of Paris, Sorbonne, France)  
Marino Marinelli (University of Trento, Italy)  
Michele Angelo Lupoi (University of Bologna, Italy)  
Miguel Teixeira de Sousa (University of Lisbon, Portugal)  
Mostefa Maouene (University Sidi bel Abbès, Algeria)  
Neil Andrews (University of Cambridge, England)  
Nikolaos Klamaris (University of Athens, Greece)  
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)  
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)  
Peter L. Murray (University of Harvard, United States)  
Remo Caponi (University of Florence, Italy)  
Rodrigo Rodriguez (University of Bern, Switzerland)  
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)  
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

### **Executive Editors**

Ravi Peixoto (UERJ)  
Alberto Trigo (UERJ)  
Marcus Seixas Souza (Faculdade Baiana de Direito)  
Felipe Batista (UFBA)

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

Luiz Rodrigues Wambier (IDP)  
Fabio Caldas Araújo (UNIPAR)  
Rafael Abreu (UFRGS)  
Antonio Souza (USP)  
Gisele Santos Goés (UFPA)  
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto (UFPE)  
Marco Felix Jobim (PUC-RS)  
Andre Roque (UERJ)  
Maria Angélica Feijó (UFRGS)  
Marcus Seixas Souza (Faculdade Baiana de Direito)



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review

2020

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://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

---

### **Ana Caldeira Fouto**

Auxiliary Professor, Faculty of Law of the University of Lisbon;  
Researcher, Legal Theory and History - ULisboa Research Centre (THD-ULisboa).

### **Donato Vese**

Ph. D at University School of Advanced Studies IUSS Pavia.  
Academic Vis. University of Oxford, Centre for Socio-Legal Studies.

### **Fredie Didier Jr.**

Professor of Civil Procedure at the Federal University of Bahia, Brazil, Lawyer.

### **João Otávio Terceiro Neto**

PhD candidate at the Federal University of Pernambuco, Brazil.  
Master of Laws (Federal University of Pernambuco, Brazil).

### **Leonardo Carneiro da Cunha**

Professor at the Federal University of Pernambuco, Brazil. PhD  
(Pontifical Catholic University of São Paulo, Brazil), Post-Doc (University of Lisbon, Portugal).

### **Murilo Teixeira Avelino**

Master in Civil Procedural Law from the Federal University of Pernambuco.  
National Treasure Attorney.

### **Paula Costa e Silva**

Full Professor, Faculty of Law of the University of Lisbon.  
Researcher, Lisbon Centre for Research in Private Law – CIDP.

### **Paulo Mendes de Oliveira**

PHD from the Federal University of do Rio Grande do Sul.  
Attorney of the National Treasury.





# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## Sumário

• 1

### **O poder normativo dos tribunais**

**Regimentos internos como fonte de normas processuais ..... 11**

#### THE COURT'S NORMATIVE POWER

The rules prescribed by courts as source of Procedure Law

*Paulo Mendes de Oliveira*

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS .....	12
2. PANORAMA DO DIREITO NORTE-AMERICANO .....	16
3. A POSSIBILIDADE DE OS TRIBUNAIS DISCIPLINAREM A COMPETÊNCIA E O FUNCIONAMENTO DOS SEUS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO (ART. 96, I, "A", DA CF/1988).....	22
4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TORNO DO ASSUNTO ...	26
5. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS FONTES DO DIREITO PROCESSUAL E A ATIVIDADE NORMATIVA DOS TRIBUNAIS .....	32
6. AS RESOLUÇÕES DOS TRIBUNAIS E A SUA ATIVIDADE NORMATIVA .....	37
7. SEGURANÇA JURÍDICA E PLURALIDADE DE FONTES NORMATIVAS .....	41
8. A EFICÁCIA VINCULANTE DAS NORMAS PROCESSUAIS REGIMENTAIS .....	46
9. SISTEMATIZAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS REGIMENTAIS .....	47
9.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	47
9.2. REGRAS SOBRE COMPETÊNCIA INTERNA DA CORTE .....	48
9.3. REGRAS DECORRENTES DE DELEGAÇÃO LEGAL EXPRESSA.....	53
9.4. REGRAS COMPLEMENTARES QUE DECORREM DE PRECEDENTES JUDICIAIS .....	55
9.5. REGRAS COMPLEMENTARES QUE DECORREM DE OMISSÃO LEGISLATIVA .....	56
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	64

## • 2

**Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. .... 69****On the Administrative Judge's Judicial Review over AGCM's Decisions. Full Jurisdiction and Protection of the Fundamental Rights***Donato Vese*

Introduzione.....	71
1. Il problema della pienezza della tutela sulle decisioni dell'AGCM nella recente normativa europea e italiana.....	73
1.1. La recezione della direttiva europea in materia di private antitrust enforcement da parte del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.....	73
1.2. L'efficacia vincolante della decisione dell'agcm per il giudice ordinario in sede di private enforcement.....	76
1.3. La normativa europea ed il rafforzamento del sistema di private antitrust enforcement.....	79
1.4. La disposizione dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017 e la sua interpretazione.....	82
2. La recente posizione della giurisprudenza italiana in materia di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'agcm.....	92
2.1. La limitazione dei poteri del giudice amministrativo attraverso il binomio sindacato esterno/sindacato debole.....	92
2.2. La posizione del Consiglio di Stato.....	99
2.3. La posizione dei tribunali amministrativi regionali.....	104
2.4. La posizione della Suprema Corte di cassazione.....	105
3. Gli orientamenti della dottrina contemporanea: aperture e (nuovi) limiti al sindacato pieno del giudice amministrativo sugli atti dell'agcm.....	108
3.1. I tradizionali limiti al sindacato pieno del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM.....	108
3.2. I termini attuali del dibattito. Il sindacato sostitutivo del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM ed i suoi limiti.....	114
4. La cognizione piena sui fatti e sui profili tecnici come elemento essenziale della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo.....	119
4.1. L'estensione del problema sui limiti della giurisdizione alla persona.....	119
4.2. L'elaborazione dei concetti di processo e di sindacato nel diritto positivo europeo e italiano.....	121
4.3. La giurisprudenza della Corte EDU sulla disciplina della full jurisdiction.....	123
5. Pienezza del sindacato e giurisdizione amministrativa sulle decisioni dell'AGCM nel diritto positivo italiano ed europeo.....	127
5.1. La limitazione della giurisdizione sugli atti dell'AGCM e la violazione del diritto di difesa convenzionalmente e costituzionalmente sancito nell'ordinamento europeo e italiano.....	127



5.2. L'art. 24 Cost. sul diritto di agire in giudizio come norma che esige il sindacato pieno del giudice amministrativo sul merito degli atti dell'AGCM per la tutela effettiva della persona.....	129
5.3. L'art. 6, par. 1, CEDU e il principio della full jurisdiction sul merito degli atti dell'AGCM per la tutela effettiva della persona.....	131
5.4. Inquadramento di fatti e profili tecnici resi dall'AGCM all'interno del merito amministrativo e loro insindacabilità. Critica. Riconduzione di tali elementi alla discrezionalità tecnica e loro piena sindacabilità da parte del giudice amministrativo.....	135
6. Conclusioni. Il sindacato pieno e sostitutivo del giudice amministrativo nella concezione del potere pubblico come potere funzionalizzato al godimento pieno ed uguale dei diritti fondamentali della persona.....	137

• **3**

**A Regulação dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Nacional..... 145**  
**The regulation of procedural contracts by the National Treasury Attorney's Office**

*Murilo Teixeira Avelino*

1. A prevalência do autorregramento da vontade no CPC.....	146
2. Firmando algumas premissas – os requisitos para a validade da negociação .....	149
2.1. Plena eficácia dos negócios jurídicos processuais.....	153
3. A Fazenda Pública e os negócios jurídicos processuais – a indisponibilidade do interesse público não impossibilita convencionar.....	159
4. Sobre as Portarias PGFN n° 360/2018 e n° 742/2018.....	165
5. Conclusão .....	169
Bibliografia.....	169

• **4**

**A interpretação do título executivo como matéria de defesa na execução .... 171**  
**The interpretation of the enforceable title as a defense allegation in the enforcement procedure**

*Leonardo Carneiro da Cunha*

*João Otávio Terceiro Neto*

1. Introdução.....	172
2. A interpretação do título executivo como questão prejudicial .....	173
2.1. Generalidades.....	173
2.2. Excesso de execução como questão subordinada à questão interpretativa.....	173
2.3. Inexistência de título executivo como questão subordinada à questão interpretativa.....	174

2.4. Questões relativas à validade da sentença arbitral subordinadas a questões interpretativas.....	175
3. Resolução da questão interpretativa.....	176
3.1. Competência.....	176
3.2. Aplicação das normas sobre interpretação: questão interpretativa como questão de direito.....	177
4. Decisão interpretativa e coisa julgada.....	180
5. Conclusões.....	183
6. Referências.....	183

## • 5

### **O discurso indizível, ou o estilo possível pela Lei da Boa Razão..... 185**

#### **The unspeakable speech, or the possible “estilo” in the “Lei da Boa Razão”**

*Paula Costa e Silva*

*Ana Caldeira Fouto*

I. Introdução.....	186
II. O Estilo: costume judiciário especial?.....	190
III. O reforço da jurisdição régia e a transmutação do estilo.....	193
IV. Dizer o Direito é ter a última palavra.....	196
V. Conclusão.....	205

## • 6

### **Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório..... 209**

#### **Amicus curiae’s intervention in the formation of administrative precedents**

*Fredie Didier Jr.*

I. Introdução: generalidades sobre a intervenção do <i>amicus curiae</i> .....	210
II. Sistema brasileiro de precedentes administrativos obrigatórios.....	211
III. Intervenção do <i>amicus curiae</i> e os processos administrativos aptos à formação de precedentes obrigatórios.....	215
IV. Conclusão.....	217
Referências.....	217

## • Entrevista

### **Giustizia e processo. Una conversazione con Andrés De La Oliva Santos a cura di Vincenzo Varano ..... 219**



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

## O poder normativo dos tribunais<sup>1</sup> Regimentos internos como fonte de normas processuais

THE COURT'S NORMATIVE POWER

The rules prescribed by courts as source of Procedure Law

**Paulo Mendes de Oliveira**

PHD from the Federal University of do Rio Grande do Sul  
Attorney of the National Treasury

**Resumo:** A pesquisa desenvolvida teve como objetivo investigar as fontes normativas do Direito Processual, em especial a extensão do poder normativo que a Constituição Federal conferiu aos tribunais. O estudo foi dividido em quatro momentos. Primeiramente, foram analisadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, momento em que se confirmou a hipótese de escassez da produção acadêmica e de reflexão prática a respeito da atividade normativa dos tribunais. Em segundo lugar, houve o aprofundamento do estudo do Direito dos Estados Unidos da América, fase da

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](http://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>).

pesquisa em que se constatarem semelhanças e diferenças entre aquele modelo e o brasileiro, merecendo destaque a ampla atividade normativa, por expressa delegação do parlamento, da Supreme Court of the United States. Em um terceiro momento, buscou-se elaborar uma classificação das possíveis normas jurídicas processuais que poderiam ser editadas pelos regimentos internos dos tribunais, bem como seus limites diante da legislação e da Constituição Federal. Por fim, foram identificados inúmeros espaços normativos que podem ser ocupados pelos regimentos internos, a fim de se conferir maior segurança jurídica ao jurisdicionado, especialmente por proporcionar um incremento de cognoscibilidade ao Direito.

**Palavras-chave:** fontes normativas, processo civil, regimento interno, tribunais.

**Abstract:** The developed research aimed to investigate the sources of Procedure Law, in particular the extent of the normative power that Constitution gave to the courts. The study was divided into four stages. First, were analyzed doctrine and court precedents on the subject, at which time it was confirmed the hypothesis about shortage of academic research and practical reflection on the normative activity of the courts. Secondly, there was a deepening on the United States law, the research phase in which were found similarities and differences between that model and brazilian's, deserving highlight the broad normative activity, by express delegation of the parliament, of the Supreme Court. In a third step, we sought to develop a classification of possible procedural legal rules that could be edited by internal rules of the courts, as well as its limits before statutes and Federal Constitution. Finally, were identified numerous regulatory spaces that can be occupied by internal regulations in order to provide greater legal certainty for claimants, especially for providing cognoscibility increment of law.

**Keywords:** sources of law, civil procedure, internal rule, courts.

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O Direito é fruto da contínua atividade humana dirigida à disciplina da vida em sociedade, que compreende não só a elaboração de textos normativos, mas também a interpretação destas disposições. Ou seja, a existência de disposições normativas não torna o Direito algo pronto e acabado que deva ser simplesmente descoberto e aplicado.<sup>2</sup> Das fontes às normas há um trajeto a ser percorrido pelos operadores, por vezes não muito longo e controvertido, mas variadas vezes complexo e com poucos consensos.<sup>3</sup> Nesta atividade de produção normativa, de grande relevância é a

- 
2. MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19-21.
  3. GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.

identificação das suas fontes, a fim de estabelecer, pelo menos, um ponto de partida seguro para a complexa atividade de definição das normas jurídicas em vigor.<sup>4</sup>

Do ponto de vista formal, fonte normativa é aquilo que nos confere uma primeira informação sobre o Direito vigente;<sup>5</sup> são os atos jurídicos de onde emanam ou provêm as normas com legítima força obrigatória.<sup>6</sup> Como se percebe, trata-se de tema estreitamente ligado à segurança jurídica, pois qualifica juridicamente as prescrições normativas das condutas sociais,<sup>7</sup> oportunizando a necessária cognoscibilidade do Direito.<sup>8</sup> Contudo, apesar da sua relevância para a criação e para a validade das normas jurídicas, as fontes do Direito Processual são tema pouco versado pela doutrina brasileira.<sup>9</sup>

Costuma-se identificar como fontes do Direito Processual no Brasil a Constituição e as leis federais (art. 22, I, CF/88), com algum espaço de atuação das leis estaduais (art. 24, XI, CF/88).<sup>10</sup> Contudo, é necessário perceber que tais diplomas normativos, apesar de serem as principais fontes do Direito Processual, não esgotam as possibilidades de produção de tais normas. Além da Constituição, das leis federais e estaduais, não se pode olvidar, por exemplo, que os tratados internacionais constituem um relevante manancial de normas processuais,<sup>11</sup> a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992).<sup>12</sup>

4. Sobre a ideia de fonte normativa como ponto de partida para a definição das normas jurídicas: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3.ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23-26. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 606-610.
5. ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho*. Trad. José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurélio de Praga García e Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 357.
6. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140
7. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 226.
8. Ávila identifica a cognoscibilidade do direito, ou seja, o conhecimento das normas jurídicas que regem a sociedade, como uma das três dimensões da segurança jurídica, ao lado da confiança e da calculabilidade. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 355.)
9. Sobre a importância do estudo das fontes normativas para a definição de parâmetros de validade do Direito, vide as preocupações de Hart sobre a norma de reconhecimento: “Dizer que determinada norma é válida equivale a reconhecer que esta satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, portanto, uma norma do sistema.” (HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 133.)
10. Sobre o campo de atuação do legislador estadual: BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.
11. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 123.
12. Vide: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>

Da mesma forma, caracterizam-se como fonte do Direito Processual os precedentes judiciais, que efetivamente criam normas jurídicas como fruto da atividade interpretativa. Já é madura a ideia de que a legislação jamais será apta a conferir completude normativa, seja pela riqueza da vida, que fornece constantemente situações não antevistas pelo legislador, seja pela natureza problemática e argumentativa do direito, que faz com que do texto à norma haja inúmeras decisões a serem tomadas pelo intérprete, que é instado a reconstruir o ambiente normativo.<sup>13</sup> Se interpretar é decidir sobre significados possíveis,<sup>14</sup> não se pode ignorar o papel dos precedentes judiciais, ao lado do legislador (textos normativos), como importante fonte do direito processual.<sup>15</sup>

Ademais, ganham cada vez mais espaço no Direito brasileiro os negócios jurídicos processuais como relevantes fontes de normas processuais, fruto da invasão da consensualidade no direito público e da diversa compreensão dos fins do processo civil contemporâneo.<sup>16</sup> O art. 190 do CPC, por exemplo, ao lado das diversas possibilidades tipificadas de negócios processuais, inaugurou uma nova realidade no Direito nacional,<sup>17</sup> pois estabeleceu uma cláusula de abertura às convenções processuais, uma norma com textura aberta que autoriza atipicamente a criação de normas processuais por acordo entre as partes, não só com o fim de ajustar o processo às peculiaridades da relação material, mas também para customizá-lo de maneira que melhor atenda às expectativas dos jurisdicionados.<sup>18</sup>

- 
13. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 26.
  14. Por todos: Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 390-391.
  15. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
  16. Se antes o acento estava na aplicação do direito do Estado, conferindo-se excessiva ênfase ao escopo jurídico da jurisdição, atualmente confere-se maior atenção ao escopo social, atribuindo-se ao processo a importante missão de pacificar a sociedade por meio da resolução dos conflitos. Desenvolvemos essas ideias em OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 151-156.
  17. Sobre o tema: CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 100. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 193, p. 167-200, mar. 2011. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 290-304, p. 290.
  18. "É possível distinguir duas espécies de modificações do processo a depender da sua finalidade: a) aquela que é efetivada para adaptar o processo às peculiaridades do caso concreto submetido ao Judiciário, que se pode designar *flexibilização-adaptabilidade*; b) e a alteração processual que pode ser feita por conveniência das partes, a fim de que o processo atenda de maneira mais ampla

Há autores que ainda identificam os costumes como fonte autorizada de normas processuais, sendo possível que práticas reiteradas tenham aptidão de gerar uma justa expectativa aos jurisdicionados, regrado e constituindo parâmetro de validade do Direito Processual.<sup>19-20</sup> Fredie Didier, reconhecendo ser raridade no Direito brasileiro, admite o costume como fonte de normas processuais, desde “que se prove a existência do comportamento social reiterado e demonstre a *opinio juris vel necessitatis* (a convicção social de que o comportamento é devido como jurídico)”.<sup>21</sup>

Além de todas estas fontes normativas, é preciso atentar para o poder normativo que a Constituição Federal outorgou aos tribunais, possibilitando a disciplina da competência e do funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, respeitadas as normas de processo e as garantias processuais das partes (art. 96, I, “a”, CF/88). Os regimentos internos dos tribunais, portanto, apresentam-se como relevante fonte do direito, contendo disposições normativas das mais importantes sobre o trâmite processual perante as respectivas cortes.

O presente estudo tem por finalidade investigar em que medida tais atos normativos dos tribunais são aptos a regular o processo civil, a fim de estabelecer limites e verificar suas possibilidades. Não há dúvidas sobre a aptidão de tais diplomas para estabelecer regras processuais, sejam regras de competência interna das cortes, sejam regras decorrentes de delegação legislativa. O CPC brasileiro possui nada menos do que vinte e cinco disposições que remetem o regramento processual aos regimentos internos, a exemplo do art. 937, IX, que permite que estabeleça novas hipóteses de sustentação oral; do art. 950, §1º, que autoriza a definição de prazos processuais no incidente de arguição de inconstitucionalidade; do art. 1.044, que outorga aos regimentos a disciplina do procedimento dos embargos de divergência etc.

Não é possível, portanto, afirmar que os regimentos internos não são fonte de Direito Processual. O que releva investigar são os seus limites, sobretudo para evitar que tal poder normativo seja exercido fora dos parâmetros legais e constitucionais.

O Direito estrangeiro revela que não é incomum a utilização de procedimentos menos burocráticos do que o legislativo para a edição de normas processuais. A Constituição francesa, por exemplo, estabelece, no seu art. 34, que cabe ao Poder

---

aos interesses dos litigantes, que se pode chamar de *flexibilização-conveniência*”. (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 321.)

19. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 123.
20. Sobre o tema, vide tese de doutorado intitulada “Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática”, defendida na Universidade Federal da Bahia, em 14 de fevereiro de 2019. Versão comercial recentemente publicada: SOUZA, Marcus Seixas. *Normas consuetudinárias: história, teoria e dogmática*. Salvador: JusPodivm, 2019.
21. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 20. ed. rev. atual. e ampl. Vol. I. p. 80. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 80.

Executivo, por meio de decretos, a disciplina das regras processuais, o que lhe confere maior dinamicidade para eventuais alterações que se afigurem necessárias e, segundo Cadiet, proporcionou um real progresso nas reformas legislativas.<sup>22</sup> O CPC francês em vigor, inclusive, foi fruto de uma série de decretos publicados ao longo dos anos, posteriormente organizados em forma de código.<sup>23-24</sup> Tal peculiaridade desperta interesse também pelo fato de a lei não ser vista como a única fonte do direito processual, abrindo-se espaço para uma aceitação mais tranquila de outras fontes normativas, a exemplo das regras convencionais sobre o procedimento.<sup>25</sup>

O Direito Processual dos Estados Unidos da América (EUA), no particular, merece especial atenção, pois o Congresso norte-americano delegou expressamente às cortes federais a possibilidade de ampla edição de normas processuais, o que deu origem às Regras Federais sobre Direito Processual (*Federal Rules of Civil Procedure* - FRCP) elaboradas pela Suprema Corte.<sup>26</sup> Considerando que, no Brasil, também há ampla delegação legislativa às cortes para enunciarem regras sobre o Direito Processual (25 delegações só no CPC), interessante iniciarmos este estudo com um breve panorama do Direito norte-americano.

## 2. PANORAMA DO DIREITO NORTE-AMERICANO

No Direito norte-americano, regras processuais estão, em larga medida, confiadas ao Poder Judiciário, com observância das leis federais e,<sup>27</sup> por vezes, com necessidade de ratificação do Congresso Nacional.<sup>28</sup>

- 
22. CADIET, Loïc. Civil justice reform: french perspective. In: *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 314.
  23. LEONEL, Ricardo de Barros. Direito processual civil francês. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.) São Paulo: Lex, 2010, p. 117.
  24. “Ela [a reforma] começou com a edição de quatro decretos, entre 1971 e 1973, até que sobreveio um verdadeiro código, em 1975.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. *Revista de Processo*, v. 150. p. 59-69. São Paulo, ago. 2007, p. 60).
  25. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 117.
  26. Sobre a estrutura do direito processual norte-americano: MOORE, Karen Nelson. *The Supreme Court’s Role in Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure*. 44 Hastings L.J. 1039 (1990). Sobre a história do poder normativo das cortes norte-americanas: Stephen B. Burbank, *Rules Enabling Act of 1934*, 130 U. Pa. L. Rev. 1015 (1981-1982).
  27. “See, eg., *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1, 9-10 (1941) (“Congress has undoubted power to regulate the practice and procedure of federal courts, and may exercise that power by delegating to this or other federal courts authority to make rules not inconsistent with the statutes or constitution of the United States.”) (footnote omitted). See generally LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 50 (2d ed. 1988) (“Consistent with constitutional limitations, Congress clearly has authority to fix the rules of procedure, including rules of evidence, which article III courts must apply.”) (footnote omitted)”. (MOORE, Karen Nelson. *The Supreme Court’s Role in Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure*. 44 Hastings L.J. 1039 (1990), p. 1.039, p. 1.045-1.046).
  28. “The Congress has authorized the federal judiciary to prescribe the rules of practice, procedure, and evidence for the federal courts, subject to the ultimate legislative right of the Congress to reject,



Este poder de disciplinar o Direito Processual nas cortes federais foi conferido pelo Congresso Nacional por meio do título 28 do *US Code*, §§ 2.071 e 2.072 (*Rules Enabling Act*), em 1934,<sup>29</sup> o que eliminou a necessidade de os tribunais federais terem que se adaptar às regras dos tribunais locais, o chamado “princípio da conformidade”.<sup>30</sup> É interessante que a Constituição americana, assim como a brasileira, confere ao Congresso o poder de legislar sobre o funcionamento do Poder Judiciário e, com base neste poder, o Congresso conferiu ao Judiciário o poder de editar normas processuais.<sup>31</sup>

Desde a promulgação do *Rules Enabling Act* e por mais de cinquenta anos, ninguém questionou a aptidão de o Poder Judiciário disciplinar as regras processuais da justiça federal, havendo apenas alguns questionamentos sobre eventual excesso cometido em relação ao direito material. Ou seja, a pretexto de disciplinar o Direito Processual, o Judiciário teria indevidamente invadido a disciplina do direito material.<sup>32</sup>

Segundo a *US Supreme Court*, no caso *Sibbach v. Wilson & Co.*, o teste para verificar a validade da regra seria indagar se realmente a disposição normativa regula o procedimento, ou seja, o processo judicial utilizado para fazer valer direitos e deveres previstos na lei material.<sup>33</sup> O debate a respeito da autoridade normativa sobre o direito processual só foi iniciado nos anos oitenta do século XX, quando o Congresso alterou o procedimento do *Rules Enabling Act*, transformando aquilo que era uma deliberação judicial em praticamente um “minilegislativo” com direta fiscalização do Congresso,<sup>34</sup> e também editou o *Civil Justice Reform Act* em 1990 (CJRA), que foi uma ampla regulamentação do Direito Processual, a fim de conferir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.

---

modify, or defer any of the rules. The authority and procedures for promulgating rules are set forth in the Rules Enabling Act. 28 U.S.C. §§ 2071-2077”. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/about-rulemaking-process/how-rulemaking-process-works/overview-bench-bar-and-public>. Acesso em: 12.02.2018.

29. SHAH, Shilpa. *An Application of Federal Rule of Civil Procedure 26(A)(1) to Section 1983 Actions: Does Rule 26(A)(1) Violate the Rules Enabling Act*. 43 *Clev. St. L. Rev.* 115 (1995), p. 116.
30. REDISH, Martin H.; MURASHKO, Dennis. *The Rules Enabling Act and the Procedural-Substantive Tension: A Lesson in Statutory Interpretation*. Disponível em: [http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/RedishMurashko\\_MLR.pdf](http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/RedishMurashko_MLR.pdf). Acesso em: 12.02.2018, p. 26-27.
31. “Moreover, Article I [§8º] of the Constitution specifically mentions the power of Congress “[t]o constitute Tribunals inferior to the Supreme Court” and authorizes Congress to make any laws necessary and proper to execute its powers or other powers vested by the Constitution in the U.S. government”. (MOORE, Karen Nelson. *The Supreme Court’s Role in Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure*. 44 *Hastings L.J.* 1039 (1990), p. 1.046.)
32. MULLENIX, Linda S. *Judicial Power and the Rules Enabling Act*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2208197](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208197). Acesso em: 13.02.2019.
33. SHAH, Shilpa. *An Application of Federal Rule of Civil Procedure 26(A)(1) to Section 1983 Actions: Does Rule 26(A)(1) Violate the Rules Enabling Act*. 43 *Clev. St. L. Rev.* 115 (1995), p. 130.
34. MOORE, Karen Nelson. *The Supreme Court’s Role in Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure*. 44 *Hastings L.J.* 1039 (1990), p. 1.039.

É importante registrar que o Judiciário americano, assim como o brasileiro, é dividido entre as justiças estaduais e federais. No entanto, diferentemente do Brasil, os Estados podem regular amplamente o processo civil que se desenvolve perante as cortes estaduais, apesar de 35 dos 50 Estados adotarem quase que integralmente as FRCP.<sup>35</sup>

Assim, cabe às cortes federais, com observâncias aos ditames legais, estabelecer o regramento processual que regerá o trâmite das demandas judiciais. Com base no *Rules Enabling Act*, a Suprema Corte norte-americana edita as regras federais de processo civil (*Federal Rules of Civil Procedure* - FRCP), tendo o Congresso Nacional um prazo de sete meses para vetá-las.<sup>36</sup> Não sendo o caso de veto, as regras passam a reger o processo das cortes federais.<sup>37</sup> Até o momento, jamais foi reconhecida a violação a qualquer direito material por conta do poder normativo dos tribunais, o que significa que as cortes aparentemente estão respeitando o âmbito de atuação conferida pelo *Rules Enabling Act*.<sup>38</sup>

Segundo o § 2072 do *28 US Code*, a Suprema Corte tem um amplo poder normativo, podendo estabelecer regras gerais sobre os procedimentos judiciais, inclusive relacionadas ao direito probatório, não só para a sua atuação, mas também para as cortes distritais e cortes de apelação.<sup>39</sup>

De acordo com o § 2071 do *28 US Code*, todas as cortes podem prescrever regras para a condução das suas atividades, respeitados os atos do Congresso e as regras procedimentais estabelecidas na seção 2072.<sup>40</sup> Tais regras devem ser editadas

---

35. “The federal rules govern procedure, practice, and evidence in the federal courts. They set forth the procedures for the conduct of court proceedings and serve as a pattern for the procedural rules adopted by many state court systems”. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/about-rulemaking-process/how-rulemaking-process-works/overview-bench-bar-and-public>. Acesso em: 12.02.2018.

36. Em 1982, a doutrina já perfilhava a existência de um poder inerente das cortes para disciplinar o trâmite dos processos nos tribunais: Stephen B. Burbank, *Rules Enabling Act of 1934*, 130 U. Pa. L. Rev. 1015 (1981-1982). Trata-se de profundo estudo sobre a história do *Rules Enabling Act* de 1934.

37. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/about-rulemaking-process/how-rulemaking-process-works/overview-bench-bar-and-public>. Acesso em: 12.02.2018.

38. SHAH. Shilpa. *An Application of Federal Rule of Civil Procedure 26(A)(1) to Section 1983 Actions: Does Rule 26(A)(1) Violate the Rules Enabling Act*. 43 Clev. St. L. Rev. 115 (1995), p. 116.

39. Segundo a redação conferida ao § 2072 em 1988, por meio do *Judicial Improvements and Access to Justice Act*, editado com o objetivo de modernizar o processo de elaboração de normas processuais: 28 U.S. Code § 2072 (a) The Supreme Court shall have the power to prescribe general rules of practice and procedure and rules of evidence for cases in the United States district courts (including proceedings before magistrate judges thereof) and courts of appeals. (b) Such rules shall not abridge, enlarge or modify any substantive right. All laws in conflict with such rules shall be of no further force or effect after such rules have taken effect. (c) Such rules may define when a ruling of a district court is final for the purposes of appeal under section 1291 of this title.

40. 28 U.S. Code § 2071 (a) The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may from time to time prescribe rules for the conduct of their business. Such rules shall be consistent with Acts

e submetidas à crítica pública, salvo em casos urgentes, quando a publicização e oportunidade de críticas serão realizadas posteriormente à vigência da regra.

Os órgãos judiciais têm a atribuição de levar adiante um estudo contínuo sobre a funcionalidade e eficácia das regras gerais de prática e procedimento (28 *US Code*, §331). Como decorrência desta atividade, as cortes têm a função de recomendar aprimoramentos nas regras para promover: simplicidade no procedimento, uma administração justa, justos resultados dos litígios e a eliminação de despesas e atrasos injustificados.<sup>41</sup>

Existe um órgão denominado *Judicial Conference of the United States*, que é responsável por estas atividades normativas. Atua, no particular, por meio de um comitê chamado de *Committee on Rules of Practice and Procedure*, geralmente conhecido como Comitê Permanente (*Standing Committee* - 28 U.S.C. § 2073). Em auxílio ao Comitê Permanente, foram criados mais cinco comitês consultivos, que tratam dos seguintes temas: regras de apelação, falência, processo civil, processo penal e direito probatório - 28 U.S.C. § 2073 (a) (2). As recomendações destes cinco comitês são analisadas pelo Comitê Permanente, que pode recomendar à *Judicial Conference* a modificação ou aditamento do Direito Processual, “conforme seja necessário para manter a consistência e promover os interesses da justiça” - 28 U.S.C. § 2073 (b).

Os comitês Permanente e consultivos são formados por juízes federais, advogados, professores de direito, presidentes dos tribunais estaduais e representantes do Departamento de Justiça. Cada comitê tem um proeminente professor de direito

---

of Congress and rules of practice and procedure prescribed under section 2072 of this title. (b) Any rule prescribed by a court, other than the Supreme Court, under subsection (a) shall be prescribed only after giving appropriate public notice and an opportunity for comment. Such rule shall take effect upon the date specified by the prescribing court and shall have such effect on pending proceedings as the prescribing court may order. (c) (1) A rule of a district court prescribed under subsection (a) shall remain in effect unless modified or abrogated by the judicial council of the relevant circuit. (2) Any other rule prescribed by a court other than the Supreme Court under subsection (a) shall remain in effect unless modified or abrogated by the Judicial Conference. (d) Copies of rules prescribed under subsection (a) by a district court shall be furnished to the judicial council, and copies of all rules prescribed by a court other than the Supreme Court under subsection (a) shall be furnished to the Director of the Administrative Office of the United States Courts and made available to the public. (e) If the prescribing court determines that there is an immediate need for a rule, such court may proceed under this section without public notice and opportunity for comment, but such court shall promptly thereafter afford such notice and opportunity for comment. (f) No rule may be prescribed by a district court other than under this section.

41. “The Judicial Conference of the United States is also required by statute to “carry on a continuous study of the operation and effect of the general rules of practice and procedure.” 28 U.S.C. § 331. As part of this continuing obligation, the Conference is authorized to recommend amendments and additions to the rules to promote: simplicity in procedure, fairness in administration, the just determination of litigation, and the elimination of unjustifiable expense and delay”. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/about-rulemaking-process/how-rulemaking-process-works/overview-bench-bar-and-public>. Acesso em: 12.02.2018.

responsável por coordenar a agenda das atividades e redigir as sugestões para o aprimoramento das regras processuais.

As reuniões dos comitês são abertas ao público e amplamente divulgadas. Todos os seus registros, como atas de reuniões, relatórios, sugestões apresentadas pelo público, transcrições de audiências públicas etc. são públicos e mantidos na Secretaria.

O processo de alteração das regras não é tão célere, devendo passar por, no mínimo, sete etapas preparatórias, podendo demorar entre dois a três anos para que uma regra seja aprovada. Todos os interessados podem comentar as propostas de alteração das regras e propor soluções alternativas. Geralmente são concedidos seis meses para tais comentários, período no qual são realizadas audiências públicas. Todas as sugestões recebidas são analisadas com bastante atenção pelos comitês, que geralmente aprimoram as propostas de emenda.

Ultrapassadas todas as etapas, a proposta de alteração legislativa é encaminhada à Suprema Corte, que pode transmitir as propostas ao Congresso até primeiro de maio do ano em que a emenda entrará em vigor. Se o Congresso não as rejeitar, modificar ou postergar, as regras entrarão em vigor em primeiro de dezembro daquele ano (28 U.S.C. §§ 2074, 2075).

Necessário lembrar que este trâmite deve ser seguido em relação à atividade normativa da Suprema Corte norte-americana. Porém, além desta complementação normativa, podem também as cortes distritais disciplinar ainda mais o direito processual, por meio de normativos locais, desde que não conflitem com os atos do Congresso e com as regras procedimentais estabelecidas pela Suprema Corte (§ 2071).

Apesar de o sistema jurídico americano apresentar profundas diferenças em relação ao brasileiro, é importante perceber algumas características que podem ser úteis também para a compreensão e a estruturação de um ordenamento legatário do *civil law* – mais ainda quando se sabe que a Federação brasileira e o nosso STF foram inspirados no exemplo norte-americano.

Em primeiro lugar, observa-se uma descentralização das regras que regem o Direito Processual, mas sem subtrair a importância do parlamento. Optou-se por um modelo em que as disposições processuais oriundas do Congresso Nacional sempre prevalecem em face das regras editadas pelo Judiciário, contudo a este órgão foram conferidos amplos poderes normativos. Trata-se de um modelo processual, portanto, em que foi outorgado ao Judiciário o poder de complementar a legislação processual, nos limites estabelecidos pela legislação federal.

Ademais, apesar de o trâmite para a edição de normas pelo Judiciário não ser tão breve, trata-se de processo muito menos burocrático do que aquele verificado junto ao parlamento, proporcionando uma constante atualização das regras processuais, justamente por aqueles que trabalham com o processo judicial. O modelo americano, portanto, além de agilizar medidas de aprimoramento do sistema processual, não deixa de respeitar a soberania do parlamento, que não só

fiscaliza a atividade normativa das cortes, mas também possui primazia normativa em relação ao Poder Judiciário.

Conforme será adiante detalhado, o modelo americano, em certa medida, aproxima-se do modelo brasileiro, pois confere ao Poder Judiciário uma atividade normativa complementar à legislação oriunda do Congresso Nacional. Cabe ao Poder Judiciário uma atividade de constante vigília quanto à adequação do direito processual, estando estruturado para propor revisões e aditamentos,<sup>42</sup> além de lhe ser confiada larga margem para disciplinar o trâmite das demandas judiciais.

Distancia-se, porém, do modelo brasileiro, pois o âmbito de atuação normativa conferida às cortes brasileiras é bem menor, restringindo-se ao funcionamento da respectiva corte, além de não haver um trâmite tão bem estruturado, com ampla consulta pública e possibilidade de fiscalização do Poder Legislativo. A seguir, um quadro-resumo do caminho percorrido pelas propostas de modificação normativa no direito americano.

#### Quadro Resumo:<sup>43</sup>

Action	Date
<b>STEP 1</b>	
Suggestion for a change in the rules. (Submitted in writing to the secretary.)	At any time.
Referred by the secretary to the appropriate advisory committee.	Promptly after receipt.
Considered by the advisory committee.	Normally at the next committee meeting.
If approved, the advisory committee seeks authority from the Standing Committee to circulate to bench and bar for comment.	Normally at the same meeting or the next committee meeting.
<b>STEP 2</b>	
Public comment period.	6 months.
Public hearings.	During the public comment period.
<b>STEP 3</b>	
Advisory committee considers the amendment afresh in light of public comments and testimony at the hearings.	About one or two months after the close of the comment period.
Advisory committee approves amendment in final form and transmits it to the Standing Committee.	About one or two months after the close of the comment period.

42. Para uma crítica à complexidade que o procedimento assumiu a partir dos anos 80: MULLENIX, Linda S. Judicial Power and the Rules Enabling Act. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2208197](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208197). Acesso em: 13.02.2019.

43. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/about-rulemaking-process/how-rulemaking-process-works/overview-bench-bar-and-public>. Acesso em: 12.02.2018.

Action	Date
STEP 4	
Standing Committee approves amendment, with or without revisions, and recommends approval by the Judicial Conference.	Normally at its June meeting.
STEP 5	
Judicial Conference approves amendment and transmits it to the Supreme Court.	Normally at its September session.
STEP 6	
The Supreme Court prescribes the amendment.	By May 1.
STEP 7	
Congress has statutory time period in which to enact legislation to reject, modify, or defer the amendment.	By December 1.
Absent Congressional action, the amendment becomes law.	December 1.

### 3. A POSSIBILIDADE DE OS TRIBUNAIS DISCIPLINAREM A COMPETÊNCIA E O FUNCIONAMENTO DOS SEUS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO (ART. 96, I, “A”, DA CF/1988)

No Direito brasileiro, percebe-se que a possibilidade de os regimentos internos dos tribunais criarem disposições normativas processuais está expressamente prevista na Constituição Federal, ao estabelecer, no art. 96, I, “a”, que “compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

A redação deste dispositivo claramente ampliou, exceção feita ao STF,<sup>44</sup> os poderes normativos dos tribunais. Na versão original da CF/1967, o art. 115, II, estabelecia que competia aos tribunais “elaborar seus regimentos internos...”.<sup>45</sup> Com a edição da Emenda Constitucional n. 07/77, o texto ficou mais claro quanto ao conteúdo dos regimentos, estabelecendo que poderiam os tribunais “elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais ou administrativas;”.<sup>46</sup> Importante

44. Conforme será detalhado, o art. 119, § 3º, “c”, da Constituição Federal de 1967, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 07/77, conferia ao regimento do STF a função de estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”, ou seja, o STF possuía a atribuição de normatizar o direito processual perante a Corte, com força de lei.

45. Art. 115, II, da CF/67, na redação original: “II - elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos”.

46. Segundo Frederico Marques: “De agora em diante, a competência dos órgãos internos dos tribunais será estabelecida no respectivo regimento interno, respeitado o que se contiver na Lei Orgânica da

perceber que, nesta redação, os regimentos já tinham que respeitar o que estabelecia a lei, no caso, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. O STF, como dito, tinha um dispositivo próprio (art. 119, §3º, “c” - na disciplina da Constituição Federal de 1967, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 07/77), que conferia ao seu regimento a função de estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”.

Na redação atual (art. 96, I, “a”, da CF/1988), a Constituição possibilita que os regimentos disponham sobre “a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”, “com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes”. No entanto, com relação ao STF, reduz a sua aptidão normativa ao submeter seu regimento às mesmas regras dos demais tribunais, suprimindo, assim, os amplos poderes que gozava com a CF/1967.

Analisando o art. 96, I, “a”, da CF/1988, é possível verificar, de início, que os tribunais são autorizados pela Constituição a criar regras processuais sobre competência interna da corte, estabelecendo seus órgãos com as respectivas esferas de atuação.<sup>47</sup> Além das regras de competência, prevê ainda a Constituição que os tribunais irão reger o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. É de se indagar em que consiste a disciplina do funcionamento jurisdicional das cortes. Estariam os tribunais autorizados a estabelecer regras processuais, desde que não violem as normas de processo e das garantias processuais das partes previstas em lei e na própria Constituição?

Os estudos que se dedicaram ao assunto divergem quanto à resposta a tal pergunta.

Tradicionalmente, há grande resistência da doutrina brasileira em reconhecer a qualidade de fonte do direito aos regimentos internos, sobretudo em razão dos arts. 22, I, e 24, XI, da CF/1988, que preveem reserva legal para legislar sobre processo

---

Magistratura Nacional. O mandamento constitucional, para ser aplicado, fica na dependência da promulgação da Lei Orgânica, uma vez que este é que o deve regulamentar. No caso, as normas regimentais vão trazer preceitos de Direito Processual relativos à competência no procedimento recursal e à composição das turmas julgadoras no que concerne a cada um dos recursos”. (MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 253.)

47. O STF, recentemente, enfrentou o tema, dispondo sobre o poder normativo do regimento quanto à sua competência interna: “Preliminar de incompetência de órgão fracionário da Corte para julgar pedido de extradição, frente ao comando do art. 83 da Lei 6.815/1980. Não ocorrência. Alteração da competência por edição de emenda regimental que atendeu aos ditames do art. 102, I, g, c/c o art. 96, I, a, da CF. (...) A Emenda Regimental 45/2011 não representa ofensa ao art. 83 da Lei 6.815/1980, uma vez que atendeu aos ditames constitucionais do art. 102, I, g – que fixou, sem qualquer distinção dos seus órgãos de julgamento, a competência do STF para a análise de extradição solicitada por Estado estrangeiro – c/c o art. 96, I, a – que atribui competência aos tribunais para elaborar seus regimentos e dispor sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”. (Ext n. 1.234, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 30-9-2014, 1ª T, DJE de 17-11-2014.)



e procedimento. Confere-se, na mesma linha, reduzido alcance ao art. 96, I, “a”, da CF/1988 que outorga aos tribunais o poder de regular a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Mantovanni Colares, que se dedicou especificamente ao tema, sequer identifica os regimentos internos como fonte de normas processuais, tratando apenas da lei, da Constituição Federal, da jurisprudência, da doutrina, dos costumes, dos princípios gerais do direito e da analogia.<sup>48</sup> Não é difícil perceber que se trata de rol muito limitado das fontes do Direito Processual, não identificando o autor sequer os tratados internacionais como instrumento para a edição de normas processuais.

José Cretella Junior, com semelhante percepção, apesar de reconhecer serem os regimentos lei em sentido material, aduz que, em matéria processual, não pode o regimento interno inovar no mundo jurídico:

[...] o legislador constituinte estabeleceu com minúcias os parâmetros a serem obedecidos pelos tribunais na elaboração de seus respectivos regimentos internos, lei material que esse segmento importante do Poder Judiciário pode e deve fazer. Além da rígida observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, o regimento interno deverá dispor sobre a competência e sobre o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos organizando suas secretarias e serviços auxiliares.

E prossegue afirmando que “o regimento interno, que é lei material dos tribunais, estabelecerá seu regime jurídico-administrativo, quanto às funções processuais e as funções administrativas. Quanto às normas processuais, os tribunais são obrigados a transpô-las para o regimento respectivo, não podendo nenhuma inovação a respeito”.<sup>49</sup>

Não obstante a referida resistência ao poder normativo dos tribunais, há importantes aportes doutrinários e precedentes judiciais que reconhecem ao regimento interno o papel de fonte de normas processuais.

Um dos maiores defensores do poder normativo dos regimentos internos foi José Frederico Marques. Segundo o autor, “legislar sobre organização judiciária é cuidar de normas processuais, pois as leis sobre os órgãos da Justiça e seu respectivo funcionamento integram, em grande parte, o Direito Processual”.<sup>50</sup> Em outra obra, expõe que os regimentos, embora não sejam leis do ponto de vista formal, o são

48. CAVALCANTE, Mantovani Colares. *Estudo sistemático do objeto e das fontes do direito processual civil brasileiro*. Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 589-613.

49. CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 3.033-3.034.

50. MARQUES, José Frederico. Fontes normativas do direito processual comum em face da Constituição de 1946, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 51, n. 315, p. 237-241, jan. 1962.



materialmente, porquanto disciplinam a ordem interna do tribunal e podem replicar as disposições legais que entender pertinentes.<sup>51</sup>

Leonardo Greco reconhece que a disciplina da competência, claro tema de Direito Processual, é amplamente regulada pelas leis de organização judiciária, além de jogar luzes na circunstância de que a Constituição e as leis têm inúmeras delegações ao regimento para disciplinar temas de direito processual. Manifesta preocupação, porém, com a frequência com que, sem autorização legal, os tribunais complementam a disciplina da lei processual por meio de resoluções não incorporadas aos seus regimentos internos.<sup>52</sup> Para o autor, “é evidente que, ainda que não venham a ser reputadas inconstitucionais, são francamente antidemocráticas, pois submetem os cidadãos à obediência a preceitos emanados de fonte ilegítima”.<sup>53</sup>

Em sua obra mais profunda sobre o Direito Processual Civil brasileiro, Cândido Dinamarco confere aos regimentos internos a qualidade de fontes formais do Direito Processual, albergando “competências internas; atribuições jurisdicionais do presidente, vice-presidente e relator, eventuais recursos contra atos monocráticos destes (agravos regimentais); critérios para prevenção dos seus próprios juízes etc.”. Ressalta, apenas, que os regimentos devem guardar observância às normas de processo e às garantias processuais das partes.<sup>54</sup> No clássico *Teoria Geral do Processo*, Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que a Constituição atribui aos tribunais poder normativo (materialmente legislativo) “que, através de seus regimentos internos, disciplinam as chamadas questões *interna corporis* (Const., art. 96, inc. I, letra a).”<sup>55</sup>

Para Ernane Fidelis, “cada tribunal tem seu regimento interno que, por sua vez, pode albergar normas de processo. Tais normas, porém, não devem contrariar normas processuais federais, que sobre as primeiras prevalecem”.<sup>56</sup> Segundo Alexandre Câmara, “tais regimentos, porém, podem conter (e efetivamente contêm) normas processuais,

51. Idem. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Milenium, 2000.

52. Cita as seguintes resoluções: Resolução n. 9/2005: disciplinou a homologação de sentença estrangeira; Resolução n. 8/2008: regulamentou, por autorização da Lei 11.672 (1.036 do CPC 2015), o procedimento dos recursos especiais repetitivos; Resolução n. 9 12/2009: reclamações para dirimir conflito entre STJ e turma recursal de juizados. Não se pode deixar de lembrar das resoluções do CNJ: Resolução n. 35, que trata dos procedimentos extrajudiciais de separação e divórcio; Resolução n. 59, que trata de interceptações telefônicas; Resolução n. 74, que trata de viagens de menores para o exterior; Resolução n. 115, que trata de precatórios; Resolução n. 125, que trata de conciliação e mediação.

53. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 39.

54. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 83-84.

55. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 123.

56. SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 04.

como, por exemplo, as regras contidas nos regimentos internos do STF e do STJ acerca do procedimento dos embargos de divergência”.<sup>57</sup>

Mais recentemente, Fredie Didier dedicou-se à análise das fontes do Direito Processual, concluindo por um vasto rol de fontes que disciplinam o processo civil brasileiro, a exemplo da Constituição Federal, das leis federais e estaduais, tratados internacionais, medidas provisórias (editadas até a Emenda Constitucional n. 32/2001), precedentes judiciais, negócios jurídicos, resoluções do Conselho Nacional de Justiça, costume, além dos regimentos internos dos tribunais. Sobre estes, Didier afirma, com base no art. 96, I, “a”, da CF/1988, tratar-se de norma geral, que disciplina o funcionamento e a competência dos órgãos internos do tribunal, além de albergarem regras sobre registro, distribuição, prevenção, conexão etc.

De fato, um olhar atento para o art. 96, I, “a”, da CF/88 não deixa dúvidas sobre a existência de disposições normativas processuais nos regimentos internos, ao menos sobre regras de competência, incluídas neste gênero regras sobre prevenção, reunião e separação de processos, uniformização de entendimentos etc. Trata-se, portanto, de efetiva fonte formal do direito processual.<sup>58</sup> É necessário, contudo, avançar na investigação do alcance da expressão “funcionamento dos órgãos jurisdicionais”, a fim de verificar em que medida podem os tribunais inovar na ordem processual. Para tanto, cumpre inicialmente verificar como vem se pronunciando o STF sobre o alcance do art. 96, I, “a”, da Constituição Federal.

#### **4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TORNO DO ASSUNTO**

A possibilidade de os regimentos internos disciplinarem regras processuais já foi objeto de inúmeras decisões do STF, inclinando-se a Corte por uma interpretação ampliativa do poder normativo dos tribunais. Segundo o STF, há um campo de regulamentação em que o regimento interno deve prevalecer até mesmo em relação à lei, já que a Constituição Federal, no art. 96, I, “a”, atribuiu aos tribunais o poder

---

57. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.

58. José Frederico Marques sempre expôs com precisão tal poder normativo dos tribunais: “Desde a promulgação da Constituição Federal de 1934, que dúvida se não pode levantar de que, em nosso sistema constitucional, os regimentos dos tribunais têm conteúdo normativo próprio e apresentam o caráter de fonte formal do *ius scriptum*. (...) Têm os regimentos dos tribunais, como conteúdo fundamental, a regulação da vida interna de cada Corte Judiciária. Por ser o Poder Judiciário um poder político da Nação, ele exerce aqueles poderes de autogoverno imanentes à sua independência (v., *retro*, n. 48), pelo que o regimento interno é emanção da autonomia dos tribunais, para que estes regulem o seu funcionamento. E ao elaborarem os seus regimentos, as Cortes de Justiça, como disse Temístocles Cavalcanti, ‘exercem uma função legislativa assegurada pela Constituição, restritiva da função exercida pelo poder legislativo’”. (MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 250-251.)

normativo em relação ao seu funcionamento jurisdicional. Nestes casos, havendo colisão entre disposições legais e regimentais, estas deveriam ser observadas.

Importante reiterar que, na disciplina da Constituição Federal de 1967, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 07/77, o art. 119, § 3º, “c”, conferia ao Regimento Interno do STF a função de estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”, o que, pela jurisprudência do STF, excluía a possibilidade de a legislação tratar deste tema. Ainda segundo o STF, tais preceitos regimentais teriam sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988 com estatura legal:

O STF, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, c), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331). (AI 727.503 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10-11-2011, P, DJE de 6-12-2011.)<sup>59</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma clara tentativa do Constituinte de limitar tais poderes normativos, conferindo-se primazia à legislação, ou seja, exigindo que os regimentos internos dos tribunais, inclusive o do STF, respeitassem as regras processuais e as garantias processuais das partes.<sup>60</sup> É possível encontrar decisões que evidenciam esta modificação constitucional quanto ao papel dos regimentos internos:

Com o advento da CF de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a

59. Dignos de nota, no particular, são os votos proferidos no julgamento da Ação Penal 470, em que se discutiu a subsistência dos embargos infringentes previstos no Regimento Interno do STF, frente à Lei 8.038/90, que disciplinou as normas procedimentais para os processos de competência do STJ e do STF. Segundo o Min. Celso de Melo, o artigo 333 do RISTF foi instituído sob a égide da Constituição de 1969, que outorgou à Suprema Corte competência legislativa para sua edição. Tal competência foi abolida pela Constituição Federal CF/1988, passando ao âmbito de atribuições do Congresso Nacional. Contudo, como o RISTF foi recepcionado pela CF/1988 com status legal, somente pode ser alterado por outra lei, sendo vedado ao STF atualmente fazê-lo.

60. Sobre o poder normativo do STF, Didier esclarece que “mudanças feitas pelo STF em seu Regimento Interno, posteriores à CF/1988, não têm natureza de lei; somente as normas regimentais produzidas até 1988 têm essa natureza. A observação é importante, pois, após a CF/1988, pode o legislador federal editar leis que *revoguem* as normas processuais criadas pelo STF em seu Regimento Interno, bem como não pode mais o STF *criar* novas normas processuais nem revogar as normas processuais decorrentes do seu RISTF e produzidas ao tempo em que ele, STF, possuía essa competência legislativa excepcional”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 21. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 77.)

estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, “dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (CF, art. 96, I, *a*). São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição. Ante a regra fundamental insculpida no art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional. (ADI 2.970, rel. min. Ellen Gracie, j. 20-4-2006, P, DJ de 12-5-2006.)

Tal limitação, segundo o Tribunal, não implicou óbice à possibilidade de os tribunais complementarem a legislação vigente, disciplinando, por exemplo, o processamento das demandas que tramitam perante a corte. Os regimentos internos poderiam assim proceder, respeitadas as normas de processos e as garantias processuais das partes. No caso a seguir exposto, o regimento interno disciplinou todo o procedimento da reclamação, partindo da existência de poderes implícitos do Tribunal de Justiça do Estado conferidos pela Constituição Estadual:

Ação direta de inconstitucionalidade: dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (art. 357), que admite e disciplina o processo e julgamento de reclamação para preservação da sua competência ou da autoridade de seus julgados (...). Questionada a constitucionalidade de norma regimental, é desnecessário indagar se a colocação do instrumento na seara do direito de petição dispensa, ou não, a sua previsão na Constituição estadual, dado que consta do texto da Constituição do Estado da Paraíba a existência de cláusulas de poderes implícitos atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal – ainda que por instrumento com nomenclatura diversa (...). Inexistente a violação do § 1º do art. 125 da CF: a reclamação paraibana não foi criada com a norma regimental impugnada, a qual – na interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado à extensão dos seus poderes implícitos – possibilita a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea *a* do art. 96, I, da CF. (ADI 2.480, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 2-4-2007, P, DJ de 15-6-2007.)

Vale o registro, também, da circunstância de que, diferentemente da Constituição anterior, a Carta de 1988 não mais confere à lei orgânica da magistratura a disciplina das atividades dos tribunais, mas sim atribuiu ao regimento interno tal mister:

Ao contrário do versado no art. 112 do Diploma Maior anterior – EC 1, de 1969 –, o atual não remete mais à Lei Orgânica da Magistratura a regência da direção dos tribunais, ficando a disciplina a cargo do regimento interno. (Rcl 13.115 MC-AgR, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, j. 12-12-2012, P, DJE de 5-6-2013; ADI 4.108 MC-REF, rel. min. Ellen Gracie, j. 2-2-2009, P, DJE de 6-3-2009; ADI 3.566, rel. p/ o ac. min.

Cezar Peluso, j. 15-2-2007, P, DJ de 15-6-2007; Vide ADI 1.503, rel. min. Maurício Corrêa, j. 29-3-2001, P, DJ de 18-5-2001.)

Entretanto, não obstante o comando constitucional (art. 96, I, “a”) tenha limitado o espaço de disciplina dos regimentos internos, o STF seguiu a trilha de continuar valorizando o seu papel normativo como “expressão da garantia constitucional de sua autonomia orgânico-administrativa”:

O objeto da impetração é apreciar os limites dos poderes normativos (ou nomogenéticos, para ser mais preciso) dos tribunais – o que se radica no papel dos regimentos internos –, é interpretar o art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, à luz do Texto Constitucional. O espaço normativo dos regimentos internos dos tribunais é expressão da garantia constitucional de sua autonomia orgânico-administrativa (art. 96, I, a, CF/1988), compreensiva da “independência na estruturação e funcionamento de seus órgãos”. (MS 28.447, rel. min. Dias Toffoli, j. 25-8-2011, P, DJE de 23-11-2011; ADI 1.152 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 10-11-1994, P, DJ de 3-2-1995)

Nesta linha, entendeu que há um campo de normatização exclusivo dos regimentos, o que exclui a possibilidade de o legislador disciplinar tais temas. Vejamos interessante acórdão, no qual o STF suspendeu disposição normativa posteriormente declarada inconstitucional, que versava sobre o momento em que o advogado deveria realizar sua sustentação oral (antes ou depois do voto do relator – art. 7º, IX, da Lei 8.906/94):<sup>61</sup>

[...] Os antigos regimentos lusitanos se não confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa. O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raiais por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto. **A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do judiciário e sua conseqüente autonomia.** Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito dos sucessivos distúrbios institucionais. **A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a**

61. Trata-se de decisão que reitera entendimento já exarado pela Corte em 1956, quando declarou a inconstitucionalidade da nova redação do art. 875 do CPC/39, conferida pela Lei n.º 2.970/56. Em 25/04/1959, o Senado Federal editou a Resolução n.º 23, que suspendeu a execução da referida lei, diante da decisão definitiva do STF que reconheceu a sua inconstitucionalidade.

**imputou, em caráter exclusivo.** Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. **O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria.** Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a. Relevância jurídica da questão: precedente do STF e resolução do Senado Federal. Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamentos, que é deferida até o julgamento da ação direta. (STF - ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO: 1105/DF; RELATOR(A) MINISTRO PAULO BROSSARD - DJ 27-04-01.)

Como se percebe, o STF enfatizou que o que distingue o regimento interno da lei, mesmo sob a égide da Constituição Federal de 1988, é a matéria que está sendo disciplinada. Referindo-se ao ato do julgamento, aduziu o Min. Paulo Brossard que o “ato supremo do Poder Judiciário não pode ficar sujeito a interferências estranhas a ele, ainda que venham sob a forma de lei; ele há de ser modelado pelo Poder Judiciário, mediante norma regimental, que é o instrumento que delinea a própria autonomia”. A partir de tais fundamentos, concluiu que o art. 7º, IX, da Lei 8.906/94 é inconstitucional, pois o legislador invadiu competência específica do Poder Judiciário, sobre a qual a lei não poderia tratar, estando expressamente previsto na Constituição que “*compete privativamente aos Tribunais...*”.

Seguindo a mesma linha, o STF proferiu decisão final na ADI 1105/DF nos seguintes termos:

PRECEDENTE: RELATOR(A) MINISTRO RICARDO LEWANDOWISKI - STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO: 1.105/DF - J. 17-08-06. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 7º, IX, DA LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SUSTENTAÇÃO ORAL PELO ADVOGADO APÓS O VOTO DO RELATOR. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. I – A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. II- Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 7º, IX, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994.

Em outra oportunidade, o STF entendeu possível que o seu regimento interno conferisse competência às suas turmas para processar e julgar pedido de extradição, mesmo que a lei previsse a necessidade de “pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal” (art. 83 da Lei n.º 6.815/80).

Preliminar de incompetência de órgão fracionário da Corte para julgar pedido de extradição, frente ao comando do art. 83 da Lei 6.815/1980. Não ocorrência. Alteração

da competência por edição de emenda regimental que atendeu aos ditames do art. 102, I, g, c/c o art. 96, I, a, da CF. (...) A Emenda Regimental 45/2011 não representa ofensa ao art. 83 da Lei 6.815/1980, uma vez que atendeu aos ditames constitucionais do art. 102, I, g – que fixou, sem qualquer distinção dos seus órgãos de julgamento, a competência do STF para a análise de extradição solicitada por Estado estrangeiro – c/c o art. 96, I, a – que atribui competência aos tribunais para elaborar seus regimentos e dispor sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. (Ext n. 1.234, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 30-9-2014, 1ª T, DJE de 17-11-2014.)

Neste julgamento, o STF deixa claro que, em matéria de competência, a última palavra é sempre do Regimento Interno da Corte, não podendo o Legislativo se imiscuir. Retira, assim, diretamente da Constituição (art. 102, I, g, c/c o art. 96, I, a, da CF/88), força normativa suficiente para barrar qualquer investida do Poder Legislativo sobre o tema. Segundo a Corte, “a possibilidade de a extradição ser julgada por órgão fracionário da Corte, decorre, atualmente, de uma norma especial de natureza processual prevista no Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, recebido com força de lei pela CF/88”. E é importante registrar que tal disposição regimental está consignada no art. 207, fruto da emenda regimental n.º 45/2011, publicada em 15 de junho de 2011, ou seja, já sob a vigência da atual Constituição Federal.

Na mesma toada, entendeu que as regras anteriores à Constituição de 1988, que versavam sobre a competência dos órgãos dos tribunais, não foram por esta recepcionadas, cabendo aos regimentos dos tribunais disciplinar este tema:

O art. 101, § 3º, c, da LC 35/1979, que atribui às seções especializadas e não aos grupos de câmaras criminais dos tribunais a competência para processar e julgar as revisões criminais dos julgamentos de primeiro grau, da própria seção ou das respectivas turmas, não foi recebido pela atual Constituição, que, no art. 96, I, a, preceitua que compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Portanto, em face da atual Carta Magna, os tribunais têm amplo poder de dispor, em seus regimentos internos, sobre a competência de seus órgãos jurisdicionais, desde que respeitadas as regras de processo e os direitos processuais das partes. (HC 74.190, rel. min. Moreira Alves, j. 15-10-1996, 1ª T, DJ de 7-3-1997.)

Percebe-se, portanto, que, não obstante a alteração constitucional, o STF continua com a tendência de, no que concerne ao funcionamento jurisdicional da Corte, conferir primazia ao regimento interno, considerando inconstitucional a atividade legislativa que discipline tais temas.<sup>62</sup> Segue a linha de ampliar o papel normativo dos regimentos

62. Em sentido semelhante: “Tirando da própria Constituição a sua capacidade e força de vinculação normativa, o regimento não contém apenas preceitos acessórios de regulamentação da lei, para



internos. Cumpre-nos investigar se, de fato, tal postura coaduna-se com as disposições constitucionais que regem o tema.

## 5. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS FONTES DO DIREITO PROCESSUAL E A ATIVIDADE NORMATIVA DOS TRIBUNAIS

A investigação do conteúdo normativo da expressão “funcionamento dos órgãos jurisdicionais” deve passar, de fato, pela observância do disposto nos arts. 22, I, e 24, XI, da CF/88, que preveem competência privativa à União para legislar sobre regras de processo e concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre procedimento em matéria processual. Conferiu-se, assim, a tais entes a competência legislativa sobre referidos temas, inibindo, por exemplo, que os Municípios disciplinem o processo civil por meio de suas Câmaras Legislativas.

Tais previsões constitucionais não impedem, como visto, a delegação legislativa aos regimentos internos para estabelecer importantes regramentos de funcionamento jurisdicional da corte, ou seja, para instituir disposições normativas processuais. A possibilidade de o regimento interno criar novas hipóteses em que as partes podem sustentar oralmente é um exemplo eloquente de um poder normativo que afeta diretamente o direito à ampla defesa dos jurisdicionados (art. 937, IX, do CPC). Com efeito, além de poderem definir a competência interna da corte (normas processuais sobre competência), os regimentos internos dos tribunais podem instituir regras processuais por expressa delegação legal, regulando, pois, o funcionamento não apenas administrativo, mas também jurisdicional do tribunal.<sup>63</sup>

Interpretando sistematicamente a Constituição Federal, portanto, é de se harmonizar o art. 96, I, “a”, que confere atribuição aos tribunais para regular sua competência e funcionamento, com os arts. 22, I, e 24, XI, de maneira a entender que os legisladores federais e estaduais podem atribuir às cortes o poder de regular o seu funcionamento jurisdicional, disciplinando normas processuais que não violem os direitos e garantias previstos na legislação e na própria Constituição.<sup>64</sup>

Outro ponto que merece reflexão é a possibilidade de os tribunais incluírem nos seus regimentos internos disposições processuais decorrentes de precedentes

---

melhor ser esta aplicada e executada. Há mandamentos regimentais *ratione materiae* que não são atingidos por mandamentos processuais contidos em lei formal”. (MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 252.)

63. Vide, a propósito, o art. 1º do RISTF, que dispõe expressamente sobre a disciplina do processo e do julgamento dos feitos de competência do STF: “Art. 1º Este Regimento estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República e a disciplina dos seus serviços”.
64. Essa possibilidade de delegação legislativa, além de, há muito, ser uma prática comum em relação aos regimentos internos, pode ser visualizada também no art. 190 do CPC, quando o legislador conferiu às partes o poder de definir, atipicamente, regras processuais por meio de convenções particulares.



judiciais. É dizer, diante da pacificação do tema pelos tribunais superiores na forma do art. 927 do CPC, poderem os tribunais, a fim de conferir maior cognoscibilidade ao direito, prever nos seus regimentos internos as conclusões plasmadas nos precedentes. Neste caso, é bem verdade, não será o regimento interno a fonte das normas processuais, mas os precedentes judiciais, cumprindo o regimento apenas a função de conferir publicidade às referidas conclusões. Exemplo interessante foi a previsão nos regimentos do cabimento de agravo interno contra as decisões dos presidentes e vice-presidentes dos tribunais que inadmitissem recursos excepcionais por aplicação de tese definida pela técnica de julgamento de recursos repetitivos (art. 543-B e art. 543-C do CPC/1973).<sup>65</sup> Tal incorporação aos regimentos internos, diante da decisão do STF sobre o cabimento do referido recurso, trouxe maior segurança jurídica aos jurisdicionados, que passaram a contar com uma informação mais clara e precisa sobre o trâmite das suas postulações nos tribunais, evitando a interposição de recursos incabíveis.

Imagine-se, por exemplo, que o STJ venha a definir que é direito das partes sustentar oralmente suas razões quando em julgamento agravo de instrumento que impugna decisão parcial de mérito (art. 356, §5º, do CPC), tese, aliás, que encontra grande ressonância na doutrina.<sup>66</sup> Outro exemplo interessante seria a definição pelo STJ sobre os limites do julgamento do colegiado ampliado previsto no art. 942 do CPC, caminhando pela possibilidade de os novos julgadores tratarem de toda a demanda e não só dos temas definidos por maioria de votos. Seria possível que os regimentos internos trouxessem tal regulamentação para dentro dos tribunais, a fim de conferir maior segurança aos jurisdicionados sobre o procedimento a ser seguido na corte? Esta é não só uma prática que já vem sendo adotada, como também é algo que encontra respaldo constitucional, porque também significa disciplinar o funcionamento jurisdicional das cortes.

65. “2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2.177-MC-QO/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil. 3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal. 4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem. 6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco. 7. Não-conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida. 8. Determinação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno. 9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação”. (Rcl 7569, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009, DJe-232 DIVULG 10-12-2009 PUBLIC 11-12-2009 EMENT VOL-02386-01 PP-00158)

66. Por todos: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 231.

Avançemos um pouco mais. Ainda utilizando do exemplo da técnica de ampliação do colegiado prevista no art. 942 do CPC, há vários pontos obscuros para os jurisdicionados sobre a sua aplicação, ou seja, omissão legislativa sobre importantes definições desta nova sistemática de julgamento, a exemplo dos limites da cognição do colegiado ampliado, dos juízes que serão convocados, da competência para julgamento de eventuais embargos de declaração etc. A pergunta que se coloca é se os regimentos internos poderiam estabelecer tais regras processuais, orientando os jurisdicionados a respeito do adequado trâmite da ampliação do colegiado ou deveriam os operadores continuar sem parâmetros claros sobre a sua aplicação, aguardando o lento processo de construção jurisprudencial a respeito do tema.

Este talvez seja o tema mais difícil quanto ao poder normativo dos regimentos internos em matéria processual. Poderiam complementar a legislação processual no que disser respeito à disciplina do funcionamento jurisdicional das cortes?

É importante perceber que se, por um lado, a proliferação de normas (e fontes normativas) pode deixar o sistema processual mais complexo, em prejuízo da cognoscibilidade do direito, a falta de normas pode gerar semelhante efeito. De fato, não é desejável que o processo civil brasileiro seja regido por variadas disposições normativas a depender do Estado ou tribunal em que se postule. Por isso é que sempre haverá de prevalecer as regras processuais previstas em lei e na Constituição sobre as regras regimentais. Têm a função de conferir unidade e conhecimento sobre o Direito Processual Civil nacional. Caso uma disposição normativa regimental entre em conflito com as disposições legais ou constitucionais, devem estas prevalecer em detrimento da regra regimental. Contudo, há situações em que nem a lei nem a Constituição tratam do tema, ficando os jurisdicionados sem qualquer parâmetro sobre como será o trâmite processual, o que macula um dos elementos básicos da segurança jurídica processual que é a previsibilidade.<sup>67</sup> Sem o conhecimento sobre o Direito a ser aplicado aos casos, o processo torna-se um ambiente inseguro, dependente do entendimento do juiz responsável pela sua condução.<sup>68</sup> Definitivamente, este não é um cenário desejável em um Estado

---

67. A forma confere “um grau elevado de uniformidade e de previsibilidade na atuação dos órgãos estatais. Assim, cria-se uma segurança jurídica para os participantes da dialética processual, o que representa uma garantia para as partes que buscam a tutela jurisdicional, interligando atos procedimentais posteriores. É, portanto, um mecanismo para assegurar a igualdade dos litigantes, evitando o arbítrio do julgador”. (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo*: argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3-4). Sobre o tema, ampla exposição em: OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 113 e seg.

68. “[...] para que se possa falar em segurança jurídica, como exigência de cognoscibilidade do Direito, é preciso que haja conhecimento mínimo a respeito da existência, da validade, da vigência e da eficácia das normas pelos seus destinatários; é preciso que eles saibam que a norma existe, que ela presumivelmente vale, que ela está produzindo efeitos e que será provavelmente cumprida institucionalmente, caso não obedecida espontaneamente. E, para que isso ocorra, os destinatários

democrático de Direito que tem a segurança jurídica como um dos seus pilares. Frederico Marques, há muito, já identificava tal aptidão normativa dos regimentos internos dos tribunais, lecionando que:

Sempre que a norma jurídica, contida em lei formal, apresente regras vagas, imprecisas, estabelecendo apenas princípios gerais, omitindo detalhes necessários à efetiva observância, cumpre à lei material, contida em preceito regulamentar (como o regimento), desenvolvê-la com novas normas, dela extraindo-se, assim, sentidos e consequências nela implícitos, ou os detalhes para sua fiel execução. Em tal caso, o conteúdo exato da norma superior (lei) determina-se através da norma inferior (regulamento).<sup>69</sup>

Recentemente, importante julgado do Superior Tribunal de Justiça, além de pôr em evidência esse papel normativo complementar do regimento interno dos tribunais, também aplaudiu a iniciativa do Plenário do Superior Tribunal de Justiça ao estabelecer, no seu regimento interno (art. 256-H), um procedimento diferenciado para o recurso especial interposto contra o julgamento de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), diante da abrangência dos efeitos da decisão a ser proferida pelo STJ cuja tese será “aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito” (CPC, § 2º do art. 987).<sup>70</sup> O Min. Relator complementa seu raciocínio, expondo que:

A norma regimental buscou complementar a disposição legal, estabelecendo tramitação diferenciada ao processo nesta Corte Superior, semelhante à do recurso indicado como representativo da controvérsia, com exceção do prazo de 60 dias úteis para o ministro propor a afetação do processo ao rito dos repetitivos. Assim, por um lado, o CPC confere ao acórdão proferido no recurso especial interposto em julgamento de mérito de IRDR os mesmos efeitos do acórdão em julgamento de recurso especial repetitivo, precedente qualificado nos termos do art. 121-A do RISTJ, c/c o art. 927 do CPC. Em outra medida complementar, o RISTJ prevê trâmite também qualificado ao recurso, conciliando aspectos jurisdicionais e administrativos de organização e eficiência.

Ou seja, visualizando que a legislação era insuficiente no particular, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça disciplinou um trâmite diferenciado para os recursos especiais interpostos contra decisões em incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR), conferindo assim maior racionalidade e coerência à prestação jurisdicional do Tribunal.

---

precisam entender a norma, compreender o seu sentido e a sua extensão, conhecer o seu valor e as consequências do seu descumprimento”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 355.)

69. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Milenium, 2000, p. 186.

70. Resp. 1.807.665/SC, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente da Comissão Gestora de Precedentes), DJ 01.07.2019.

Outro julgado importante foi proferido pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a constitucionalidade da reclamação criada e disciplinada pelo regimento interno do Tribunal de Justiça da Paraíba. Neste caso, foi reconhecida não só a “existência de cláusulas de poderes implícitos atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal – ainda que por instrumento com nomenclatura diversa (...)”, mas também pontuou que toda a disciplina complementar sobre o seu cabimento e processamento não desrespeitou “as normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea *a* do art. 96, I, da CF”, estando, portanto, em harmonia com o texto constitucional.<sup>71</sup>

Parece correto, portanto, entender que o art. 96, I, “a”, da CF/88 deve ser interpretado em harmonia com os arts. 22, I, e 24, XI, do mesmo diploma, a fim de conferir ao regimento interno a possibilidade de complementar a legislação processual em temas que digam respeito ao funcionamento jurisdicional da corte, de maneira a proporcionar maior segurança aos operadores, impedindo que o vazio normativo seja uma característica, um quase apanágio, do trâmite dos processos nos tribunais. Os arts. 22, I, e 24, XI, da CF/88 devem ser interpretados como um impedimento para que os demais entes federativos legislem sobre Direito Processual, mas não como uma proibição à existência de outras fontes normativas.<sup>72</sup>

É bem verdade que, nos assuntos principais sobre os quais os regimentos exercem o papel de complementar a legislação processual, tal atribuição já foi conferida expressamente pelo legislador. Ou seja, foi o próprio Poder Legislativo, atento à prescrição do art. 96, I, “a”, da Constituição Federal, que delegou a esta fonte infralegal a missão de disciplinar o Direito Processual, o que ratifica a ideia de que o Direito brasileiro, há muito, lida bem com a atividade normativa dos regimentos internos dos tribunais. Seguindo esta mesma lógica, nos casos de omissão legislativa sobre o funcionamento jurisdicional dos tribunais, não há razão para não reconhecer a referida aptidão normativa dos regimentos, com base no art. 96, I, “a”, da CF/88, a fim de conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

É importante deixar claro, contudo, que tal complementação deve estar em absoluta harmonia com a lei e com os preceitos constitucionais. Caso haja alguma antinomia entre o regimento e a lei ou a Constituição, prevalecem estas; caso haja a posterior edição de lei em sentido contrário ao regimento, deve-se adaptar imediatamente as normas internas dos tribunais para que não colidam com a legislação vigente.

Neste último caso, em que lei posterior venha disciplinar matéria tratada pelos tribunais, o regimento interno terá funcionado como uma espécie de regra de transição, regendo as atividades jurisdicionais da corte enquanto não houver legislação específica ou precedentes judiciais em sentido diverso.

71. ADI 2.480. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 2-4-2007. DJ de 15-6-2007.

72. Algumas delas previstas expressamente na própria Constituição Federal: art. 96, I, “a”, da CF/88.

A partir de tais premissas, voltemos ao tratamento jurisprudencial que o STF vem conferindo ao papel normativo dos regimentos internos. A Corte, talvez ainda influenciada pelos poderes conferidos ao seu regimento interno pela Constituição revogada, interpreta o art. 96, I, “a”, da CF/88 de maneira por demais alargada, como se houvesse um espaço normativo exclusivo dos regimentos, no qual o legislador não pudesse interferir legitimamente. Tal entendimento extrapola os limites interpretativos do comando constitucional, que claramente submeteu os regimentos internos dos tribunais, inclusive o do STF, às normas de processo e às garantias processuais das partes. Com efeito, apesar de os regimentos efetivamente integrarem o rol das fontes formais do direito processual, encontram limites nas disposições processuais previstas em lei e na Constituição Federal.

Um exemplo eloquente de desrespeito à lei foi a desconsideração, pelo STJ, do art. 940 do CPC, que estabelece o prazo de 10 dias para retomada do julgamento sem inclusão do processo em pauta para julgamento, quando o Ministro pede vista dos autos.<sup>73</sup> Em sessão do Plenário ocorrida em 16.03.2016, entendeu a Corte que fica mantido o prazo de 60 dias (prorrogáveis por mais 30) para a devolução de pedidos de vista, pois a regra constante do art. 940 do CPC é destinada aos tribunais locais, não se ajustando às atribuições inerentes ao STJ de definir teses jurídicas de aplicação nacional.<sup>74</sup> Ocorre, contudo, que o dispositivo legal consagra clara garantia processual de um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), não havendo qualquer indício no texto legal de que sua normatividade seja restrita aos tribunais de segunda instância. Tal postura, conforme antes fundamentado, viola o art. 96, I, “a”, da CF/88, por contrariar uma das importantes inovações do novo Código de Processo Civil que foi editada justamente para conferir maior publicidade dos atos da corte e segurança para os jurisdicionados.

## 6. AS RESOLUÇÕES DOS TRIBUNAIS E A SUA ATIVIDADE NORMATIVA

Ao analisar o papel dos tribunais na disciplina do Direito Processual Civil por meio dos seus regimentos internos, não poderíamos nos furtar de fazer breves considerações sobre as resoluções editadas, em regra, pelos presidentes das cortes. A edição de resoluções com conteúdo normativo tem sido bastante recorrente nas atividades dos tribunais, disciplinando o processo não só perante as cortes que as formulam, mas também estabelecendo regras que afetam outros tribunais.

73. Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução.

74. RISTJ - Art. 162. Nos julgamentos, o pedido de vista não impede que votem os Ministros que se tenham por habilitados a fazê-lo, e o Ministro que o formular restituirá os autos ao Presidente do Órgão Julgador dentro de, no máximo, sessenta dias a contar do momento em que os autos lhe forem disponibilizados, devendo prosseguir o julgamento do feito na sessão subsequente ao fim do prazo, com ou sem o voto-vista.

Vide, por exemplo, a Resolução STJ/GP n.º 03/2016, que confere aos Tribunais de Justiça estaduais a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual ou do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>75</sup> É interessante observar que esta Resolução foi expedida pelo Presidente do STJ, sem ratificação do Plenário, Corte Especial ou Conselho de Administração do Tribunal, a pretexto de apenas estar dando publicidade ao decidido pela Corte Especial do STJ no AgRg na Rcl 18.506/SP.

Pois bem, as resoluções consistem em atos administrativos dos tribunais que visam à complementação das disposições constantes dos regimentos internos, seja para conferir publicidade às deliberações dos órgãos colegiados (Plenário, Corte Especial, Conselho de Administração etc.), seja para disciplinar pontos omissos dos regimentos.<sup>76</sup>

É de se indagar em que medida tais resoluções podem conter disposições normativas voltadas à disciplina do trâmite processual nas respectivas cortes. Para tanto, necessário voltar à Constituição Federal e recordar que o art. 96, I, “a”, estabelece que “competem privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”. Ou seja, a atribuição constitucionalmente prevista para a regulação da competência e funcionamento dos tribunais é do “tribunal”.

É necessário, portanto, averiguar o sentido normativo da expressão “tribunal” no texto constitucional, quando o constituinte estabeleceu suas atribuições. Entende o STF

---

75. Resolução STJ/GP n.º 3/2016, Art. 1.º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

76. O RISTF confere ao Presidente o STF o poder de complementar, por meio de resolução, as disposições do regimento interno: “Art. 363. Os atos da competência própria do Presidente, em matéria regimental ou administrativa, obedecem à seguinte nomenclatura: I – Resolução – numerada seguida e ininterruptamente, para complementar o Regimento Interno ou o Regulamento da Secretaria e resolver os casos omissos, bem assim para complementar a legislação relativa ao funcionalismo, ou regular sua aplicação;”. O RISTJ confere ao Presidente do STJ a atribuição de “art. 21, XX - baixar as resoluções e instruções normativas referentes à deliberação do Plenário, da Corte Especial ou do Conselho de Administração, bem como as que digam respeito à rotina dos trabalhos de distribuição;” O RITST não confere ao Presidente do Tribunal o poder de editar resoluções, mas sim ao seu Tribunal Pleno, nos seguintes termos: “Art. 296. Os atos de competência do Tribunal, normativos ou individuais, obedecem à seguinte nomenclatura: I - Resolução Administrativa; e II - Resolução. Art. 297. Na classe de Resolução Administrativa, enquadram-se as regulamentações sobre pessoal (Magistrados e servidores), organização e administração dos órgãos da Justiça do Trabalho, funcionamento e atribuições das unidades do Tribunal e de seus servidores, e, na classe de Resolução, as deliberações referentes à aprovação de Instrução Normativa, Súmulas e Precedentes Normativos”. No RITSE, igualmente, as resoluções não são atos isolados do Presidente, mas sim do colegiado maior: “art. 25, §1º - (...) as resoluções normativas serão assinadas por todos os ministros que participaram da sessão de julgamento”.

que, para fim de definição da competência da corte, a circunstância de a Constituição prever a atribuição do “tribunal” não significa que a esteja conferindo necessariamente ao seu Plenário, sendo possível que o regimento interno atribua referida competência a algum dos seus órgãos fracionários. Vejamos:

Alegação de violação ao art. 125, § 4º, da CF/1988, aduzindo-se incompetência de órgão fracionário da Corte para decidir sobre perda de graduação de praças. (...) Inexistência de restrição, no art. 125, § 4º, da Lei Maior, no sentido de a competência conferida ao Tribunal poder ser exercida por uma de suas Câmaras, com base no regimento interno. (RE 304.641, rel. min. Néri da Silveira, j. 25-9-2001, 2ª T, DJ de 26-10-2001.)

A competência penal originária do tribunal de justiça, para processar e julgar prefeitos municipais, não se limita nem se restringe ao plenário ou, onde houver, ao respectivo órgão especial, podendo ser atribuída – inclusive por ato dessa própria corte judiciária, fundado no art. 96, I, a, da CF – a qualquer de seus órgãos fracionários (câmaras, turmas, seções, *v.g.*), eis que os pronunciamentos de tais órgãos qualificam-se como decisões juridicamente imputáveis ao próprio tribunal de justiça. (...) Compete ao tribunal de justiça, mediante exercício do poder de regulação normativa interna que lhe foi outorgado pela Carta Política, a prerrogativa de dispor, em sede regimental, sobre as atribuições e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais. (AI 177.313 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-4-1996, 1ª T, DJ de 17-5-1996.)

Tratando, porém, do poder normativo das cortes, previsto no art. 96, I, “a” da CF/88, o STF entende não ser possível que tal tema seja tratado monocraticamente, mas apenas por decisão de colegiado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA 954/2001 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS, ATO NORMATIVO QUE DISCIPLINA O HORÁRIO DE TRABALHO DOS SERVIDORES DO JUDICIÁRIO. VÍCIO DE NATUREZA FORMAL. OFENSA AO ART. 96, I, a e b, da CF. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE COM EFEITOS EX NUNC. I. Embora não haja ofensa ao princípio da separação dos poderes, visto que a Portaria em questão não altera a jornada de trabalho dos servidores e, portanto, não interfere com o seu regime jurídico, constata-se, na espécie, vício de natureza formal. II. Como assentou o Plenário do STF nada impede que a matéria seja regulada pelo Tribunal, no exercício da autonomia administrativa que a Carta Magna garante ao Judiciário. III. Mas a forma com que o tema foi tratado, ou seja, por portaria ao invés de resolução, monocraticamente e não por meio de decisão colegiada, vulnera o art. 96, I, a e b, da Constituição Federal. IV. Ação julgada procedente, com efeitos ex nunc. (ADI 2.907, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 4-6-2008, P, DJE de 29-8-2008.)

A escolha dos órgãos diretivos compete privativamente ao próprio tribunal, nos termos do art. 96, I, a, da Carta Magna. Tribunal, na dicção constitucional, é o órgão colegiado, sendo inconstitucional, portanto, a norma estadual possibilitar que juízes vitalícios, que não apenas os desembargadores, participem da escolha da direção



do tribunal (...).(ADI 2.012, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 27-10-2011, P, DJE de 28-11-2011.)

Nada impede, segundo o STF, que o Plenário delegue ao Órgão Especial a elaboração do regimento interno do tribunal, desde que o submeta à sua ratificação:

É competência do próprio Tribunal Pleno a criação de órgão especial do tribunal e a definição de suas atribuições (a medida da delegação). (...) Não usurpa, desse modo, a competência privativa do órgão especial determinação do Plenário de que aquele órgão especializado elabore o regimento interno do tribunal de justiça e o submeta à aprovação plenária; tratando-se, ao contrário, de decisão que se coaduna com a figura da delegação administrativa sobre matéria de competência do tribunal pleno (art. 96, I, a, da CF/88). (MS 26.411-AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 4-6-2018, 2ª T, DJE de 14-6-2018.)

O que é relevante observar neste caso é a necessidade de posterior aprovação do Plenário como requisito de atendimento do comando constitucional previsto no art. 96, I, “a”.

Estabelecidos tais parâmetros, a conclusão a que se chega é que a atividade normativa dos tribunais, especialmente em matéria processual, deve ser sempre submetida à ratificação do Plenário, ainda que a sua elaboração tenha sido delegada pelo regimento interno a outros órgãos do tribunal, inclusive ao seu presidente por meio de resolução. Viola, portanto, o art. 96, I, “a”, da CF/88, a edição de resoluções pelos presidentes dos tribunais que inovem na seara processual, se não ratificadas pelo Plenário da corte.

É de se perceber, no entanto, que as resoluções não podem inovar em matéria processual, pois a CF/88 conferiu tal atribuição ao Tribunal Pleno, mas nada impede que deem publicidade aos precedentes judiciais do próprio tribunal ou de tribunais superiores, conferindo, assim, maior segurança aos jurisdicionados. Nestes termos, é possível visualizar três situações em que as resoluções dos tribunais podem, validamente, veicular regras processuais relativas à competência e ao funcionamento jurisdicional das cortes.

Em primeiro lugar, pode o presidente do tribunal, por meio de resolução, dar publicidade às definições administrativas do Plenário da corte sobre sua competência e seu funcionamento jurisdicional. Tal decorre da circunstância de que esta é uma atribuição constitucionalmente atribuída aos tribunais, cumprindo a resolução apenas o papel de veículo que confere objetivação e publicidade às conclusões do Plenário. *A contrario sensu*, não pode a resolução inovar nesses temas, nem mesmo veicular disposições normativas processuais que foram eventualmente definidas por órgãos inferiores do tribunal, a exemplo do Conselho de Administração, órgão destituído de tal poder normativo.

A segunda possibilidade que se visualiza de as resoluções albergarem disposições processuais ocorre quando a sua disciplina é submetida, antes da sua eficácia, à



ratificação do Plenário. Nesse caso, não há maiores problemas, pois o tribunal irá cancelar o ato, passando a ser, para todos os efeitos, um ato do Plenário da corte.

Por fim, a terceira situação, bastante recorrente, é a possibilidade de as resoluções objetivarem e conferirem publicidade aos precedentes do próprio tribunal ou dos tribunais superiores. Neste caso, as resoluções também não inovam na ordem jurídica, mas apenas espelham aquilo que deriva de outra fonte normativa (os precedentes judiciais). Tal atividade, consoante já exposto, é algo que deve ser visto com bons olhos, pois confere maior segurança aos jurisdicionados quando postulam perante o tribunal. A força vinculante dos precedentes e a disciplina interna das cortes incrementam a previsibilidade do procedimento a ser seguido no tribunal, conferindo-se ganho em segurança jurídica.

## 7. SEGURANÇA JURÍDICA E PLURALIDADE DE FONTES NORMATIVAS

Um tema sobre o qual devemos refletir é a possível insegurança jurídica que pode causar a possibilidade de cada tribunal do país editar regras processuais específicas. Os operadores do Direito teriam que conhecer, além da legislação vigente, as regras regimentais da corte em que estariam atuando. Essa é, de fato, uma preocupação relevante.

Contudo, conforme antes afirmado, se a proliferação de normas (e fontes normativas) pode deixar o sistema processual mais complexo, a falta de normas pode gerar semelhante efeito. É necessário, assim, encontrar um equilíbrio entre as duas situações que proporcionam déficits de segurança jurídica aos jurisdicionados. Se é verdade que a Constituição Federal lhes conferiu o poder de atuar normativamente no silêncio da lei (atuação supletiva e complementar), devem os tribunais fazer isso apenas quando for estritamente necessário para o regular funcionamento do tribunal e para outorgar segurança aos operadores.

O que não parece ser razoável é admitir como adequada e, portanto, aderente ao ideal de segurança jurídica, a situação em que os jurisdicionados ficam sem qualquer parâmetro sobre como será o trâmite das demandas. Ou seja, deparam-se com um vazio normativo, maculando um dos elementos básicos da segurança processual que é a previsibilidade do procedimento.<sup>77</sup> Sem o conhecimento sobre o Direito a ser aplicado aos casos, o processo torna-se um ambiente inseguro, dependente do

77. A forma confere “um grau elevado de uniformidade e de previsibilidade na atuação dos órgãos estatais. Assim, cria-se uma segurança jurídica para os participantes da dialética processual, o que representa uma garantia para as partes que buscam a tutela jurisdicional, interligando atos procedimentais posteriores. É, portanto, um mecanismo para assegurar a igualdade dos litigantes, evitando o arbítrio do julgador”. (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3-4). Sobre o tema, ampla exposição em: OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 113 e seg.

entendimento do juiz responsável pela sua condução.<sup>78</sup> Definitivamente, este não é um cenário desejável em um Estado democrático de Direito que tem a segurança jurídica como um dos seus pilares.

Já sustentamos em estudos anteriores<sup>79</sup> que um Direito Processual seguro é aquele que atende a duas exigências principais: a) suas disposições devem ser dotadas de *clareza normativa* e b) suas normas devem ser aptas a conferir *previsibilidade* quanto à forma de tutela dos direitos.<sup>80-81</sup> São dois vetores principais que devem orientar os Poderes da República e os operadores do Direito ao editar, interpretar e aplicar as disposições normativas processuais.

As normas que regem o processo civil devem ser claras o suficiente para serem compreendidas e aplicadas pelos operadores do Direito sem dúvidas ou receios. Não se pode pensar em um processo seguro sem um ambiente normativo inteligível pelos destinatários das normas vigentes, que apresente coerência e não contradição das suas disposições quando analisadas sistematicamente. Tanto as disposições normativas devem ser inteligíveis quando analisadas pontualmente, quanto o ordenamento interpretado em seu conjunto deve ser compreensível, formando um todo harmônico. Daí se falar na necessidade de o Direito Processual apresentar segurança pela *clareza* das suas normas.<sup>82</sup>

- 
78. “[...] para que se possa falar em segurança jurídica, como exigência de cognoscibilidade do Direito, é preciso que haja conhecimento mínimo a respeito da existência, da validade, da vigência e da eficácia das normas pelos seus destinatários; é preciso que eles saibam que a norma existe, que ela presumivelmente vale, que ela está produzindo efeitos e que será provavelmente cumprida institucionalmente, caso não obedecida espontaneamente. E, para que isso ocorra, os destinatários precisam entender a norma, compreender o seu sentido e a sua extensão, conhecer o seu valor e as consequências do seu descumprimento”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 355.)
79. OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 113-119.
80. Definindo a certeza jurídica como previsibilidade, Gianmarco Gometz identifica-a como “una situación de hecho caracterizada por la disposición de determinados individuos a la más o menos precisa, fiable, clarividente, previsión acerca de las consecuencias jurídicas efetivamente enlazables a los actos o hechos que ellos consideran”. (GOMETZ, Gianmarco. *La certeza jurídica como previsibilidad*. Trad. Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 259).
81. Tratando da segurança processual igualmente como previsibilidade: MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 311.
82. “A segurança jurídica postula o princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos, ou seja, a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de *princípios jurídicos de norma jurídica* concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, conseqüentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258).

Ademais, as normas que regulam o processo civil devem proporcionar aos seus operadores *previsibilidade*, de maneira que se possa ter tranquilidade quanto aos efeitos e ao grau de intangibilidade dos atos praticados no passado, bem como se possa prever como se dará a conformação do processo no futuro.<sup>83</sup> Assim, *clareza normativa e previsibilidade* são os dois conceitos-chave para que o processo civil seja um ambiente seguro à idônea tutela dos direitos. Trata-se de construção que nos permite olhar tanto para a segurança do Direito Processual quanto para a segurança da estrutura do processo.

Por tais razões, um dos elementos estruturais da segurança jurídica é a cognoscibilidade do Direito. Não é possível o exercício pleno da liberdade sem que as pessoas conheçam as normas jurídicas que regem as suas condutas e as respectivas consequências dos seus atos.<sup>84</sup> A fim de proporcionar conhecimento sobre o Direito positivo a ser aplicado às relações sociais, o Brasil, em razão das suas raízes romano-germânicas, adotou um sistema de ampla produção legislativa, seja por meio de codificações bastante detalhadas, seja mediante a edição de diversas leis esparsas sobre as mais variadas circunstâncias da vida social.<sup>85</sup> Neste contexto, a metodologia da Ciência do Direito orientava à atividade meramente cognoscitiva do intérprete, que explica e declara o Direito, submetendo-se à lei como fonte única de sua legitimação.<sup>86</sup>

- 
83. Humberto Theodoro Jr. cita o interessante relatório de Bertrand Mathieu, na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema “Constitution et sécurité-juridique”, em que se conclui que o princípio da segurança jurídica pode ser desdobrado em dois grandes grupos de exigências: a) qualidade normativa e b) previsibilidade. “Lembra MATHIEU que a França já foi condenada pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, em julgamento de 24 de abril de 1990, por ter editado leis imprecisas sobre escutas telefônicas, que, por isso, não respeitavam a segurança jurídica, no pertinente à acessibilidade e à previsibilidade do direito. (...) Em Portugal, o Tribunal Constitucional considerou, em diversas ocasiões, ofensivas às garantias constitucionais do Estado de direito democrático leis que não satisfaziam, em determinadas matérias, o grau de exigência de determinabilidade e precisão do direito; o mesmo ocorrendo com leis que adotavam cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, sem respeitar um mínimo de critérios objetivos para delimitar a discricionariedade do aplicador da norma”. (THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 14, set. 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm)>. Acesso em: 30 out. 2016.) No mesmo sentido: BRASILEIRO, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13.
84. “A cognoscibilidade foi definida como a capacidade de compreensão das *alternativas de sentido* reconduzíveis a um texto normativo [...]”. (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 266).
85. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54-55.
86. A aurora do século XX foi marcada pela ideia de que o juiz seria um mero reproduzidor de normas previamente elaboradas pelo parlamento, cuja atividade era desprovida de qualquer manifestação de vontade. O juiz nada criava, apenas declarava a *vontade concreta da lei*. “Como se sabe, o esforço da ilustração para obter um direito perfeitamente determinável e previsível não teve limites. Com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil,

Contudo a metodologia jurídica vem passando por profundas alterações a partir da segunda metade do século XX, o que vem impactando sensivelmente o Direito Processual Civil e a teoria do processo.<sup>87</sup> A evolução da Teoria do Direito já não deixa mais dúvidas quanto à insuficiência da legislação, por mais detalhada que seja, para conferir certezas quanto às normas jurídicas em vigor.<sup>88</sup> O Direito consiste em uma empresa eminentemente problemática e argumentativa,<sup>89</sup> constituindo uma característica inerente da linguagem a ambiguidade e a vagueza,<sup>90</sup> o que confere ao intérprete a tarefa de decidir a respeito do melhor significado que deve ser utilizado na conformação da norma jurídica.

Assim, com base na distinção entre texto e norma, foi possível perceber que, diante da inerente indeterminação da linguagem, diretivas sistemáticas, teleológicas, históricas, genéticas etc. influenciam significativamente no resultado da interpretação dos textos legais.<sup>91</sup> A legislação, portanto, é incapaz de conferir a cognoscibilidade desejada do Direito, sendo necessário ainda um complexo processo interpretativo para que se definam as normas jurídicas que podem ser reconstruídas com maior suporte possível no ordenamento em vigor.<sup>92</sup>

A atenção a essa evolução metodológica ganha ainda mais relevo diante da crescente utilização pelo legislador de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, conferindo largo espaço de movimentação interpretativa para os operadores do Direito,<sup>93</sup> ou seja, o próprio legislador vem atribuindo responsabilidade

---

as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal. Uma indeterminação do sentido da lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em última análise em legislador, afigurava-se contraditória com a doutrina da divisão de poderes”. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 104.) A lei era posta e executada, jamais interpretada, sob pena de traição aos ideais da revolução francesa direcionados à promoção da igualdade e eliminação dos privilégios. (FIORAVANTI, Maurizio. A produção do direito entre lei e juiz: a relação entre democracia e jurisdição. *Interesse público*, v. 14, n. 76, p. 161-166, nov.-dez. 2012, p. 162.)

87. DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 69-83.
88. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argumentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39.
89. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 91.
90. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 275.
91. CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 73.
92. “O conteúdo do Direito não é algo previamente dado em normas inequívocas, algo para ser descoberto, mas uma prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 289).
93. “As cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 341.

aos aplicadores do Direito pela definição das normas jurídicas, diante das circunstâncias de tempo e de lugar em que se dá a atividade interpretativa.

Assim, a partir da constatação de que a atividade legislativa jamais será exauriente, havendo sempre lacunas a serem preenchidas, de que muitas vezes peculiaridades locais exigem uma configuração processual distinta e, ainda, atento à circunstância de que o Direito Processual caminha para conferir um maior espaço de movimentação interpretativa e adaptabilidade procedimental por meio da edição de regras com textura aberta (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados),<sup>94</sup> abre-se espaço para a atuação de outras fontes do Direito, especialmente aquelas que proporcionem uma produção normativa mais dinâmica, mais ágil, apta a conferir maior adaptabilidade do processo às necessidades cotidianas. Esta é uma percepção relevante: a abertura legislativa não deve proporcionar um vazio normativo, mas sim a produção de normas por outras fontes, garantindo-se, portanto, a necessária cognoscibilidade do Direito.<sup>95</sup> Se, por um lado, há abertura legislativa para uma maior aderência do processo à idônea tutela dos casos concretos, por outro as demais fontes normativas realizam o fechamento do sistema, quando necessário.

Deixemos para a história o modelo jurídico em que a segurança estava depositada exclusivamente na lei<sup>96</sup> para, com base em distinta compreensão do fenômeno da interpretação jurídica, contarmos com fontes do Direito Processual mais dinâmicas. Assim, o formalismo processual reage a esta nova realidade normativa por meio de técnicas que permitam um maior campo de interpretação dos operadores do direito, exibindo espaços de conformação à luz das circunstâncias concretas apresentadas, mas, ao mesmo tempo, impõe aos tribunais o dever de controlar tais adaptações procedimentais não só pela formação de precedentes, mas também pelo preenchimento das lacunas normativas por meio dos seus regimentos internos.

Tais normas regimentais, importante consignar, funcionam como verdadeiros instrumentos de contenção do poder.<sup>97</sup> É relevante ter presente esta função dos

94. DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 69-83.

95. Cumprem muito bem este papel, por exemplo, os precedentes judiciais, os negócios jurídicos processuais e os regimentos internos dos tribunais.

96. SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 105.

97. Fredie Didier trata de precedentes, mas sua reflexão aplica-se, em tudo, ao papel de outras fontes normativas complementares à legislação: “A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente

regimentos no formalismo processual. O risco da tendência de se utilizar disposições normativas abertas, oportunizando maior liberdade interpretativa e, por consequência, dinamicidade ao direito, é significativamente minorado pela adequada utilização de um sistema que contenha fontes normativas infralegais, restringindo determinadas decisões e, portanto, controlando os poderes que são confiados aos magistrados.<sup>98</sup>

A existência de fontes normativas infralegais, aptas a complementar de maneira mais dinâmica a legislação, sempre respeitando as regras processuais previstas em lei, contribui para um ganho de segurança jurídica, na medida em que retira os operadores do vazio normativo e confere a necessária cognoscibilidade ao Direito Processual.

## 8. A EFICÁCIA VINCULANTE DAS NORMAS PROCESSUAIS REGIMENTAIS

Uma das consequências inarredáveis da conclusão sobre a segurança jurídica proporcionada pelo detalhamento de normas processuais pelos tribunais é a necessidade de seus membros observarem os comandos normativos contidos nos regimentos internos. Não é dado ao juiz ignorar ou desrespeitar as normas processuais que habitam os regimentos dos tribunais, pois consubstanciam verdadeiras normas jurídicas que regulamentam o funcionamento jurisdicional da corte. Se os regimentos internos conferem a almejada cognoscibilidade do Direito, deve também ser respeitada a justa expectativa dos cidadãos quanto à sua observância pelos tribunais.

A vinculação dos juízes às normas regimentais decorre do dever de boa-fé objetiva, atualmente com previsão expressa no art. 5º do CPC,<sup>99</sup> na medida em que não é dado ao tribunal informar aos operadores do Direito sobre como será o seu funcionamento jurisdicional por meio dos seus regimentos internos e seus membros surpreenderem as partes com decisões que desconsideram as normas regimentais, sem declarar a sua ilegalidade ou inconstitucionalidade. Um olhar atento para o art. 926 do CPC, que preconiza o dever de uniformização, estabilidade, integridade e coerência jurisprudencial, informa que tal preocupação do legislador deve proporcionar também o dever de respeito à normatização editada pelo próprio tribunal. A corte deve zelar pela coerência, uniformidade, estabilidade e integridade não só em relação às suas manifestações jurisdicionais, mas também em relação às suas manifestações administrativas, evitando que aquilo que foi deliberado e normatizado pelo plenário do tribunal seja desrespeitado pelas suas decisões judiciais. Normas processuais regimentais e decisões judiciais são manifestações do tribunal, não sendo possível que caminhem em sentidos opostos.

---

julgados”. (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 69-83).

98. ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 441-443.

99. Art. 5º do CPC: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Contudo, nem sempre a referida justa expectativa dos jurisdicionados é observada. Recentemente, o STJ entendeu que o pedido de retirada do processo da pauta de julgamento virtual, diante da intenção do recorrente de apresentar memoriais e de fazer sustentação oral, deveria ser feita necessariamente nas razões recursais, sob pena de preclusão.<sup>100</sup> Ocorre que o art. 184-D, parágrafo único, II, do RISTJ garante às partes o direito de, no prazo de cinco dias úteis, “apresentar memoriais e, de forma fundamentada, manifestar oposição ao julgamento virtual ou solicitar sustentação oral, observado o disposto no art. 159”. Trata-se, portanto, de norma jurídica prevista no regimento interno da Corte que confere um direito às partes, em observância, aliás, ao direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil.

Este tipo de postura dos tribunais vai de encontro ao ideal de segurança jurídica ora perfilhado, além de desrespeitar o próprio poder normativo que a Constituição Federal conferiu às cortes no art. 196, I, “a”. Não se pode admitir que os tribunais exerçam este poder normativo, conferindo justa expectativa aos jurisdicionados de que vão desenvolver suas atividades de acordo com tais disposições, e seus membros simplesmente ignorem tais normas jurídicas e surpreendam as partes com um comportamento imprevisível e imprevisível.

Por tais razões, decisões judiciais que desrespeitam os ditames dos regimentos internos dos respectivos tribunais, sem que expressamente reconheçam a ilegalidade ou a inconstitucionalidade da norma regimental, violam manifestamente norma jurídica, o que pode dar ensejo à ampla impugnação recursal e também ao ajuizamento de ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do CPC.

## **9. SISTEMATIZAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS REGIMENTAIS**

### **9.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Estabelecidas as premissas teóricas que fundamentam a aptidão normativa dos regimentos internos e os seus limites, cumpre realizar uma categorização das espécies de regras processuais que podem ser veiculadas em tais diplomas. Bem definido esse âmbito normativo, será possível visualizar com maior precisão as possibilidades dos tribunais na redação dos seus regimentos, bem como apontar eventuais excessos cometidos.

Como visto, os regimentos internos podem disciplinar regras sobre competência e funcionamento jurisdicional dos tribunais. Dentro deste universo, é possível visualizar as seguintes categorias de disposições normativas processuais nos regimentos internos: a) regras sobre competência interna da corte; b) regras decorrentes de delegação legal expressa; c) regras que consolidam orientações definidas em precedentes judiciais;

---

100. STJ, Segunda Seção, EDcl no AgInt na Rcl n.º 36.371/SP, publicada em 28.05.2019.



d) regras complementares decorrentes de omissões legislativas.<sup>101</sup> Vejamos cada uma destas hipóteses.

## 9.2. REGRAS SOBRE COMPETÊNCIA INTERNA DA CORTE

As disposições processuais mais claras que habitam os regimentos internos dos tribunais são as regras sobre competência jurisdicional dos seus órgãos. Tais regras definem onde serão processados e julgados os recursos, as ações originárias e os incidentes em geral internamente na corte. Também neste tema, importante lembrar, é necessário respeitar as regras de processo e as garantias processuais das partes, consoante prevê o art. 96, I, “a”, da CF/88.<sup>102</sup>

A previsão contida no art. 97 da CF/88, por exemplo, é um claro limite aos regimentos, não sendo possível prever regramento para a competência do processo e julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade distinto do Plenário ou Corte Especial dos tribunais. Da mesma forma, o princípio do juiz natural configura clara baliza para a formulação dos regimentos, sendo vedada a previsão de regra que não se baseie em critérios objetivos e abstratos para a definição do órgão competente, bem como não se admite que atos discricionários possam alterar a competência do órgão inicialmente designado para julgamento. Vide, ainda, o art. 1.024, §2º, do CPC, que estabelece a competência para julgamento de embargos de declaração, não sendo possível, por exemplo, que os embargos interpostos contra decisão monocrática sejam apreciados pelo colegiado.

Vejamos, pois, algumas espécies de regras processuais sobre competência que estão presentes nos regimentos internos.

### 9.2.1. Regras sobre a competência dos órgãos do tribunal

A primeira categoria de regra sobre competência é a mais clara, aquela relativa à competência de cada órgão do tribunal. Cumpre aos regimentos internos estabelecer

101. Com semelhante percepção: “Primeiramente, cumpre deixar assinalado que existe uma zona imprecisa e cor-de-cinza, em que, havendo lacuna legal, o regimento pode preenchê-la. Aliás, em alguns casos, a própria lei abre o claro, com menção expressa ao regimento para cobri-lo. Em tais casos, como é óbvio, a lei processual posterior corta a norma regimental: em sendo promulgado *praeceptum legis* em contrário ao que dispõe o regimento, a norma deste considerar-se-á revogada”. (MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 250.)

102. Em sentido contrário, entendendo que o regimento interno do STF pode contrariar expressa disposição legal: “Preliminar de incompetência de órgão fracionário da Corte para julgar pedido de extradição, frente ao comando do art. 83 da Lei 6.815/1980. Não ocorrência. Alteração da competência por edição de emenda regimental que atendeu aos ditames do art. 102, I, g, c/c o art. 96, I, a, da CF. (...) A Emenda Regimental 45/2011 não representa ofensa ao art. 83 da Lei 6.815/1980, uma vez que atendeu aos ditames constitucionais do art. 102, I, g – que fixou, sem qualquer distinção dos seus órgãos de julgamento, a competência do STF para a análise de extradição solicitada por Estado estrangeiro – c/c o art. 96, I, a – que atribui competência aos tribunais para elaborar seus regimentos e dispor sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”. (Ext n. 1.234, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 30-9-2014, 1ª T, DJE de 17-11-2014.)



o que será julgado pelas Turmas, Seções, Câmaras, Cortes Especiais e Plenários dos respectivos tribunais, observadas as disposições legais específicas.<sup>103</sup>

O que se observa, geralmente, é que as turmas ou as câmaras são designadas para processar e julgar os recursos que ingressam na corte, enquanto os colegiados maiores – seções, órgãos especiais, plenários etc. – ficam a cargo das ações originárias e com a atribuição de dirimir divergências internas na corte. Tal estrutura, como se disse, não é exaustivamente disciplinada em lei ou na Constituição, mas apenas uma organização que costuma ser seguida pelos regimentos, nada impedindo que tal lógica seja alterada.<sup>104</sup> No STJ, por exemplo, é possível repensar a competência das seções para processar e julgar os conflitos de competência entre juízos vinculados a tribunais diversos. Trata-se de incidente cada vez mais numeroso na Corte, que tem contribuído para o congestionamento das pautas das Seções.

Disposição normativa relevante que não consta das leis processuais e é bastante recorrente nos regimentos internos é aquela que possibilita o deslocamento da competência interna no tribunal, a fim de dirimir divergência entre os órgãos. No atual CPC, não consta a previsão de poderes específicos para tal modificação de competência, mas apenas institutos que podem ser utilizados para tal, como os embargos de divergência, o Incidente de Assunção de Competência ou mesmo o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.<sup>105</sup> Porém, além destas possibilidades, o RISTJ, por exemplo, no seu art. 14, possibilita que “as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: (...) II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção”. Tratando-se de regra clara e previamente definida nos regimentos internos, não há de se cogitar em violação ao princípio do juiz natural o deslocamento de competência para dirimir divergência interna, constituindo importante regra processual sobre competência interna da corte.

103. Vide, por exemplo, o art. 101, §3º, da LOMAN (LC n.º 35/1979), que estabelece a competência das Seções nos seguintes termos: “§ 3º - A cada uma das Seções caberá processar e julgar: a) os embargos infringentes ou de divergência das decisões das Turmas da respectiva área de especialização; b) os conflitos de jurisdição relativamente às matérias das respectivas áreas de especialização; c) a uniformização da jurisprudência, quando ocorrer divergência na interpretação do direito entre as Turmas que a integram; d) os mandados de segurança contra ato de Juiz de Direito; e) as revisões criminais e as ações rescisórias dos julgamentos de primeiro grau, da própria Seção ou das respectivas Turmas.

104. Segundo o art. 101, *caput*, da LOMAN (LC n.º 35/1979), o que não for disciplinado em lei será regulado pelo regimento interno do tribunal: “Os Tribunais compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou Turmas serão fixadas na lei e no Regimento Interno”.

105. No CPC/73, o art. 555, §1º, previa-se que “Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”. Tal regramento não foi replicado no CPC/15.

Tal disciplina dos regimentos internos, diferentemente do que poderia parecer à primeira vista, não extrapola o poder normativo dos tribunais, pois se circunscreve à definição de competência interna da corte, cuja disciplina foi expressamente outorgada pelo art. 96, I, “a”, da CF/1988.

### 9.2.2. Regras sobre prevenção

A disciplina da competência engloba também as regras sobre prevenção dos órgãos da corte, de maneira a direcionar as novas postulações que aportam no tribunal ao órgão prevento para o julgamento. Vide, por exemplo, o art. 71 do RISTJ, que dispõe que “a distribuição da ação, do recurso ou do incidente torna preventa a competência do relator para todos os feitos posteriores referentes ao mesmo processo ou a processo conexo, inclusive na fase de cumprimento de decisão (...)”. Da mesma forma, o art. 170 do RITRF1 estabelece que “a prevenção do relator e do órgão julgador para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução, referentes ao mesmo processo, será determinada pela distribuição de: I – mandado de segurança; II – tutela provisória; III – recurso cível ou requerimento de efeito suspensivo à apelação; IV – *habeas corpus*; V – recurso criminal.(...)”.

Tais regras são relevantes não só em razão dos benefícios decorrentes da conexão – economia processual e prevenção de julgamentos contraditórios – mas também para estabelecer regras objetivas que excepcionam os critérios prévios e abstratos de distribuição das demandas em observância ao princípio do juiz natural.

Além destas regras básicas, os regimentos ocupam-se de inúmeros outros aspectos relacionados à prevenção que não são tratados pela legislação, mas que constituem regras processuais de grande relevância para a preservação do princípio do juiz natural, como aquelas relacionadas à remoção e à aposentadoria dos juízes, aos conflitos sobre existência ou não de prevenção etc.<sup>106</sup>

### 9.2.3. Regras sobre composição dos colegiados

Importantes regramentos que também possuem estreita relação com o princípio do juiz natural são as disposições sobre a composição dos colegiados, pois a sua definição deve ser prévia e objetiva, de maneira que os jurisdicionados tenham a exata noção sobre os juízes que compõem o colegiado que irá apreciar as suas postulações. Variadas vezes, a modificação da composição do colegiado pode proporcionar significativa mudança no entendimento da corte sobre os temas que lhes são submetidos. Essa informação é relevante não só para a segurança dos

---

106. Sobre os conflitos de competência internos no tribunal, o CPC expressamente delega esse regramento aos regimentos internos: “Art. 958. No conflito que envolva órgãos fracionários dos tribunais, desembargadores e juízes em exercício no tribunal, observar-se-á o que dispuser o regimento interno do tribunal”.

jurisdicionados, no sentido de impedir que modificações ulteriores do colegiado possam ser utilizadas para manipulação dos julgamentos, mas também para a própria edição de precedentes, pois, manejando a composição do colegiado, pode-se direcionar a definição ou superação de entendimentos do tribunal.

Veja-se o exemplo da composição da Corte Especial do STJ. Atualmente, o órgão é composto pelos 15 ministros mais antigos do Tribunal, o que faz com que a integrem 6 ministros da 1ª Seção (direito público), 3 ministros da 2ª Seção (direito privado) e 3 ministros da 3ª Seção (direito penal), além do presidente, vice-presidente e corregedor. Tal composição foi inaugurada pela Emenda Regimental n.º 9 de 2008, modificando significativamente o desenho deste órgão responsável por dar a última palavra em matéria infraconstitucional. Antes da referida emenda, a Corte Especial do STJ era formada, além do presidente, do vice-presidente e do corregedor, pelos 6 ministros mais antigos de cada Seção. Ou seja, havia, na composição do órgão, um maior equilíbrio entre os membros de cada Seção do Tribunal. Na fórmula atual, há um claro predomínio de Ministros da Primeira Seção, o que pode afetar diretamente os resultados dos julgamentos da corte.

Tais modificações no regimento interno, aparentemente simples e sem maior importância teórica, suscitam vários questionamentos, especialmente em relação às regras de transição. Poderiam, por exemplo, os casos que já estavam afetados a julgamento da Corte Especial submeterem-se ao novo colegiado? Ou o colegiado antigo, em prestígio ao princípio do juiz natural, deveria estar prevento para julgá-los? Estas soluções processuais devem ser disciplinadas pelos regimentos internos, conferindo clareza aos jurisdicionados sobre o trâmite dos processos nos tribunais e garantindo a observância das normas processuais legais e constitucionais.

Outro interessante exemplo da disciplina da composição dos colegiados, cuja atividade normativa foi expressamente delegada pelo legislador, é o art. 942 do CPC, que regula a ampliação do colegiado nos casos de decisão não unânime. Em tais situações, referido artigo consigna que o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. Aqui também se revela a importância das regras regimentais que versam sobre a composição dos colegiados, porquanto, a depender dos novos julgadores que serão convocados, o julgamento pode tomar rumos dos mais diversos. Daí a necessidade de uma regulamentação prévia e objetiva sobre quem serão os novos julgadores que serão convocados.<sup>107</sup>

---

107. Sobre o tema, vide Enunciado n.º 684 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - FPPC: (art. 942; art. 5º, XXXVII, CF) Ofende o juiz natural a convocação de julgadores no caso do art. 942, ou no de qualquer substituição, sem critério objetivo estabelecido previamente em ato normativo. (Grupo: Ordem dos processos no tribunal e regimentos internos).

#### 9.2.4. Regras sobre atribuições dos relatores

Um dos regramentos relacionados à competência dos tribunais está previsto no art. 932, VIII, do CPC, que dispõe caber ao relator exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal. Trata-se de cláusula aberta que confere aos tribunais a possibilidade de disciplinar amplamente as atribuições dos relatores, respeitadas, logicamente, as normas de processo e as garantias processuais das partes.

É bem verdade que o CPC já delega aos regimentos internos a possibilidade de disciplinar inúmeros poderes dos relatores, a exemplo do art. 148, § 3º, sobre o processamento da arguição de impedimento e de suspeição perante os tribunais; do art. 235 que possibilita que os regimentos internos definam prazos para os relatores; do art. 960 que delega ao regimento a forma de processamento da homologação de sentença estrangeira; do art. 1.035, § 4º, e art. 1.038 que tratam dos poderes do relator na admissão da manifestação de terceiros na sistemática de julgamento de repercussão geral e recursos repetitivos; do art. 1.044 que confere ao regimento toda a disciplina de processamento dos embargos de divergência etc.

Além dessas hipóteses previstas em lei, o campo de atuação dos regimentos é bastante amplo, pois o legislador estipulou uma cláusula aberta para que os respectivos poderes fossem definidos com precisão nos regimentos, evitando casuísmos e, por consequência, insegurança para as partes. Podem os regimentos, por exemplo, estipular regras sobre a ordem cronológica de julgamentos (art. 12, CPC); sobre os poderes dos relatores relativos às convenções processuais (art. 190, CPC) e à calendarização do processo (art. 191, CPC); sobre a cooperação do tribunal com os demais órgãos jurisdicionais (arts. 26, 27 e 67 a 69, CPC) etc.

Uma questão interessante relacionada aos poderes do relator e à cláusula de abertura do art. 932, VIII, do CPC diz respeito à possibilidade de o regimento interno criar novas possibilidades de julgamento monocrático, além daquelas previstas nos arts. IV e V do mesmo dispositivo. Segundo tais regramentos, a decisão monocrática está autorizada nas hipóteses de

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, amplia tal rol por meio do seu regimento interno ao estabelecer no art. 255, §4º, II, que o relator pode julgar monocraticamente sempre que houver “jurisprudência consolidada” do STF ou do STJ sobre o tema.

A cláusula de abertura do art. 932, VIII, contudo, não pode ser interpretada desta forma. Quando estipulou especificamente os casos em que estaria autorizada a decisão monocrática, sendo minucioso quanto às hipóteses em que o relator poderia

julgar as postulações sem levá-las ao colegiado, o legislador parece ter tentado limitar este poder, privilegiando as decisões colegiadas. É de se recordar, inclusive, que a decisão monocrática em um caso pode conduzir à supressão da possibilidade de as partes sustentarem oralmente suas razões perante o colegiado, pois o instrumento de impugnação da decisão monocrática é o agravo interno, recurso que, em regra, não permite a sustentação oral.<sup>108</sup> Assim, em um caso em que as partes teriam direito de sustentar oralmente suas razões perante o colegiado (apelação, recurso especial, recurso extraordinário etc.), pela circunstância de o relator ter julgado monocraticamente, tal direito teria sido ceifado. A melhor interpretação dos incisos do art. 932 do CPC parece ser aquela que veda a possibilidade de criação de novas hipóteses de decisão monocrática pelos regimentos internos dos tribunais.<sup>109</sup> As hipóteses previstas no art. 932, IV e V, do CPC são exaustivas, não podendo ser ampliadas por meio dos regimentos internos, sem prejudicar as normas de processo e as garantias processuais das partes.

### 9.3. REGRAS DECORRENTES DE DELEGAÇÃO LEGAL EXPRESSA

Além das regras sobre competência, há uma categoria de regras processuais que aparece em abundância nos regimentos internos e não gera maiores questionamentos. São as disposições decorrentes de delegação legal expressa, situações em que o próprio legislador conferiu ao regimento interno a disciplina do Direito Processual. Não são incomuns na legislação brasileira tais delegações, situações em que o próprio legislador antevê, por razões de conveniência ou em virtude de peculiaridades locais, ser adequado que os regimentos internos disciplinem determinadas questões processuais, ocupando-se a legislação de aspectos mais amplos do trâmite dos processos perante as cortes.

Assim, a existência de 25 remissões do CPC brasileiro aos regimentos internos demonstra claramente que: *i.* apesar de os tribunais não terem poder legislativo, possuem um poder normativo do Direito Processual;<sup>110</sup> *ii.* o processo civil nacional convive bem

108. Vide o art. 937, § 3º, que permite, excepcionalmente, a sustentação oral em agravo interno na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação: “Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que o extinga”.

109. Em sentido semelhante, impedindo que o regimento interno estabeleça a possibilidade de julgamento monocrático quando a lei exigiu decisão colegiada: SOKAL, Guilherme. A nova ordem dos processos no tribunal: colegialidade e garantias no CPC/15. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 272. 2017.

110. Esta distinção entre poder legislativo e poder normativo foi bem trabalhada pelo STF, tratando especificamente dos poderes das cortes para editarem regimentos infralegais: “[...] Especializar varas e atribuir competência por natureza de feitos não é matéria alcançada pela reserva da lei em sentido estrito, porém apenas pelo princípio da legalidade afirmado no art. 5º, II, da Constituição do Brasil, ou seja, pela reserva da norma. [...] No caso concreto, o princípio da legalidade expressa “reserva de lei em termos relativos” (= “reserva da norma”) não impede a atribuição, explícita ou

com a disciplina dos tribunais, sendo algo, variadas vezes, desejado pelo legislador diante de peculiaridades locais e da própria dinamicidade para alterações e adaptações dos regimentos internos, diferentemente do moroso processo de modificação das leis; *iii.* a possibilidade de o regimento interno disciplinar algo que eventualmente possa macular as normas de processo e as garantias das partes não é empecilho para este poder normativo, sendo possível a correção posterior; *iv.* a existência de regimentos distintos nos diversos tribunais, apesar de flexibilizar a unidade nacional do Direito Processual, foi algo desejado pelo legislador, priorizando a aderência do procedimento às peculiaridades de cada tribunal e a possibilidade de as cortes suprirem lacunas da legislação de maneira a conferir maior segurança para os jurisdicionados.

Conforme já referido, por expressa delegação legal, os regimentos internos podem estabelecer novas hipóteses de sustentação oral, consoante prevê o art. 937, IX, do CPC. No particular, pode-se citar como exemplo o regimento interno do Tribunal de Justiça da Bahia, que previu a possibilidade de sustentação oral nos agravos de instrumento interpostos contra decisões interlocutórias de mérito, hipótese que, apesar de clamada pela doutrina,<sup>111</sup> não foi contemplada pelo legislador. Além desse caso, outras situações podem ser amadurecidas junto às cortes, a exemplo do julgamento de agravo interno quando o recurso que foi julgado monocraticamente viabiliza a postulação oral. A decisão do relator, nesses casos, subtrai das partes o direito de sustentar oralmente suas razões perante o tribunal, o que proporciona claro prejuízo à ampla defesa, sobretudo quando a decisão monocrática é proferida fora das hipóteses do art. 932 do CPC.

O art. 950, § 1º, do CPC autoriza a definição de prazos processuais no incidente de arguição de inconstitucionalidade, estabelecendo, pois, o ritmo de processamento deste incidente e a forma como serão exercidas as postulações dos interessados. Outra regra interessante é o art. 1.044 do CPC, que outorga aos regimentos a disciplina do procedimento dos embargos de divergência. Neste caso, o legislador delegou amplamente o trâmite deste recurso ao regimento interno, devendo cada tribunal estipular as regras de competência, prazos, admissibilidade etc. É nos regimentos internos do STJ e do STF que está prevista, por exemplo, a regra relativa à necessidade de cotejo analítico entre os acórdãos divergentes, clara regra processual relativa à admissibilidade recursal.

---

implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer ou não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule. [...] Quando o Executivo e o Judiciário expedem atos normativos de caráter não legislativo – regulamentos e regimentos, respectivamente – não o fazem no exercício da função legislativa, mas no desenvolvimento de “função normativa”. O exercício da função regulamentar e da função regimental não decorrem de delegação de função legislativa; não envolvem, portanto, derrogação do princípio da divisão dos poderes. (HC 85.060, rel. Min. Eros Grau, j. 23-9-2008, 1ª T, *DJE* de 13-2-2009.)

111. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 231.

Digno de registro, ainda, é o art. 1.036 do CPC, que prevê que os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça devem disciplinar todo o procedimento de afetação de recursos à sistemática de julgamento de casos repetitivos, observadas as disposições legais sobre o tema. Referido artigo não só lança luzes sobre o papel de complementação normativa conferido aos regimentos internos, mas também possibilita que os tribunais disciplinem amplamente esta técnica de formação de precedentes. É possível, por exemplo, que sejam previstas regras sobre quórum mínimo de instalação para julgamento de casos sob a sistemática dos repetitivos, bem como que seja definido um quórum qualificado para fixação da tese ou mesmo sua revisão.<sup>112</sup> Tais normas iriam ao encontro de uma maior solidez das teses fixadas pelos tribunais superiores, incrementando, assim, a segurança jurídica dos jurisdicionados. Ademais, contribuiriam para a densificação dos deveres de uniformização, estabilização, integridade e coerência da jurisprudência dos tribunais, nos termos definidos pelo art. 926 do CPC.

#### 9.4. REGRAS COMPLEMENTARES QUE DECORREM DE PRECEDENTES JUDICIAIS

A interpretação das disposições legislativas pelos tribunais superiores é uma atividade de integração da ordem jurídica, seja ela realizada a fim de solucionar divergências sobre a normatividade vigente, seja para densificar cláusulas abertas previstas na lei ou na Constituição Federal. Trata-se de atividade, portanto, que reduz a complexidade do Direito, informando aos operadores sobre quais os caminhos interpretativos adequados do devido processo.<sup>113</sup>

Partindo desta premissa, é recorrente a incorporação nos regimentos internos de normas jurídicas que decorrem de precedentes judiciais, seja para disciplinar suas consequências, seja simplesmente para conferir publicidade àquilo que foi definido pelos tribunais superiores, incrementando a cognoscibilidade do Direito.

É o que ocorreu, por exemplo, quando o STF, nos EDcl no RE n. 571.572-8/BA, entendeu, em *obiter dictum*, cabível o ajuizamento de reclamação contra as decisões das turmas recursais dos juizados que violassem precedentes do STJ. Frente a este julgamento, o STJ editou a Resolução n. 12/2009, a fim de prever o cabimento e a disciplina da referida reclamação. Este caso é interessante, pois, além de passar a prever o cabimento da reclamação nos termos decididos pelo STF, disciplinou todo

112. Sobre a sistemática de votação na jurisdição constitucional, vide tese de Paula Pessoa Pereira, intitulada “Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal”, defendida em 09 de novembro de 2017, perante a Universidade Federal do Paraná.

113. Calmon de Passos, baseado nas lições de Luhmann, denomina a atividade dos tribunais de “segunda redução de complexidade”, operada após a atividade legislativa (primeira redução de complexidade). (PASSOS, J. J. Calmon de. Súmula Vinculante. *Ciência Jurídica*, v. 13, n. 85, p. 279-295, jan./fev. 1999, p. 284).



seu trâmite, estabelecendo prazos, competência, hipóteses de cabimento, oitiva do Ministério Público, recorribilidade das decisões etc.

Em outra ocasião, o STF, na Reclamação n. 10.793/SP, entendeu que não era cabível agravo ou reclamação diretamente às Cortes Superiores contra decisão que negava seguimento a recurso extraordinário, quando o entendimento do tribunal de origem estivesse em consonância com decisões proferidas pela sistemática de recursos repetitivos. O recurso cabível, neste caso, seria o agravo interno, sendo limitado às partes o acesso aos Tribunais Superiores. Diante destes precedentes, os tribunais de todo o Brasil tiveram que adaptar os seus regimentos internos não só para incorporar a previsão deste agravo interno, mas também para disciplinar o processamento e a competência de tal recurso.

Interessante exemplo, que contou com chancela do STF, foram as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE, que firmaram como competência deste Tribunal Superior o processo e julgamento do pedido de perda do mandato, em decorrência de infidelidade partidária, bem como regulamentaram o trâmite do processo, a forma da petição inicial, o prazo para a resposta, as consequências da revelia, o ônus da prova, os direitos da defesa etc. Tais resoluções foram duramente criticadas, justamente por inovarem na ordem jurídica, atribuição esta que seria exclusiva do legislador. Estaria havendo uma usurpação pelo Poder Judiciário das atividades legislativas. Por 9 votos a 2, foram julgadas improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra as referidas resoluções do TSE que disciplinam o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Entendeu a Corte que as resoluções apenas regulamentavam e davam concretude aos precedentes do STF definidos nos Mandados de Segurança (MSs) 26.602, 26.603 e 26.604.

Com efeito, os regimentos internos também cumprem o importante papel de positivar precedentes dos tribunais superiores que afetam diretamente o funcionamento das cortes. Tal medida tem o grande mérito de democratizar o conhecimento das normas definidas pelos precedentes, possibilitando que os operadores do Direito tenham um fácil acesso à disciplina do processo perante a corte, incrementando-se, portanto, a segurança jurídica do sistema processual.

## **9.5. REGRAS COMPLEMENTARES QUE DECORREM DE OMISSÃO LEGISLATIVA**

Por fim, os regimentos internos cumprem o importante papel de disciplinar questões que não foram enfrentadas pelo legislador, esclarecendo aos jurisdicionados sobre o funcionamento jurisdicional das cortes. Nas palavras de Frederico Marques, cumpre ao regimento interno, que chama de “lei material”, desenvolver as normas legais, esclarecendo-lhes o sentido, consequências e detalhes para a sua fiel execução, sobretudo quando possuírem uma textura aberta, estabelecendo apenas princípios



gerais.<sup>114</sup> Se é tranquila a ideia de que o legislador, em diversas ocasiões, delegou expressamente a disciplina do processo civil aos regimentos internos dos tribunais, não é difícil identificar situações que igualmente exigem uma disciplina complementar àquela prevista na legislação e o legislador se omitiu quanto à delegação ao regimento interno. Tal circunstância, porém, não deve levar à insegurança dos jurisdicionados quanto às normas processuais aplicáveis, mas sim permitir uma interpretação sistemática do ordenamento e viabilizar a complementação legislativa pelos tribunais.

Esta função normativa dos tribunais já foi, inclusive, chancelada pelo STF, quando julgou as citadas ADIs n.º 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR), contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE, que tratam da competência para processo e julgamento do pedido de perda do mandato, em decorrência de infidelidade partidária. Nesse caso, o TSE disciplinou amplamente o procedimento, tratando da forma da petição inicial, do prazo para a resposta, das consequências da revelia, do ônus da prova, dos direitos da defesa etc. O STF julgou constitucional a postura do TSE diante da omissão do Poder Legislativo, chancelando a possibilidade de atos do tribunal inovarem na ordem jurídica e preverem o procedimento por meio do qual deveriam tramitar referidas demandas.<sup>115</sup>

Um exemplo interessante em que o tribunal usou de tal poder normativo para disciplinar amplamente questões processuais ocorreu quando do advento do requisito da repercussão geral no recurso extraordinário. O STF, naquela oportunidade, disciplinou o instituto nos arts. 322 e seguintes do RISTF, vindo a definir, inclusive, que a demonstração da repercussão geral só poderia ser exigida nos recursos extraordinários interpostos contra acórdãos publicados a partir de 03 de maio de 2007, vigência da Emenda Regimental 21/07.<sup>116</sup>

Diante de tal aptidão normativa, é possível visualizar algumas questões cuja regulação pelos regimentos internos seria de grande valia para os operadores do Direito, especialmente para juízes e advogados que, atualmente, não sabem como o processo se desenvolverá perante as cortes.

a) A hipótese da ampliação do colegiado, prevista no art. 942 do CPC, é bastante eloquente, pois há mais dúvidas do que certezas quanto à sua aplicação. Discutem-se, por exemplo, quais os critérios para a convocação dos demais juízes que comporão o colegiado ampliado; quais os limites cognitivos deste colegiado ampliado; de quem é a competência

114. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Milenium, 2000, p. 186.

115. Em sede doutrinária, reconhecendo expressamente a função do regimento de “preencher a lacuna da legislação processual: DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. “A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal.” *Revista de Processo*. São Paulo, v. 41, n. 258, p. 257-278, ago. 2016. Aduzem expressamente que: “Na ausência de regramento detalhado no Código de Processo Civil, os regimentos internos dos tribunais exercerão papel de extrema importância para regulamentar o procedimento e a atuação do relator”.

116. STF, Tribunal Pleno, QO no AI 664.567, Relator Min. Ellen Gracie, D.J. 26.06.2007.

para processar e julgar eventuais embargos de declaração interpostos contra a decisão do colegiado ampliado etc. Tais indagações não encontram respostas claras na legislação, o que proporciona um ambiente de extrema insegurança para os jurisdicionados. Neste caso, bastante oportuno seria que os regimentos internos previssessem uma disciplina para os temas, de maneira a conferir alguma previsibilidade aos operadores do Direito.

b) Um outro importante tema que carece de maior detalhamento pela legislação é o comando do art. 933, §1º, do CPC, que prevê o respeito ao contraditório durante as sessões de julgamento nos tribunais, sempre que for constatada a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício. Tanto os tribunais quanto os advogados têm dúvidas se esta manifestação se pode dar durante a sessão de julgamento ou se há a necessidade de abrir o prazo de cinco dias previsto no *caput* do dispositivo. Trata-se, pois, de questão de grande relevância que poderia ser facilmente resolvida pelo regimento interno, facilitando o trabalho perante as cortes.

c) Não há no CPC, por exemplo, qualquer regra que discipline o procedimento da arguição de suspeição e de impedimento de desembargadores, ministros ou órgãos colegiados. Há clara omissão legislativa no particular. Não se cogita, porém, que tais alegações não possam ser feitas, sendo necessário que os regimentos internos supram a omissão legislativa. Diga-se, aliás, que, em relação ao membro do Ministério Público, aos auxiliares da justiça e “aos demais sujeitos imparciais do processo”, o art. 148, § 3º, do CPC remete expressamente a sua disciplina para os regimentos internos. Ou seja, o próprio legislador delegou aos tribunais a atribuição de definirem referidas regras processuais, não havendo razão para não confiar a tais órgãos a disciplina em relação aos magistrados e aos órgãos colegiados.

d) Ao analisar o art. 69 do CPC, da mesma forma, é possível identificar um vasto campo para a atuação dos regimentos, quando em cooperação os tribunais dos diversos Estados e Regiões Federais do país. Regras sobre a operacionalização dos atos previstos no § 2º do art. 69, por exemplo, não estão previstas em lei, devendo ser reguladas regimentalmente. Como serão feitas, por exemplo, a prática de citação, intimação ou notificação de ato; a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; a efetivação de tutela provisória; a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; a centralização de processos repetitivos; a execução de decisão jurisdicional?<sup>117</sup> Os regimentos internos podem cuidar também das regras gerais para que o tribunal celebre ato concertado com outros tribunais; bem como das regras gerais para que o tribunal celebre protocolos institucionais.<sup>118</sup>

---

117. Vide, sobre o tema, o Enunciado n.º 4 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “A carta arbitral tramitará e será processada no Poder Judiciário de acordo com o regime previsto no Código de Processo Civil, respeitada a legislação aplicável”.

118. Sobre o tema, vide importante previsão legislativa que autoriza a realização de protocolos institucionais entre os órgãos do Poder Judiciário e as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda

A prática destes atos precisa ser detalhada, de maneira que haja certa previsibilidade de como os tribunais devem atuar, o que os jurisdicionados podem esperar e exigir das cortes, sobretudo para que se confira maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

e) Fredie Didier e Sofia Temer apresentam, na linha perfilhada no presente estudo, valiosos exemplos de espaços de atuação dos regimentos internos quando tratam da organização do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Não há disposição legal que defina o que fazer diante de inúmeros pedidos ou ofícios de instauração do incidente, relativos à mesma questão repetitiva, perante o mesmo tribunal. A doutrina, no particular, divide-se, deixando o jurisdicionado e os próprios tribunais sem uma diretriz segura de como proceder. Alguns sustentam a necessidade de pensamento e processamento conjunto, por outro lado pode-se cogitar “a escolha de alguns pedidos ou ofícios que mais bem representem a controvérsia, à semelhança do regime dos recursos repetitivos”, como fez o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.<sup>119</sup> A possibilidade de sustentação oral na decisão sobre a admissibilidade do IRDR não tem previsão no CPC, apesar de ser de grande relevância para uma adequada prestação jurisdicional. Os autores defendem, ainda, a importância da decisão de organização do incidente, não prevista em lei, mas de grande relevância para:

- (i) identificação precisa do objeto do incidente; (ii) escolha, se necessário, dos casos representativos da controvérsia; (iii) definição de critérios para a participação de terceiros, seja como *amicus curiae*, seja como sujeitos juridicamente interessados, inclusive definindo uma possível calendarização do procedimento do incidente; (iv) comunicação aos interessados e à sociedade sobre a afetação da matéria; (v) comu-

---

Nacional: art. 14 da Medida Provisória n.º 881/2019, que acrescenta o § 8º no art. 19 da Lei n.º 10.522/02: “Os órgãos do Poder Judiciário e as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderão, de comum acordo, realizar mutirões para análise do enquadramento de processos ou de recursos nas hipóteses previstas neste artigo, e realizar adequação procedimental com fundamento no disposto no art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil”.

119. Art. 219, § 2º, do RITJBA – Se houver mais de um pedido de instauração de incidente, tendo por objeto a mesma questão de direito, o Presidente do Tribunal escolherá o caso que mais bem represente a controvérsia, observado o disposto no § 6.º do art. 1.036 do Código de Processo Civil, e determinará que os demais pedidos integrem a autuação a fim de que o Relator conheça dos argumentos levantados; os requerentes dos pedidos não escolhidos serão informados do número do incidente instaurado e as partes dos respectivos casos poderão participar do processo como intervenientes. § 3.º – Determinada a autuação e distribuição do pedido selecionado, novos pedidos dirigidos ao Presidente envolvendo a mesma questão de direito serão rejeitados e devolvidos ao remetente com a informação de que já foi instaurado incidente sobre o tema e seu respectivo número a fim de que postulem eventual intervenção”. Enunciado 48 do TJMG – “(art. 983) Instaurado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, outros incidentes versando sobre objeto, pedido ou causa de pedir idênticos serão liminarmente rejeitados, facultada aos interessados a manifestação, nos termos do art. 983”.

nicação aos juízos inferiores sobre a suspensão das demandas que versem sobre a questão submetida a julgamento.<sup>120</sup>

f) O art. 12 do CPC prevê que os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.<sup>121</sup> Tal dispositivo precisa ser amplamente regulamentado para a sua efetiva aplicação, algo que não se tem na legislação. Deve-se, estabelecer, por exemplo, todo o procedimento interno para que seja disponibilizada a lista de processos aptos a julgamento. Necessário definir em que momento o processo estará apto a julgamento, pois, sem esta disciplina, seria muito fácil burlar a tentativa do legislador de conferir isonomia entre os jurisdicionados. Não se pode estabelecer, por exemplo, como marco temporal, o simples ato formal de conclusão para julgamento, pois este ato é plenamente manipulável pelos serventuários, o que se afasta da ideia da existência de critérios objetivos para a criação de uma ordem de julgamento. Seria interessante, ainda, esclarecer aos jurisdicionados quais tipos de requerimentos previstos no § 4º do art. 12 são aptos a retirar o processo da ordem cronológica, por implicarem reabertura da instrução ou conversão do julgamento em diligência, inclusive prevendo-se o dever de o tribunal prevenir as partes sobre esta possibilidade (retirada da ordem cronológica) diante do requerimento formulado. Já o §6º, I, do mesmo art. 12 não deixa claro se, após a realização da diligência ou complementação da instrução, o processo ocupará o primeiro lugar da lista dos feitos aptos a julgamento ou se voltará à última posição. Todas estas questões não encontram resposta na legislação, cumprindo aos regimentos internos os devidos esclarecimentos processuais.

g) A disciplina dos arts. 133 a 137 é claramente deficitária quanto ao processamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) perante os tribunais. Não se estabelecem todos os atos postulatórios possíveis; se a parte originária, pessoa jurídica ou sócio (este, na desconsideração inversa), fará parte do incidente; se haverá decisão de saneamento; como se dará eventual instrução probatória; se haverá apresentação de razões finais pelas partes etc. Aqui também deverá o regimento interno do tribunal estabelecer estes trâmites, disciplinando amplamente o processamento do IDPJ perante a corte.

h) O instituto da reclamação, especialmente após o advento da Lei n. 13.256/2016, que alterou significativamente o Código de Processo Civil, vem gerando algumas dúvidas que devem ser solucionadas o quanto antes. Questiona-se, por exemplo, em que momento é cabível, se realmente for cabível, a reclamação proposta para

120. DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 41, n. 258, p. 257-278, ago. 2016.

121. Sobre o tema: RODRIGUES, Alexandra Fonseca. A ordem cronológica de conclusão para julgamento no novo CPC: razoável duração do processo e minoração do tratamento privilegiado. *Revista de processo*, v. 42, n. 270, p. 199-216, ago. 2017.

“garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos” (art. 988, § 5º, II, do CPC). O que significa esgotamento da instância ordinária no particular? É necessária a interposição de agravo interno? E embargos de declaração? Trata-se de mais um exemplo em que o regimento interno do tribunal poderia desempenhar a relevante função de conferir segurança jurídica aos jurisdicionados.

i) Não há na legislação, igualmente, uma disciplina clara sobre a apelação que impugna decisões interlocutórias, novidade trazida pelo Código vigente que ainda requer amadurecimento (art. 1.009, § 1º, do CPC). Questões sobre o cabimento de apelação para impugnar apenas decisões interlocutórias, ou seja, que não impugnam a sentença; a oportunidade de julgamento da impugnação às interlocutórias veiculada nas contrarrazões de apelação (art. 1.009, §§ 1º e 2º, do CPC), se antes ou depois do julgamento da apelação etc. são situações que poderiam ser esclarecidas nos regimentos internos.

j) Mais um exemplo interessante da utilidade normativa dos regimentos internos pode ser visto na disciplina do art. 1.030 do CPC. O dispositivo versa sobre as posturas do presidente ou vice-presidente dos tribunais diante de recursos especiais e extraordinários, especialmente quando a tese discutida já tiver sido definida pelo STF e pelo STJ no regime de julgamento de recursos repetitivos. Não há, à primeira vista, uma “válvula de escape” para a parte que pretenda demonstrar a necessidade de superação de precedentes já definidos pelos tribunais superiores.

Parece-nos, contudo, que o art. 1.030, I, do CPC trata da grande maioria dos casos, aqueles em que as partes estão apenas insistindo na tese que restou vencida nos tribunais superiores. Há, porém, uma clara superinclusão normativa,<sup>122</sup> pois a disposição legal não deve alcançar os casos em que a parte apresente razões robustas, ainda não enfrentadas pelos tribunais superiores, que possam ensejar a superação do entendimento antes firmado. Salutar, no particular, que o regimento interno complemente a legislação processual e preveja que, excepcionalmente, diante de justificadas razões aptas a viabilizar a superação de entendimentos consolidados, o recurso especial deve ser regularmente processado e encaminhado aos tribunais superiores. Trata-se, no particular, de uma interpretação razoável da legislação, limitando o seu alcance a situações excepcionais, que fogem da generalidade dos casos.<sup>123</sup>

k) Tema importante e que gera inúmeras dúvidas e dificuldades práticas diz respeito às situações de dispersão de votos, em que não se consegue alcançar a maioria

122. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 49.

123. Tal interpretação, inclusive, já vem sendo defendida em sede doutrinária: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 16. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 389-390.

para a conclusão do julgamento. Frequentemente, juízes que compõem colegiados chegam a conclusões distintas sobre certa demanda, gerando sérios problemas para que seja identificada a tese que se sagrou vencedora. Há tanto situações de dispersão quantitativa, quanto hipóteses de dispersão qualitativa. A dispersão quantitativa ocorre, por exemplo, quando os três julgadores chegam a conclusões distintas sobre o valor da indenização que deve ser pago. Enquanto o primeiro magistrado entende que uma indenização de R\$ 500,00 seria adequada, o segundo conclui por uma indenização de R\$1.000,00 e o terceiro pelo valor de R\$1.500,00. Já a dispersão qualitativa ocorre quando os juízes chegam a resultados distintos, que não dizem respeito apenas a valores a serem arbitrados. Vide, por exemplo, uma discussão sobre a natureza jurídica de determinada verba, para fim de classificação no quadro geral de credores da falência. Enquanto um juiz entende que a verba tem natureza alimentar, o segundo classifica-a como uma multa e o terceiro como um simples crédito quirografário. Como solucionar estas situações?<sup>124</sup> A legislação não apresenta qualquer solução.<sup>125</sup> O regimento interno tem sido a fonte para a solução desses problemas.<sup>126</sup>

I) Por fim, um último exemplo diz respeito aos poderes do relator na designação de audiências públicas, consoante preveem o art. 983, § 1º, do CPC, relativamente ao incidente de resolução de demandas repetitivas, e o art. 1.038, II, do CPC, no tocante aos recursos extraordinário e especial repetitivo. Tais dispositivos legais estabelecem a possibilidade de o relator designar a audiência pública, mas não disciplinam, por

124. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 80 a 82.

125. Segundo Araken de Assis, tal problema deve ser solucionado pelos regimentos internos dos tribunais. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 348-349.

126. Vide, por exemplo, o art. 203 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia: “Art. 203 – Se, na votação da questão global, insuscetível de decomposição, ou das questões distintas, três ou mais opiniões se formarem, serão as soluções votadas duas a duas, de tal forma que a vencedora será posta em votação com as restantes, até se fixar, das duas últimas, a que constituirá a decisão. § 1º – A ordem dos confrontos constará de esquema previamente anunciado pelo Presidente, salvo nas Câmaras, em que o confronto será feito, em primeiro lugar, entre as soluções dadas pelo Revisor e pelo Vogal, ou entre as dos Vogais, se não houver Revisor. § 2º – No caso em que a maioria divergir quanto a detalhes da questão em julgamento, reputar-se-á decidido aquilo que obtiver apoio comum; desprezados os pontos de divergência dos votos vencedores”. Vide, também, o art. 83 e o art. 84 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “art. 83 - Se, em relação a uma única parte do pedido, não se puder formar a maioria, em virtude de divergência quantitativa, o Presidente disporá os diversos votos, com as quantidades que cada qual indicar, em ordem decrescente de grandeza, prevalecendo a quantidade que, com as que lhe forem superiores ou iguais, reunir votos em número suficiente para constituir a maioria. art. 84 - Se a impossibilidade de apurar-se a maioria for devida a divergência qualitativa, o Presidente porá em votação, primeiro, 02 (duas) quaisquer dentre as soluções sufragadas, sobre as quais terão de manifestar-se obrigatoriamente todos os votantes, eliminando-se a que obtiver menor número de votos; em seguida, serão submetidos a nova votação a solução remanescente e outra das primitivamente sufragadas, procedendo-se de igual modo; e assim sucessivamente até que todas se hajam submetido a votação. Será vencedora a solução que obtiver a preferência na última votação”.

exemplo, a forma de convocação dos interessados; os requisitos para tal convocação; a necessidade, ou não, de garantir a pluralidade de manifestações sobre o tema discutido; necessidade de participação do Ministério Público; o local em que ocorrerá a audiência etc. Todos esses detalhes, extremamente relevantes para a regular realização do ato processual, não constam da legislação, cabendo aos regimentos internos a sua disciplina.<sup>127</sup>

É de se registrar, no entanto, que a presente categoria de normas regimentais (complementares à legislação) pode gerar alguma preocupação quanto à eventual pacificação do entendimento nos tribunais superiores em sentido diverso daquele previsto no regimento interno. De fato, diante da conclusão em sentido contrário dos tribunais superiores, devem os regimentos internos adequarem os seus normativos a esses novos entendimentos. Contudo, em qualquer hipótese, jamais podem os jurisdicionados ser prejudicados com tais alterações. Eventuais defeitos procedimentais que sejam apontados no rito anteriormente definido pelos regimentos internos devem ser corrigidos, sem qualquer consequência que prejudique as garantias processuais dos jurisdicionados.

---

127. Vide, por exemplo, o art. 78-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia: “O Relator poderá designar, de ofício ou a requerimento, audiência pública para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas na tese jurídica discutida ou no fato probando. § 1º – A audiência pública será convocada por edital, publicado na página do Tribunal na rede mundial de computadores, no Diário da Justiça eletrônico e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, tendo, ainda, ampla divulgação em veículos de comunicação apropriados às características do público destinatário. § 2º – O edital de convocação deverá conter o assunto da audiência, a indicação da questão específica objeto de discussão, a descrição do público destinatário do ato, a data, o local e o horário da sua realização e os critérios de inscrição e manifestação. § 3º – A convocação deverá ocorrer com antecedência mínima de trinta dias, salvo em situações de urgência. § 4º – Será garantida a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida. § 5º – O Ministério Público será intimado para participar da audiência. § 6º – A audiência pública será presidida pelo Relator, a quem cabe selecionar previamente as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve restringir-se à questão discutida, sob pena de lhe ser cassada a palavra. § 7º – Todos os membros do Órgão colegiado competente para o julgamento da causa podem participar da audiência e formular perguntas aos participantes, devendo a Secretaria respectiva dar-lhes ciência dos termos do edital de convocação por ofício específico encaminhado ao gabinete com a mesma antecedência da publicação do edital. § 8º – A audiência ocorrerá em horários apropriados à participação do público destinatário do ato, podendo ser realizada fora do horário normal de expediente forense. § 9º – O Relator poderá determinar a realização da audiência fora do prédio do Tribunal, em local de fácil acesso ao público destinatário, inclusive fora da sede do juízo, sempre que julgar necessário à garantia do amplo comparecimento. § 10 - A audiência pública será registrada em ata e mediante gravação de áudio e vídeo, bem como transmitida por meio da rede mundial de computadores e redes de televisão estatais, sempre que possível. § 11 - As questões levantadas durante a audiência pública, desde que relevantes para o julgamento da causa, deverão ser examinadas pelo Órgão julgador, na forma do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil. § 12 – A audiência pública poderá ser designada nos procedimentos de uniformização de jurisprudência, previstos nos arts. 216 a 230 deste Regimento, e poderá realizar-se em outros casos em que o Relator a reputar necessária”.



Apesar da possibilidade de as regras regimentais serem contrariadas por precedentes posteriores, o ganho em segurança jurídica que se tem com a definição prévia pelos regimentos internos parece compensar eventual necessidade de adaptação posterior. A alternativa a este regramento seria uma aplicação imprevisível das disposições legais, sem qualquer parâmetro de atuação para os operadores do Direito e com as mesmas possibilidades de definição ulterior de precedentes em sentido contrário às variadas conclusões que foram adotadas nos casos concretos. Ou seja, um sistema em que os regimentos internos antecipam-se e informam sobre o funcionamento jurisdicional da corte confere um ganho de segurança jurídica significativo se comparado àquele em que a única alternativa é aguardar o lento e gradativo processo de definição jurisprudencial das Cortes Superiores ou mesmo a edição de leis que cumpram este papel.

## CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo infirmar a assertiva corrente na doutrina brasileira de que os regimentos internos dos tribunais não podem albergar disposições normativas processuais, ou seja, não podem inovar nesta seara. Esta compreensão baseia-se, sobretudo, na circunstância de a Constituição Federal prever, nos art. 22, I, e art. 24, XI, da CF/88, reserva da legislação federal e estadual para a disciplina do direito processual.

Demonstrou-se, porém, que o art. 96, I, “a” da CF/88 expressamente outorga aos tribunais a atribuição para disciplinar as regras de competência interna das cortes, tema claramente processual. Não à toa, são os regimentos internos dos tribunais que tratam da competência jurisdicional dos seus diversos órgãos, tratam da prevenção, reunião e separação de processos, deslocamento de competência etc. Ademais, foi possível perceber que o Código de Processo Civil possui 25 remissões ao regimento interno, delegando expressamente a disciplina do direito processual aos tribunais. Um exemplo eloquente é o art. 937, IX, do CPC, que permite que o regimento interno estabeleça novas hipóteses de sustentação oral, tema de direito processual diretamente ligado ao contraditório e à ampla defesa.

Percebe-se, portanto, que é necessário interpretar o art. 22, I, e o art. 24, XI, em harmonia com o art. 96, I, “a”, todos da Constituição Federal, e compreender que o Constituinte, de fato, reservou aos regimentos internos a possibilidade de disciplinar, em alguma medida, o direito processual civil relacionado à competência e ao funcionamento jurisdicional das cortes. Assentada esta premissa, foi possível entender que tal atividade complementar da legislação pode trazer mais benefícios do que prejuízos à segurança jurídica, incrementando-se, pois, a cognoscibilidade do Direito e a previsibilidade dos trâmites processuais perante as cortes do país.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 193, p. 167-200, mar. 2011.



- ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 355.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. *Revista de Processo*, v. 150. p. 59-69. São Paulo, ago. 2007.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BURBANK, Stephen B. *Rules Enabling Act of 1934*. 130 U. Pa. L. Rev. 1015 (1981-1982).
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CADIET, Loïc. Civil justice reform: french perspective. In: *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALCANTE, Mantovani Colares. *Estudo sistemático do objeto e das fontes do direito processual civil brasileiro*. Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 21. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 16. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 41, n. 258, p. 257-278, ago. 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIORAVANTI, Maurizio. A produção do direito entre lei e juiz: a relação entre democracia e jurisdição. *Interesse público*, v. 14, n. 76, p. 161-166, nov.-dez. 2012.

- GOMETZ, Gianmarco. *La certeza jurídica como previsibilidad*. Trad. Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- \_\_\_\_\_. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Direito processual civil francês*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- \_\_\_\_\_. Fontes normativas do direito processual comum em face da Constituição de 1946, *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 51, n. 315, p. 237-241, jan. 1962.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Milenium, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MOORE, Karen Nelson. *The Supreme Court's Role in Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure*. 44 Hastings L.J. 1039 (1990).
- MULLENIX, Linda S. *Judicial Power and the Rules Enabling Act*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2208197](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208197). Acesso em: 13.02.2019.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Súmula Vinculante*. *Ciência Jurídica*, v. 13, n. 85, p. 279-295, jan./fev. 1999.
- PESSOA, Paula. *Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal*. Tese de doutorado defendida em 09 de novembro de 2017, perante a Universidade Federal do Paraná.

- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REDISH, Martin H.; MURASHKO, Dennis. *The Rules Enabling Act and the Procedural-Substantive Tension: A Lesson in Statutory Interpretation*. Disponível em: [http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/RedishMurashko\\_MLR.pdf](http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/RedishMurashko_MLR.pdf). Acesso em: 12.02.2018.
- RODRIGUES, Alexandra Fonseca. A ordem cronológica de conclusão para julgamento no novo CPC: razoável duração do processo e minoração do tratamento privilegiado. *Revista de processo*, v. 42, n. 270, p. 199-216, ago. 2017.
- ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho*. Trad. José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurélio de Praga García e Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- SHAH, Shilpa. *An Application of Federal Rule of Civil Procedure 26(A)(1) to Section 1983 Actions: Does Rule 26(A)(1) Violate the Rules Enabling Act*. 43 Clev. St. L. Rev. 115 (1995).
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- SOKAL, Guilherme. A nova ordem dos processos no tribunal: colegialidade e garantias no CPC/15. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 272. 2017.
- SOUZA, Marcus Seixas. *Normas consuetudinárias: história, teoria e dogmática*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 14, set. 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto\\_Junior.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm)>. Acesso em: 30 out. 2016.





Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

Sul sindacato del giudice amministrativo  
sulle decisioni dell'AGCM.  
Pienezza della giurisdizione e tutela dei  
diritti fondamentali<sup>1\*</sup>

On the Administrative Judge's Judicial Review over AGCM's Decisions.  
Full Jurisdiction and Protection of the Fundamental Rights

**Donato Vese**

Ph. D at University School of Advanced Studies IUSS Pavia.  
Academic Vis. University of Oxford, Centre for Socio-Legal Studies.

**Abstract:** The aim of this paper is to offer a solution to the problem of the administrative judge's review over the antitrust authority's decisions, starting from the interpretation of Article 6 of ECHR in European Law and Article 24 of Constitution in Italian Law as elements that admit full jurisdiction. In this perspective it will try to formulate a different notion of nature and function of public power that in view of people's sovereignty shall guarantee full and equal legal protection of fundamental rights.

1. \* Il presente scritto è frutto in parte di un periodo di ricerca svolto dall'autore alla University of Oxford presso il Centre for Socio-Legal Studies della Faculty of Law.

**Sintesi:** Muovendo dalla interpretazione dei dati positivi offerti dal diritto europeo (art. 6 CEDU) e dal diritto italiano (art. 24 Costituzione) come dati che postulano la c.d. *full jurisdiction*, il presente scritto intende offrire una soluzione al problema del sindacato di merito del giudice amministrativo sulle decisioni dell'autorità antitrust (AGCM) a partire da una diversa concezione della natura e della funzione del potere pubblico come potere che, in virtù della spettanza della sovranità al popolo, è funzionalizzato al godimento pieno ed uguale dei diritti fondamentali delle persone.

**Keywords:** Judicial review. Full jurisdiction. Article 6 ECHR. Article 24 Italian Constitution. National competition authority (AGCM). Legal protection of Rights. Public power.

**Parole-chiave:** Sindacato del giudice. Giurisdizione piena. Articolo 6 CEDU, Articolo 24 Costituzione Italiana. AGCM. Tutela dei diritti fondamentali. Potere pubblico

**Sommario:** Introduzione. 1. Il problema della pienezza della tutela sulle decisioni dell'AGCM nella recente normativa europea e italiana. – 1.1. La recezione della direttiva europea in materia di *private antitrust enforcement* da parte del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. – 1.2. L'efficacia vincolante della decisione dell'AGCM per il giudice ordinario in sede di *private enforcement*. – 1.2.1. Il problema dell'accertamento in sede di *public enforcement* del fatto e delle valutazioni tecniche della decisione dell'AGCM non impugnata o (ove impugnata) non annullata dal giudice amministrativo. – 1.2.2. Il problema (temporale) dell'interesse a ricorrere (eventuale) avverso la decisione dell'AGCM adottata in sede di *public enforcement* nei confronti delle (possibili) azioni risarcitorie in sede di *private enforcement* dei terzi lesi dall'illecito antitrust. – 1.3. La normativa europea ed il rafforzamento del sistema di *private antitrust enforcement*. – 1.4. La disposizione dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017 e la sua interpretazione. – 2. La recente posizione della giurisprudenza italiana in materia di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM. – 2.1. La limitazione dei poteri del giudice amministrativo attraverso il binomio sindacato esterno/sindacato debole. – 2.2. La posizione del Consiglio di Stato. – 2.3. La posizione dei tribunali amministrativi regionali. – 2.4. La posizione della Suprema Corte di cassazione. – 3. Gli orientamenti della dottrina contemporanea: aperture e (nuovi) limiti al sindacato pieno del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM. – 3.1. I tradizionali limiti al sindacato pieno del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM. – 3.1.1. La natura del giudizio svolto da AGCM e le valutazioni (economiche) complesse. – 3.1.2. Discrezionalità tecnica e concetti giuridici indeterminati. – 3.2. I termini attuali del dibattito. Il sindacato sostitutivo del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM ed i suoi limiti. – 3.2.1. Il sindacato di full jurisdiction come rimedio del processo ai difetti del procedimento amministrativo. – 3.2.2. Il giudizio sul rapporto e l'intensificazione del sindacato sul modello dei poteri cognitori e decisorio spettanti al giudice ordinario. – 3.2.3. Il controllo di ragionevolezza e proporzionalità e la riaffermazione del sindacato non

sostitutivo sul merito amministrativo come limite invalicabile per il giudice. – 4. La cognizione piena sui fatti e sui profili tecnici come elemento essenziale della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo. – 4.1. L'estensione del problema sui limiti della giurisdizione alla persona. – 4.2. L'elaborazione dei concetti di processo e di sindacato nel diritto positivo europeo e italiano. – 4.3. La giurisprudenza della Corte EDU sulla disciplina della full jurisdiction. – 5. Pienezza del sindacato e giurisdizione amministrativa sulle decisioni dell'AGCM nel diritto positivo italiano ed europeo. – 5.1. La limitazione della giurisdizione sugli atti dell'AGCM e la violazione del diritto di difesa convenzionalmente e costituzionalmente sancito nell'ordinamento europeo e italiano. – 5.2. L'art. 24 Cost. sul diritto di agire in giudizio come norma che esige il sindacato pieno del giudice amministrativo sul merito degli atti dell'AGCM per la tutela effettiva della persona. – 5.3. L'art. 6, par. 1, CEDU e il principio della full jurisdiction sul merito degli atti dell'AGCM per la tutela effettiva della persona. – 5.4. Inquadramento di fatti e profili tecnici resi dall'AGCM all'interno del merito amministrativo e loro insindacabilità. Critica. Riconduzione di tali elementi alla discrezionalità tecnica e loro piena sindacabilità da parte del giudice amministrativo. – 6. Conclusioni. Il sindacato pieno e sostitutivo del giudice amministrativo nella concezione del potere pubblico come potere funzionalizzato al godimento pieno ed uguale dei diritti fondamentali della persona.

## INTRODUZIONE

La recente normativa italiana in materia di *private antitrust enforcement* (art. 7 d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3) ha posto non pochi problemi in ordine al tema della tutela giurisdizionale e della relativa tutela dei soggetti lesi a fronte di una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi AGCM). Il legislatore italiano, recependo la direttiva europea 2014/104/UE, ha stabilito in sostanza che l'accertamento dei fatti e la ricostruzione dei profili tecnici compiuti dall'AGCM nelle sue decisioni non siano più sindacabili dal giudice ordinario in sede di risarcimento del danno, laddove tali decisioni non vengano impugnate dinanzi al giudice amministrativo o non vengano annullate da tale giudice se impugate.

Il dato positivo svela, dunque, una evidente criticità. Se il giudice ordinario, in virtù della recente normativa, non può più sindacare la constatazione di fatti e profili tecnici svolta dall'autorità antitrust in una sua decisione, allorché questa non sia più soggetta ad impugnazione davanti al giudice amministrativo perché inoppugnabile o perché la richiesta di annullamento sia stata respinta da quel giudice, si avrà che in simili casi l'unico organo giurisdizionale legittimato a sindacare la ricostruzione offerta dall'AGCM sia proprio il giudice amministrativo. Il problema della pienezza della giurisdizione sulle decisioni dell'autorità antitrust, quindi, sarebbe risolto dalla logica estensione dei poteri cognitori, istruttori e decisori del giudice amministrativo ai fatti e alle valutazioni tecniche così come ricostruiti dall'AGCM. Senonché, nel silenzio della legge, la tesi del sindacato di merito del giudice amministrativo su fatti e profili tecnici

resi dall'AGCM è oggi confutata dalla prevalente giurisprudenza e da significativa parte della dottrina.

In questa prospettiva dall'analisi del dato giurisprudenziale e dottrinale ciò che emerge in modo nitido è la forte limitazione che il giudice amministrativo incontra in ordine al suo potere di riformulare le valutazioni tecniche e di rivedere i fatti per come delineati dall'AGCM. In quest'ambito a farsi largo sono le note tesi che – più e meno recentemente – hanno inquadrato il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche entro i confini del sindacato 'esterno' (limitato cioè al vaglio della sola legalità esterna dell'esercizio del potere) e 'debole' (in cui cioè la decisione del giudice non può mai sostituire la decisione dell'autorità). Sicché allo stato attuale delle cose si prospetta il seguente paradosso: se il controllo sul merito delle decisioni dell'AGCM del giudice ordinario è impedito dalla legge e quello del giudice amministrativo, nel silenzio di questa, dalla giurisprudenza e – in parte – dalla dottrina si avrà che mai alcun giudice, nel rispettivo giudizio, sindacherà la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuta unilateralmente dall'AGCM. Tale risultato si pone verosimilmente in contrasto con il principio della pienezza della tutela giurisdizionale, così come sancito nell'ordinamento interno dal dato costituzionale (art. 24 Cost.) e nell'ordinamento europeo dal dato convenzionale (art. 6, par. 1, CEDU).

Muovendo dall'interpretazione del dato positivo offerto dal diritto italiano (artt. 24, 111 e 113 Cost.) ed europeo (artt. 6 e 13 cedu, 47 CDFUE) come dato che postula la *full jurisdiction*, il presente scritto intende offrire una soluzione al problema del sindacato di merito del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM a partire da una diversa concezione della natura e della funzione del potere pubblico come potere che, in virtù della spettanza della sovranità al popolo, è funzionalizzato al godimento pieno ed uguale e alla tutela dei diritti fondamentali. In quest'ottica, scopo della ricerca sarà anzitutto quello di mostrare, attraverso l'elaborazione del concetto di processo e di sindacato, come la cognizione autonoma di fatti e profili tecnici costituisca tratto essenziale dell'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo. Una volta preso atto che la cognizione autonoma del merito amministrativo rappresenta elemento basilare della funzione giurisdizionale, la cui insindacabilità sfocia nella violazione del diritto di difesa costituzionalmente e convenzionalmente garantito dal diritto italiano ed europeo, scopo della ricerca sarà quello di ricostruire la disciplina dell'art. 24 Cost. e dell'art. 6, par. 1, della cedu in vista di affermare la pienezza del sindacato del giudice sulle decisioni dell'AGCM in ordine alle valutazioni tecniche e all'accertamento dei fatti che questa abbia svolto nell'esercizio del potere assegnatogli dall'ordinamento per la cura dell'interesse pubblico, vale a dire per la massimizzazione dei diritti della persona da parte di quell'autorità. Nella parte finale, ricondotto il potere dell'autorità amministrativa all'assolvimento dei diritti come richiesto dal tessuto costituzionale, si sosterrà la tesi dell'ampliamento del sindacato del giudice amministrativo, attraverso un controllo anche di tipo sostitutivo, sugli atti dell'AGCM in vista di assicurare la pienezza della tutela della persona.



## 1. IL PROBLEMA DELLA PIENEZZA DELLA TUTELA SULLE DECISIONI DELL'AGCM NELLA RECENTE NORMATIVA EUROPEA E ITALIANA.

### 1.1. La recezione della direttiva europea in materia di *private antitrust enforcement* da parte del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3

La recente recezione della normativa europea in materia di *private antitrust enforcement* da parte della legislazione italiana ha posto non pochi problemi per ciò che riguarda la pienezza della giurisdizione sulle decisioni dell'AGCM<sup>2</sup>, sollevando fondati

2. La letteratura italiana sull'argomento è ampia, per limitarci alla dottrina amministrativistica che ha affrontato la questione del controllo giudiziale sugli atti dell'autorità antitrust prima (e al di là) dell'emanazione della direttiva europea del 2014 si v. I. MARINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e giustizia amministrativa*, in *Dir. econ.*, 1992, p. 573 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, *Note su alcune «autorità garanti» e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 257 ss.; F. PELLIZZER, *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza e del mercato*, Trento, 1993, p. 32 ss.; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 646 ss.; ID., *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.*, 2002, p. 3865 ss.; M. ANTONIOLI, *La legge « antitrust » dinanzi al giudice amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 1260 ss. e ID., *Giudice amministrativo e diritto antitrust: un dibattito ancora aperto*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 93 ss.; A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 71 ss.; S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 107 ss.; S. CRISCI, *Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tutela giurisdizionale*, in *Cons. Stato*, 1996, p. 555 ss.; G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle Authorities*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, p. 251 ss.; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, p. 11 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 649 ss.; M. SCUFFI, *La tutela antitrust avanti al giudice amministrativo*, in M. TAVASSI, M. SCUFFI (a cura di), *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, p. 143 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *La legittimazione del denunciante ad impugnare le delibere di non avvio dell'istruttoria e di archiviazione adottate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro amm.*, 1999, p. 1149 ss.; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, p. 469 ss.; F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 430 ss.; A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Anal. giur. econ.*, 2002, p. 425; R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 170 ss.; ID., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 245 ss.; R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti della Autorità Antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1060 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, p. 112 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, p. 303; S. SCREPANTI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche e sui poteri sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Rass. Avv. St.*, 2008, p. 393 ss.; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Merc. reg. conc.*, 2013, p. 519 ss.; ID., *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in C. RABITTI

dubbi sulla legittimità costituzionale di tale intervento legislativo<sup>3</sup> e più in generale sulla adeguatezza del sindacato del giudice amministrativo rispetto alla tutela effettiva delle posizioni soggettive incise dai provvedimenti adottati da quell'autorità.

Dal punto di vista positivo, si intende fare riferimento al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3<sup>4</sup> con cui l'ordinamento italiano, sulla scorta della delega contenuta nella l. 9

---

BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di potere antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 385 ss.; A. CATRICALÀ, A. LOLLI, *L'antitrust in Italia*, Milano, 2010, p. 33 ss.

Di recente il dibattito dottrinale, specie per quanto che riguarda il tipo di controllo che il giudice amministrativo deve esercitare sugli atti dell'AGCM, ha ripreso un certo vigore proprio in virtù dell'emanazione della direttiva europea del 2014 prima e del decreto legislativo del 2017 poi. In tal senso si v. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, p. 999 ss.; B. GILBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, p. 76 ss.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 507 ss.; ID., *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1207 ss.; F. GOISIS, *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.; ID., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, p. 199 ss.

3. Non ritiene vi siano fondati dubbi di legittimità costituzionale M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, Milano, 2014, p. 461, il quale, esprimendosi in relazione al testo (ancora in fase di approvazione al momento in cui scrive) dell'art. 9 della direttiva europea 2014/104/UE, afferma che la tutela piena per i soggetti interessati sarebbe garantita dall'art. 113 Cost. e, dunque, dal fatto che il giudice amministrativo, possa esercitare un sindacato pieno di legittimità sul provvedimento dell'AGCM. Ma, come si sosterrà nel corso della trattazione, è proprio sul versante della pienezza del sindacato del giudice amministrativo e delle sue evidenti criticità emergenti dal dato giurisprudenziale e dottrinale, che si pone la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017; e ciò non tanto in relazione all'art. 113 Cost. (che pure è indirettamente toccato dalle norme in esame), quanto piuttosto all'art. 24 Cost.

Secondo G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., pp. 1002-1003, «l'innovazione apportata dal citato art. 9 pone [...] gravi problemi. Perché la perdita della cognizione piena del Giudice ordinario in ordine all'accertamento della illiceità, già oggetto di decisione dell'Autorità garante, se non altrimenti compensata porterebbe ad un deficit (complessivo) di tutela giurisdizionale, che sarebbe difficilmente compatibile con nostri precetti costituzionali e che finirebbe per contrastare con la stessa Direttiva».

Sul punto si v. anche F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito*, cit., p. 218, che sostiene l'incostituzionalità dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 per difetto di delega, nonché la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in quanto in contrasto con l'art. 6 CEDU come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

4. Su cui si v. F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1207 ss.; F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, p. 199 ss.; G. BRUZZONE, A. SAJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Mercato Concorrenza Regole*,

luglio 2015, n. 114 (c.d. legge di delegazione europea 2014), ha dato attuazione alla direttiva 2014/104/UE<sup>5</sup> relativa alle norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni del diritto della concorrenza negli Stati membri e nell'Unione europea. Particolare rilievo, ai fini del presente lavoro, assumono quelle disposizioni normative del decreto in parola, in cui viene previsto che la decisione dell'AGCM sia insindacabile dal giudice ordinario laddove la decisione di tale autorità non venga impugnata o non venga annullata dal giudice amministrativo se impugnata.

Si tratta, segnatamente, della porzione normativa inerente al primo periodo dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017<sup>6</sup>, la quale, con riguardo all'azione per il risarcimento del danno, stabilisce che una violazione del diritto alla concorrenza debba intendersi «definitivamente accertata» nei confronti del soggetto autore dell'infrazione, allorché la constatazione dell'AGCM compiuta in sede di *public enforcement* non possa essere più sottoposta ad impugnazione davanti al giudice amministrativo («*giudice del ricorso*») o per la quale sia intervenuta una sentenza passata in giudicato dello stesso giudice senza che questi abbia riformato le determinazioni, vale a dire di un provvedimento amministrativo inoppugnabile perché non impugnato o perché la richiesta di annullamento sia stata respinta da quel giudice.

---

2017, p. 9 ss.; P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. 3/2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danni antitrust*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 3, p. 991 ss.; G. VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Il Corriere giur.*, 2017, p. 441 ss.

5. Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014. Su tale direttiva, nella dottrina amministrativistica, si v. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 999 ss.; B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I della Direttiva antitrust 104/2014.*, cit., p. 76 ss.; M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità Nazionali della Concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, spec. p. 303 ss.

Più in generale sulla direttiva in esame cfr. M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno «antitrust». Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 265 ss.; S. BASTIANON, *La proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie «antitrust» e le prospettive di ricorso ai «consensual settlements»*, *ivi*, p. 331; G. BRUZZONE, A. SAJIA, *Verso il recepimento della direttiva sul «private enforcement» del diritto «antitrust»*, *ivi*, p. 257; TADDEI, *Il risarcimento dei danni «antitrust» tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva Ue del 2013*, *ivi*, p. 183; R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, p. 784; G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 301.

6. Il testo dell'art. 7, comma 1, primo periodo, d.lgs. n. 3/2017 è così formulato: «*ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato*».

La norma, come anticipato, recepisce l'indicazione di matrice comunitaria contenuta nell'art. 9 della dir. 104/2014/UE, dove il legislatore europeo richiedeva agli Stati membri di stabilire quando una violazione del diritto della concorrenza, constatata da una decisione definitiva dell'autorità nazionale antitrust o del giudice amministrativo, fosse da intendersi definitivamente accertata ai fini della proponibilità dell'azione per il risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE (ex artt. 81 e 82 TCE) per l'ordinamento dell'Unione europea o ai sensi degli artt. 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 per l'ordinamento italiano.

Infine all'ultimo periodo la norma italiana, in conformità con la direttiva europea, specifica che l'efficacia vincolante dell'accertamento effettuato in sede di *public antitrust enforcement* dall'AGCM «*riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno*», i quali potranno essere messi in discussione dal convenuto (l'impresa a cui è stata contestata la violazione alla disciplina sulla concorrenza) in sede di *private antitrust enforcement* dinanzi al giudice ordinario.

## 1.2. L'efficacia vincolante della decisione dell'AGCM per il giudice ordinario in sede di *private enforcement*.

### 1.2.1. *Il problema dell'accertamento in sede di public enforcement del fatto e delle valutazioni tecniche della decisione dell'agcm non impugnata o (ove impugnata) non annullata dal giudice amministrativo.*

Appare chiaro che il dato positivo di matrice comunitaria, così come trasposto nell'ordinamento italiano tramite il d.lgs. n. 3/2017, per quanto lo si voglia interpretare diversamente, pone il giurista dinanzi ad una lettura obbligatoria di tali norme.

Questa lettura impone all'interprete di tenere presente come l'*acquis* comunitario e il dato positivo italiano vigenti conferiscano alla decisione amministrativa dell'AGCM, con la quale essa compie le sue valutazioni di carattere tecnico ed espleta l'accertamento dei fatti attribuendo loro una certa qualificazione giuridica, un'efficacia vincolante che "fa stato" *erga omnes*<sup>7</sup> per il rito risarcitorio dinanzi al giudice ordinario in sede di *private enforcement* allorché, giova ribadirlo, tale decisione per le ragioni anzidette:

7. Sul punto si v. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., pp. 1009-1010, secondo il quale «*a seguito della nuova Direttiva [...] l'accertamento della condotta antitrust compiuta dall'Autorità si trasform[a] da accertamento strumentale al provvedimento finale in accertamento principale e autonomo*». Si tratta, dunque, di un accertamento che «*fa stato*» sulla sussistenza dell'illecito e «*fa stato*» *erga omnes*. Secondo l'A. «*solo così, infatti, si può giustificare il suo carattere vincolante per il Giudice civile e la possibilità dei terzi di avvalersi di tale accertamento vincolante*». Va sottolineato, pure, come l'accertamento dell'AGCM abbia una «*efficacia dichiarativa sua propria*» tant'è che «*se si trattasse di una sentenza, si potrebbe parlare di "capo" autonomo. Con l'ulteriore conseguenza che il contenuto dispositivo della decisione dell'Autorità non può più essere considerato singolo, ma (almeno) duplice: esso comprende,*

i) non sia impugnata dinnanzi al giudice amministrativo, divenendo così un provvedimento inoppugnabile per quanto concerne le valutazioni tecniche e gli accertamenti fattuali svolti dall'AGCM in sede di *public enforcement*;

ii) pur essendo impugnata dinnanzi al giudice amministrativo, non sia annullata da quest'ultimo che così implicitamente conferisce valore di cosa giudicata alle valutazioni tecniche ed agli accertamenti di fatto compiuti dall'AGCM in sede di *public enforcement*.

In ragione di ciò il giudice civile, chiamato a pronunciarsi ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. n. 287/1990<sup>8</sup> in sede di *private enforcement* per il riconoscimento dei danni eventualmente patiti dalla vittima dell'illecito concorrenziale, non potrà più accertare in modo autonomo la vicenda posta alla sua cognizione, ma dovrà (A) giudicare sulla base delle sole constatazioni fattuali, delle valutazioni tecniche e delle qualificazioni giuridiche compiute dall'AGCM nel procedimento con il quale tale autorità ha accertato la violazione della normativa antitrust che non sono state oggetto di impugnazione dinnanzi al giudice amministrativo.

Nel giudizio civile per il risarcimento del danno da illecito concorrenziale, stessa efficacia vincolante avranno (B) quelle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato, per le quali tale giudice non abbia annullato il provvedimento amministrativo dell'AGCM, così implicitamente confermando le ricostruzioni fattuali, le valutazioni tecniche e le qualificazioni giuridiche compiute *prima facie* dall'autorità antitrust.

### 1.2.2. *Il problema (temporale) dell'interesse a ricorrere (eventuale) avverso la decisione dell'agcm adottata in sede di public enforcement nei confronti delle (possibili) azioni risarcitorie in sede di private enforcement dei terzi lesi dall'illecito antitrust*

Quello appena delineato non è l'unico punto di osservazione da cui guardare la recente normativa. A ciò se ne aggiunge un altro strettamente connesso al primo ed a cui si ricollega una problematica di non poco conto in materia di pienezza della tutela delle posizioni soggettive incise dalle decisioni adottate dall'AGCM sul versante del *public antitrust enforcement*. Tale altro angolo visuale suggerisce di valutare la coerenza fra le norme emanate in sede europea e nazionale, specialmente per ciò che riguarda l'efficacia vincolante delle decisioni dell'autorità antitrust, e la categoria

---

*oltre agli effetti costitutivi (che sono tipici del provvedimento amministrativo e che, nella specie, costituiscono il risultato dell'esercizio del potere sanzionatorio e/o inibitorio e ripristinatorio), anche e prima ancora effetti dichiarativi (correlati all'accertamento dell'illecito)».*

8. L'art. 33, comma 2, l. n. 287/1990, come novellato dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, (convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27), attribuisce al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'art. 1, d.lgs. 26 giugno 2003, n. 168 «*le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV*».

processuale dell'interesse a ricorrere, con particolare attenzione ai profili temporali di quest'ultimo.

Da questa angolatura non sembra secondario considerare come un'impresa che abbia subito l'accertamento negativo dell'AGCM possa avere non un unico ma una pluralità di interessi ad impugnare il provvedimento emanato dall'autorità antitrust<sup>9</sup>. Inoltre, non è dato escludere che alcuni degli interessi dell'impresa si possano palesare solo eventualmente e quindi in un tempo non coincidente con l'emanazione del provvedimento.

Bisogna osservare pure come l'impresa oggetto di accertamento di un illecito antitrust, ad esempio perché abbia concluso un'intesa restrittiva della concorrenza o perché abbia abusato della posizione dominante tenuta sul mercato di riferimento, possa essere propensa a non contestare dinanzi al giudice amministrativo il provvedimento negativo emanato in sede di *public enforcement* dall'AGCM; ciò, infatti, avverrebbe nel caso in cui l'intesa non sia più di interesse strategico o la posizione dominante non sia più produttiva di un significativo valore commerciale.

Ora, appare evidente che quella stessa impresa, sebbene non abbia interesse ad impugnare il provvedimento dell'AGCM<sup>10</sup> per le ragioni anzidette, potrebbe comunque avere un interesse a non vedere compromessa la sua sfera patrimoniale dalle eventuali azioni risarcitorie esperite da terzi soggetti che avranno contestato l'intesa illecita o la condotta abusiva dell'impresa in sede di *private enforcement*<sup>11</sup> dinanzi al giudice ordinario.

Come si può notare, benché si è di fronte ad unica vicenda che presenta una pluralità di interessi apparentemente distinti non può non osservarsi come la decisione dell'AGCM renda attuale il solo interesse dell'impresa che voglia impugnare tale

9. Su questo punto cfr. B. GILBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I della Direttiva antitrust 104/2014*, cit., spec. il par. 6.

10. Come nota G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1013, «anche nel caso in cui l'impresa sanzionata potrebbe non avere interesse all'impugnazione (ad esempio, per l'esiguità della sanzione), risulterà il più delle volte comunque interessata ad evitare che diventi definitivo l'accertamento dell'illecito, perché ciò la esporrebbe maggiormente ad una serie indeterminata di giudizi risarcitori innanzi al Giudice ordinario».

11. Ciò a maggior ragione si verifica tenuto conto del "luogo" (ad es. il procedimento amministrativo) che il potere pubblico pone in luce come "luogo" evidentemente multipolare. Sul punto si v. particolarmente L. De LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Milano, 2005, p. 122 ss., che afferma come al fine della produzione di effetti dichiarativi in favore dei terzi (nel senso dell'acquisizione da parte di quest'ultimi della "stabilità" una volta intervenuta l'inoppugnabilità), gli stessi debbano partecipare al relativo procedimento. Sul punto si v. anche B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 928, dove è detto che «il provvedimento amministrativo produce effetti nei confronti di tutti i soggetti, sui cui interessi esso incide, anche al di là di coloro cui esso è rivolto. In ciò, esso non si distingue dagli altri atti di esercizio dei poteri: l'efficacia soggettiva dell'atto dipende dall'ampiezza del potere, cioè dall'assetto di interessi dei quali l'autore dell'atto può disporre».



decisione in vista dell'annullamento delle relative sanzioni e non anche l'interesse della medesima impresa a contestarne la legittimità allo scopo di evitare un giudizio negativo in sede civile per il risarcimento del danno in favore dei terzi controinteressati<sup>12</sup> e causato dalla sua (ipotetica) condotta abusiva o dall'intesa (eventualmente) restrittiva della concorrenza. Dal momento che l'azione per il risarcimento del danno in sede di *private enforcement* dinanzi al giudice ordinario è solo eventuale e quindi potrebbe non essere mai esperita dai soggetti ipoteticamente danneggiati dall'illecito antitrust accertato in sede di *public enforcement*, l'interesse a contestare la legittimità del provvedimento dell'AGCM a tali fini rimane sullo sfondo come non attuale.

Ora, appare chiaro che la soluzione normativa individuata in sede europea dall'art. 9, dir. 2014/104/UE e recepita dall'ordinamento italiano con l'art. 7, comma 1, d. lgs. n. 3/2017, oltre a determinare una perdita di tutela per le ragioni sopra esposte (cfr. *supra* punto 1.2.1), determina anche la sua anticipazione in un momento in cui alcuni interessi sono solo ipotetici, con ciò causando un'identificazione, sul versante dell'obbligo di ricorrere al giudice amministrativo, tra interessi non omogenei e non coincidenti dal punto di vista temporale. Il che costituisce a sua volta un problema di certezza del diritto dal momento che si viene a configurare un'alea per le imprese sottoposte al procedimento sanzionatorio in sede di *public enforcement* sulla possibilità di ricorrere o meno al giudice amministrativo ai soli fini di non veder compromesso il proprio diritto di difesa nel caso di una o più azioni risarcitorie eventualmente esperite dai soggetti terzi controinteressati (imprese concorrenti e privati consumatori) davanti al giudice ordinario in sede di *private enforcement*.

### 1.3. La normativa europea ed il rafforzamento del sistema di *private antitrust enforcement*

Tornando all'esame delle recenti riforme in materia di rapporti fra *public* e *private antitrust enforcement* vanno ora svolte alcune considerazioni sulle normative in parola. Se in effetti, come visto, l'intento perseguito a livello legislativo da parte della disciplina comunitaria e della sua recente recezione nell'ordinamento italiano è stato quello di rendere "vincolanti" nel rito civile risarcitorio le decisioni dell'AGCM che abbiano

12. La legislazione antitrust in quanto posta a tutela della concorrenza e del mercato mette in rilievo sia la posizione dei diretti interessati al procedimento di infrazione, sia quella di tutti coloro che nella vicenda vantano un interesse (gli enti interessati, per stare al lessico della l. n. 287/1990). Tale aspetto si ritrova, in particolar modo, nell'art. 14 l. n. 287/1990, nella parte in cui si prevede che l'AGCM sia tenuta alla notifica dell'apertura di procedure di infrazione nei confronti sia delle imprese, direttamente coinvolte in una vicenda di abuso o di concentrazione, sia degli enti interessati. Anzi, quella normativa qualifica espressamente come diritto la facoltà di imprese ed enti di essere sentite e di depositare deduzioni e pareri. In questo senso si v. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, pp. 370-371: «il procedimento che si svolge davanti ad essa non instaura solo un rapporto tra Autorità e autore della fattispecie anticoncorrenziale, ma crea anche [...] relazioni plurilaterali fra l'Autorità e tutti i soggetti presenti sul mercato».



definitivamente accertato una violazione della legislazione antitrust europea e italiana, ciò, è bene osservare, si è compiuto senz'altro nell'ottica di rendere più effettivo, oltre che più efficiente, il sistema di *private antitrust enforcement* e quindi il meccanismo dei risarcimenti per la platea dei soggetti (imprese concorrenti e consumatori) che abbiano potuto subire un danno dalle condotte anticoncorrenziali altrui.

Tale aspetto è alla base della disposizione di cui all'art. 9 della direttiva comunitaria 104/2014/UE, come si può leggere nelle sue premesse, e precisamente al considerando n. 34, dove viene evidenziata l'importanza che assume la stabilità processuale di una decisione dell'AGCM o del giudice amministrativo al fine di «*migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE*» e, per quel che qui più interessa, «*aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno*». In questo senso va letta la porzione della disposizione del considerando in parola, laddove esso prevede che la decisione con cui l'autorità o il giudice amministrativo constatino un illecito concorrenziale non debba «*essere rimessa in discussione in successive azioni per il risarcimento del danno*» dinnanzi al giudice civile.

Ciò che non si ben comprende, alla luce di quanto detto in precedenza (cfr. *supra* parr. 1.2.1 e 1.2.2), è il motivo per cui l'architettura della normativa europea, in nome dell'efficienza, dell'effettività e della certezza del diritto garantite al sistema di *private antitrust enforcement*, debba essere disegnata in modo da limitare significativamente il diritto di difesa dei soggetti che vogliono dimostrare, con tutti gli strumenti processuali che gli ordinamenti degli stati offrono, di non aver commesso alcuna violazione accertata in sede di *public antitrust enforcement* dalle autorità amministrative nazionali.

Va detto, a tal riguardo, che la legislazione comunitaria più recente non rappresenta certo una novità assoluta. Anzi, è bene osservare come essa rappresenti una sorta di punto d'approdo di un percorso più ampio e articolato compiuto dal legislatore europeo e costituito da alcune importanti tappe normative di cui appresso si darà conto, in vista proprio di comprendere le ragioni dell'affermarsi di un simile sistema di *private antitrust enforcement*.

La prima di queste tappe va individuata nel Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio europeo del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 TCE (ora 101 e 102 TFUE). L'art. 16, par. 1, del Regolamento CE n. 1/2003 prevede che le corti nazionali (ordinarie e amministrative), quando siano chiamate a pronunciarsi in ordine alla violazione degli artt. 81 e 82 TCE (ora 101 e 102 TFUE), per le quali in precedenza sia intervenuta una decisione della Commissione europea, non possano emettere una sentenza in contrasto con quella decisione. La disposizione, poco dopo, prosegue stabilendo che i giudici nazionali «*devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati*».

A ciò va aggiunto l'importante considerando n. 22 del Regolamento CE n. 1/2003, dove il Consiglio europeo si sofferma sulla rilevanza che gli effetti delle decisioni e

dei procedimenti della Commissione sulle giurisdizioni e sulle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno, onde garantire il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie in un sistema di competenze parallele come quello vigente; e ciò anche al fine di evitare conflitti fra le decisioni dei vari organi.

In quest'ordine di idee va fatta rientrare la proposta di Direttiva<sup>13</sup> avanzata in sede di politica del diritto da parte della Commissione europea, originatasi dapprima dalla comunicazione COM (2005) 672 inerente il Libro verde<sup>14</sup> e poi dalla comunicazione COM (2008) 165 con cui è stato invece redatto il Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust<sup>15</sup>, che costituiscono senza dubbio un'altra importante tappa nel processo evolutivo della legislazione europea in materia di private *antitrust* enforcement. La proposta di Direttiva è formulata dalla Commissione nei seguenti termini: «*i giudici nazionali che devono statuire in merito ad azioni di risarcimento danni relative a violazioni degli articoli 81 o 82 [ora 101 e 102 TFUE] sulle quali un'autorità nazionale di concorrenza appartenente all'ECN abbia già adottato una decisione definitiva constatando una violazione di tali articoli, o in merito alle quali una corte d'appello abbia emesso una sentenza definitiva confermando la decisione dell'autorità nazionale per la concorrenza o constatando essa stessa una violazione, non possono prendere decisioni in contrasto con una decisione o sentenza di questo genere*».

In questa prospettiva, particolare rilievo rivestono nel Libro bianco i propositi della Commissione nella parte in cui essa afferma che non vi è «*alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi dell'articolo 81 o 82 [ora artt. 101 e 102 TFUE] da un'autorità nazionale della rete europea della concorrenza (ECN) e una sentenza definitiva emessa da una corte d'appello, che conferma la decisione dell'autorità nazionale o che constata essa stessa un'infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell'infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust*».

Nel documento in parola la Commissione europea sottolinea i benefici che, *de jure condendo*, si avrebbero nell'ambito del *private enforcement* dall'emanazione di

13. Proposta di Direttiva 2013/0185 (COD) dell'11 giugno 2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.
14. Libro verde della Commissione europea su *Azioni di risarcimento del danno per violazione di norme antitrust*. Su tale documento si v. S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, p. 321 ss.
15. In particolare, si v. Libro bianco, punto 2.3. rubricato «*Effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza*». In relazione al Libro bianco, sui profili che riguardano da vicino la sindacabilità in punto di fatto delle decisioni AGCM si v. S. BARIATTI, L.R. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del Consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, 1151 ss.

una norma che stabilisca un effetto vincolante, in sede di rito civile risarcitorio, dei provvedimenti di constatazione delle violazioni antitrust, divenute definitive, adottate dalle autorità nazionali di concorrenza o dalle giurisdizioni di ricorso. Tra questi benefici particolare enfasi è posta proprio sui quei profili di «*efficacia e di efficienza procedurale*» che tale norma «*accrescerebbe significativamente*» con riguardo alle «*azioni per il risarcimento dei danni causati da violazioni delle norme antitrust*», profili che, come visto, sono stati richiamati nelle premesse alla direttiva 2014/104/UE.

D'altra parte, osserva la Commissione, «*se i convenuti possono mettere in dubbio la violazione degli articoli 81 o 82 [ora 101 e 102 TFUE] stabilita in una decisione di un'autorità nazionale per la concorrenza ed eventualmente confermata da una corte d'appello, i giudici dinanzi ai quali venga intentata un'azione per danni dovranno riesaminare i fatti e gli aspetti giuridici già oggetto di indagine e valutazione da parte di un'autorità pubblica specializzata (e da una corte d'appello)*». Simile evenienza, osserva ancora la Commissione, determinerebbe «*considerevoli costi aggiuntivi, nonché una durata ed un'imponderabilità notevoli per l'azione di risarcimento danni intentata dalle vittime*»<sup>16</sup>.

Appare chiaro come tali ultime considerazioni della Commissione non siano rimaste certo un *flatus vocis*, ma abbiano in realtà trovato dignità giuridica nelle recenti riforme promosse dall'Unione. Il che è senza dubbio evidente nell'ordinamento europeo, dove con l'art. 9 della direttiva 2014/104/UE il legislatore comunitario prescrive che gli Stati membri stabiliscano quando una violazione del diritto della concorrenza, constatata da una decisione definitiva dell'autorità nazionale garante della concorrenza o del giudice amministrativo, sia da intendersi definitivamente accertata ai fini della proponibilità dell'azione per il risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario, così pure come nell'ordinamento italiano ciò è ora previsto dal d.lgs. n. 3/2017, che di quella direttiva è il frutto, e dove all'art. 7 viene precisato che una violazione del diritto alla concorrenza debba intendersi definitivamente accertata quando la constatazione dell'autorità amministrativa non può essere più sottoposta ad impugnazione davanti al giudice amministrativo o quando è intervenuta una sentenza passata in giudicato dello stesso giudice senza che questi abbia annullato quella decisione.

#### **1.4. La disposizione dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017 e la sua interpretazione.**

Per le rilevanti ricadute che ha sul tema oggetto d'indagine si deve guardare ora alla novità legislativa di cui al secondo periodo dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 3/2017<sup>17</sup>, riguardante il sindacato che il giudice amministrativo può compiere in ordine

16. Cfr. Libro bianco, punto 2.3.

17. Nella dottrina amministrativistica su tale disposizione per un'opposta visione si v., fra i primissimi contributi, i già citati F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, cit., p. 1207 ss.; e F. GOISIS,

alle decisioni assunte dall'AGCM in sede di *public enforcement*. Non è inutile anticipare già in questa sede che dall'analisi del dato positivo e poi da quello giurisprudenziale e dottrinale ciò che emerge in modo più evidente di altri è il problema di legittimità costituzionale della recente normativa italiana in relazione al diniego di tutela che deriverebbe dall'assenza di un controllo "pieno" da parte del giudice amministrativo sui fatti e le valutazioni tecniche resi dall'AGCM (cfr. *sub par.* 5.1). Ciò specialmente se si tiene in debito conto che in virtù della recente normativa tale giudice resta l'unico organo giurisdizionale chiamato in determinate ipotesi a sindacare le decisioni dell'autorità antitrust (cfr. *supra par.* 1.2.1).

Tornando alla disposizione in parola, va anzitutto rilevato che l'opzione normativa scelta dal legislatore italiano nell'art. 7, comma 1, non trova alcuna corrispondenza nella direttiva europea 104/2014/UE e quindi non è frutto della recezione di quest'ultima, ma semmai, per quanto si dirà di seguito, è diretta conseguenza del suo recepimento nell'ordinamento interno.

In particolare, dopo aver disposto nella prima parte della norma, conformemente al dettato della direttiva europea 104/2014/UE sull'efficacia vincolante della decisione dell'autorità antitrust (cfr. *supra parr.* 1.1. e 1.2.), il legislatore italiano ha inteso prendere posizione sulla spinosa questione attinente all'intensità del controllo giudiziale. Vale la pena, prima di esaminarne ogni possibile opzione ermeneutica, riprendere integralmente il testo della norma. La formulazione, che rievoca peraltro una nota sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione<sup>18</sup> (su cui si ritornerà *sub par.* 2.3), è la seguente: «*il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*»<sup>19</sup>.

---

*Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, cit., p. 199 ss.*

18. Cass. sez. un. civ., 20 gennaio 2014, n. 1013. Si riporta testualmente il passo della sentenza in cui viene espresso il principio di diritto secondo la Suprema corte ed a cui sembra essersi ispirato il legislatore delegato: «*Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini*» (punto n. 4.3).
19. Sul punto appare interessante notare come in un primo momento, nella fase di redazione del decreto in parola, il legislatore italiano aveva formulato la disposizione di cui all'art. 7, comma 1, secondo periodo, senza la specificazione inerente all'«*oggettivo margine di opinabilità*». In tal

In via del tutto preliminare va posta l'attenzione sull'espressione «*giudice del ricorso*» che è evidentemente frutto del fatto che la disposizione in parola si inserisce all'interno della recezione della normativa europea, la quale, come visto, usa tale espressione per indicare l'organo giurisdizionale degli Stati membri deputato al controllo sugli atti adottati dall'autorità nazionale antitrust. Nell'ordinamento italiano la competenza a sindacare gli atti dell'AGCM spetta in via esclusiva al giudice amministrativo in virtù della previsione dell'art. 133, comma 1, lett. I), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo, d'ora in poi CPA) che devolve a tale organo «*le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati [...] dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato*». A ciò va aggiunto la previsione dell'art. 33 l. n. 287/1990 dove viene stabilito in via generale che «*la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo*».

Passando all'esame delle successive disposizioni non potrà sfuggire all'interprete una certa ambiguità del tenore letterale delle stesse, per il fatto che il legislatore formuli più enunciati in un'unica frase senza porsi l'accortezza di distinguere adeguatamente alcuni periodi della norma. In particolare, la lettura della disposizione in cui viene prescritto che «*il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità*» potrebbero dare adito a due diverse interpretazioni:

i) una prima lettura<sup>20</sup> potrebbe indurre l'interprete a sostenere che il controllo del giudice amministrativo sui «*fatti*» sia senza limitazione alcuna e quindi possa avvenire pur in presenza di un «*oggettivo margine di opinabilità*»<sup>21</sup>, mentre la

---

senso, infatti, dalla relazione governativa al decreto legislativo si legge: «*valutando positivamente la considerazione emersa nell'esame dello schema di decreto legislativo da parte della seconda Commissione della Camera nella seduta del 23 novembre 2016, per le quali non appare opportuno precisare, nella formulazione dell'articolo 7, comma 1, secondo periodo, che i profili tecnici sottoposti al sindacato del giudice amministrativo "non presentano un oggettivo margine di opinabilità", si è provveduto all'espunzione di detta precisazione dal testo. Si tratta peraltro di formulazione in linea con la giurisprudenza, che non pare opportuno cristallizzare in un dettato normativo*». A tal riguardo si era espressa anche la Commissione Giustizia, ribadendo come non fosse opportuno «*precisare a causa dell'indeterminatezza della previsione, che i profili tecnici non debbono presentare un oggettivo margine di opinabilità*». In ragione di ciò l'originaria formulazione della disposizione in esame era così formulata: «*il sindacato del giudice del ricorso comprende la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*».

20. Questa lettura suggerisce di dividere in due distinte disposizioni la norma. Sicché «*il sindacato del giudice del ricorso*»: a) «*comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata*»; b) «*si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*».
21. In questa interpretazione verrebbe valorizzato l'inciso che prevede «*la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata*» da parte del giudice amministrativo, dove per «*verifica*

verifica sulle valutazioni tecniche (i «*profili tecnici*») sia invece consentita solo dove sia assente un «*oggettivo margine di opinabilità*»<sup>22</sup>. Non è inutile anticipare già in questa sede, per quanto si dirà a proposito dei problemi emergenti in relazione alla pienezza della giurisdizione sugli atti adottati dall'AGCM, che questa lettura dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017, è da preferire a quella esposta poco più in basso perché da essa discenderebbe il pieno accesso ai fatti da parte del giudice amministrativo al di là di qualsiasi margine oggettivo di opinabilità sui fatti medesimi («*il sindacato del giudice [...] comporta la verifica diretta dei fatti [...] della decisione*»), valorizzando dunque un'interpretazione della disposizione in controtendenza rispetto all'affermarsi – tuttora attuale – di quell'orientamento giurisprudenziale e – in parte – dottrinale che sostiene la tesi del c.d. sindacato amministrativo esterno o estrinseco sui fatti accertati in prima istanza dall'autorità antitrust (su cui si dirà *sub par. 2*).

*ii*) una seconda lettura<sup>23</sup> potrebbe indurre l'interprete a sostenere che il controllo del giudice amministrativo sui «*fatti*» e sulle valutazioni tecniche (i «*profili tecnici*») sia possibile solo dove entrambi gli oggetti della sua cognizione (fatti e valutazioni) non presentino «*un oggettivo margine di opinabilità*»<sup>24</sup>;

È evidente che dall'una o dall'altra lettura della norma derivano particolari conseguenze sul versante del sindacato giurisdizionale. Stando all'ipotesi interpretativa *sub i*) il limite dell'oggettivo margine di opinabilità opererebbe solo per le valutazioni tecniche svolte dall'AGCM, ben potendo il giudice amministrativo sindacare i fatti per

---

diretta" sembra farsi riferimento al sindacato c.d. intrinseco. Su questa terminologia e su altre elaborate soprattutto dalla giurisprudenza si tornerà nel corso della trattazione.

22. Qui ad essere valorizzato è l'inciso che prevede che il sindacato del giudice amministrativo possa estendersi «*anche ai profili tecnici*» (solo) dove questi «*non presentano un oggettivo margine di opinabilità*». In questo caso sembra farsi riferimento al sindacato c.d. esterno per quei profili tecnici non esenti da un margine obiettivo di opinabilità.

23. Questa lettura suggerisce di tenere assieme le due disposizioni della norma. Sicché «*il sindacato del giudice del ricorso*»: a) «*comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata*» e «*si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*».

Tale lettura potrebbe essere quella cui intendeva riferirsi il legislatore se si propende a sostenere che la formulazione della norma deriva dall'enunciazione del principio di diritto stabilito dalla summenzionata sentenza della Corte di cassazione del 20 gennaio 2014, n. 1013. La Corte ha tenuto distinti i fatti dai profili tecnici, riferendo solo a questi ultimi l'operatività del margine di opinabilità in ordine all'estensione del sindacato del giudice amministrativo («*quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità [...] detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini*»).

24. In questa interpretazione della norma ad essere valorizzato è il pronome relativo «*che*», cui segue l'inciso «*non presentano un oggettivo margine di opinabilità*», in quanto fa in modo di riferire tale inciso sia ai fatti, sia ai profili tecnici.



come ricostruiti dall'autorità antitrust anche al di là di ogni margine di opinabilità, anche obiettivo, dei medesimi fatti.

Stando all'ipotesi interpretativa *sub ii*), invece, il limite dell'oggettivo margine di opinabilità opererebbe sul sindacato del giudice amministrativo sempre, quindi sia sulle valutazioni tecniche che sui fatti per come ricostruiti dall'AGCM nella sua decisione.

La norma in questione, per ciò che riguarda sempre il suo tenore letterale, si chiude con la disposizione che precisa come l'oggetto della cognizione del giudice amministrativo attenga ai (soli) profili di legittimità (e non di merito) della decisione impugnata («*il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*»). Ora, è evidente che il nodo non viene neppure sciolto da tale porzione conclusiva della norma. Anche in quest'ultimo caso non è chiaro se l'«*esame*» indispensabile «*per giudicare la legittimità della decisione*», sia riferibile solo alle valutazioni tecniche (come parrebbe suggerire la formulazione della disposizione) o anche ai fatti della causa.

Un'interpretazione sistematica potrebbe suggerire all'interprete di aderire alla soluzione *sub ii*) perché, come si diceva poco sopra, tale opzione sarebbe più coerente con il contesto dell'intera norma di cui all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017, oltre che con l'art. 9 della direttiva europea 104/2014/UE, giacché entrambe le norme perseguono l'obiettivo di rendere più efficace ed efficiente il sistema di *private enforcement* per le vittime di illeciti antitrust (cfr. *supra* par. 1.3).

Difatti, dal momento che l'intento della normativa europea e italiana di rendere vincolante l'accertamento compiuto in sede di *public enforcement* dall'autorità antitrust per il successivo (ed eventuale) rito risarcitorio dinanzi al giudice ordinario persegue il fine di restituire più efficacia ed efficienza al sistema di risarcimento del danno delle vittime di illecito antitrust, una forte limitazione della cognizione del giudice amministrativo, al quale sarebbe impedito di accedere ai fatti ed alle valutazioni tecniche laddove quest'ultimi presentino un oggettivo margine di opinabilità (il che è assai frequente nella disciplina concorrenziale), aumenterebbe in generale l'efficacia e l'efficienza del sistema di *private antitrust enforcement* perché renderebbe incontestabile, proprio dal punto di vista della ricostruzione fattuale e tecnica della fattispecie, l'impianto decisionale seguito dall'autorità nel provvedimento finale e prima ancora nel procedimento.

In termini più concreti, l'impresa chiamata a rispondere dell'illecito antitrust in sede di *public enforcement*, ad esempio ai sensi dell'art. 102, par. 1, TFUE o dell'art. 3, comma 1, legge 10 ottobre 1990, n. 287, per aver abusato della sua posizione di vantaggio (la c.d. posizione dominante) all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non potrà ottenere dal giudice amministrativo la riforma del provvedimento in relazione alle ricostruzioni fattuali ed alle valutazioni tecniche compiute dall'AGCM su concetti quali la "posizione dominante" e/o il "mercato rilevante", e ciò in virtù dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n.3/2017, che non prevede la sindacabilità di fatti e profili tecnici aventi un oggettivo margine di opinabilità, così come avviene sovente proprio intorno a nozioni quali mercato rilevante, posizione dominante, pratica concordata e



altre impiegate dalla disciplina antitrust per via della relatività ed indeterminazione da cui soffrono tali concetti nella scienza (economica) da cui vengono tratti.

È bene osservare, nonostante quanto si è detto poco sopra a proposito della preferibilità di questa lettura (v. *supra* punto *i*), come tuttavia le cose non cambiano molto sul versante della pienezza della tutela se si aderisse all'interpretazione *sub i*). Ciò perché la circostanza che il giudice amministrativo possa accedere direttamente all'esame dei fatti (senza quindi il limite dell'oggettiva opinabilità) e poi non possa sindacare i profili tecnici degli stessi resi dall'AGCM ove questi siano caratterizzati dall'opinabilità non sposta di molto l'ago della bilancia, almeno per quanto concerne la materia in esame. Nella disciplina antitrust, in effetti, le fattispecie sono quasi sempre caratterizzate dalla presenza di profili tecnici in cui può riscontrarsi un obiettivo margine di opinabilità. Si pensi al concetto di mercato rilevante<sup>25</sup> impiegato dagli

25. La nozione di mercato rilevante è stata oggetto di un'apposita comunicazione della Commissione Europea. In tal senso cfr. Comunicazione della Commissione Europea Comunicazione della Commissione Europea, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza del 9 dicembre 1997, in GUCE, n. C.372. Vale la pena riportarne alcuni principali passaggi della predetta Comunicazione. Secondo la Commissione «*la definizione del mercato costituisce uno strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro. Essa permette di stabilire il contesto entro il quale la Commissione mette in atto la politica di concorrenza. Scopo principale della definizione del mercato è di individuare in modo sistematico le pressioni concorrenziali alle quali sono sottoposte le imprese interessate*». Poco dopo si legge: «*il mercato va definito sia sotto il profilo del prodotto che sotto il profilo geografico per individuare i concorrenti effettivi delle imprese interessate che sono in grado di condizionare il comportamento di queste ultime e di impedire loro di operare in modo indipendente da effettive pressioni concorrenziali. È da questa prospettiva che la definizione del mercato consente, tra l'altro, di calcolare quote di mercato che forniscano informazioni significative sul potere di mercato, e quindi utili ai fini di stabilire se esista o si prospetti una posizione dominante*» (par. I – Introduzione, punto n. 2). Sicché da ciò «*consegue che il concetto di mercato rilevante è diverso da altre nozioni del mercato, frequentemente impiegate in altri contesti [...] le imprese impiegano sovente il termine "mercato" per designare l'area nella quale vendono i propri prodotti o per indicare genericamente il settore o il comparto industriale cui appartengono*» (Ivi, punto n. 3). Stante quanto dianzi detto la Commissione propone la seguente definizione di mercato rilevante in relazione al: I) mercato del prodotto ed al II) mercato geografico. In particolare, I) «*il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati*»; II) «*il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse*» (par. II – Definizione del mercato rilevante, punti nn. 7-8).

Sull'argomento va richiamato il Regolamento CE n. 772/2004 del 27 aprile 2004, dove all'art. 1, par. 1, lett. j), ii), dove è stabilito che «*il mercato rilevante del prodotto comprende i prodotti considerati dagli acquirenti intercambiabili o sostituibili con i prodotti contrattuali, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati*» e il più recente Regolamento UE n. 316/2014 del 21 marzo 2014, dove all'art. 1, par. 1, lett. j), viene definito il mercato rilevante del prodotto come «*il mercato dei prodotti contrattuali e dei loro prodotti sostitutivi, vale a dire tutti i prodotti considerati intercambiabili o sostituibili dall'acquirente, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati*».

artt. 101 e 102 TFUE e dagli artt. 2 e 3 l. n. 287/1990 quale elemento centrale ai fini

Sulla definizione del mercato rilevante, per quanto attiene all'ordinamento italiano, si v. la Delibera AGCM n. 412/15/CONS dove si legge che *«nell'ambito della pratica del diritto della concorrenza, la definizione del mercato è quel processo il cui fine è di individuare un insieme di prodotti/servizi e loro fornitori (attuali e potenziali) che siano effettivamente alternativi per la soddisfazione di un determinato bisogno economico, delimitandone al tempo stesso l'ambito geografico di riferimento. In tal senso, il mercato rilevante presenta sia una dimensione merceologica sia una dimensione geografica»* (punto 19). In senso analogo si v. Delibera AGCOM 61/06/CONS del 9 febbraio 2006.

Nella dottrina europea sulla definizione di mercato rilevante, fra molti, cfr. R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFUE*, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 95-96. *«The relevant market is typically defined along a product dimension and a geographic dimension. In its product dimension, the relevant market includes those products that compete with each other to satisfy customers' needs [...]. The relevant geographic market encompasses a geographic area in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous»*. Per l'approfondimento del mercato rilevante del prodotto spec. pp. 107-124, per il mercato geografico spec. pp. 124-140. Sempre sulla definizione si v. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, Oxford, 2011, p. 63, *«It is only defining the relevant market that a firm's market power can be assessed by the 'indirect' method. The purpose of defining the relevant market is to identify which products and services are such close substitutes for one another that they operate as a competitive constraint on the behaviour of the suppliers of those respective products and services [...]. The problem of market definition is that it is often difficult to decide which products or services are in the same market [...]. It is important to remember, however, that market definition is not an end in itself»*. Sul punto cfr. S. BISHOP, M. WALKER, *The Economic of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, 2010, p. 4-002, secondo i quali *«a tool for aiding the competitive assessment by identifying those substitute products or services which provide an effective constraint on the competitive behaviour of the products or services being offered in the market by the parties under investigation»*.

Nella dottrina italiana, fra molti, cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, cit., p. 82 ss., ma per la definizione pp. 83-84 dove è detto che *«la definizione del mercato rilevante deve essere duplice: deve indicare il confine merceologico (categoria di beni o servizi che rientrano in un certo mercato) e il confine geografico (ambito spaziale che può ritenersi comprensivo di un mercato, separato da quelli che operano in mercati geografici diversi)»*. C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007, p. 55. *«Per definire il mercato rilevante due sono gli elementi fondamentali. I) La sostituibilità del prodotto o servizio dal lato della domanda (intercambiabilità): ci si deve semplicemente interrogare sulla possibilità che i consumatori possano sostituire il bene in questione con altri, ad esso sostituibili per le loro caratteristiche, per il loro prezzo, e per l'uso cui sono destinati [...]. II) La sostituibilità del bene dal lato dell'offerta, cioè la possibilità per produttori e distributori di riconvertire la produzione/il sistema di distribuzione al fine di rispondere in breve tempo all'aumento della richiesta per il prodotto in questione»*.

Nella giurisprudenza amministrativa italiana, fra tante, cfr. le decisioni di Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733 in *Il foro amm.*, 10, 2017, p. 2027-2028. *«In termini generali, il mercato "rilevante" si definisce con riferimento sia ai tipi di prodotto o servizio (che debbono essere intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche, dei prezzi e dell'uso finale), sia all'ambito geografico (inteso come area in cui le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee, a differenza di zone geografiche contigue)»; Cons. di Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673, secondo cui «la nozione di mercato rilevante – vale a dire di scenario territoriale, tendenzialmente omogeneo quanto a domanda e offerta in questione, dove si svolge il rapporto di concorrenza – implica un accertamento in fatto sia in relazione al prodotto, sia per area geografica»; Cons. di Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873, «mercato rilevante, definito [...] come quella zona geograficamente circoscritta connotata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee, nella quale, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra di loro intercambiabili o sostituibili (in ragione*

dell'accertamento degli illeciti antitrust e che solo apparentemente può costituire un fatto i cui profili tecnici sono caratterizzati dall'univocità di "opinioni" intorno alla sua nozione. E ciò perché esso rappresenta uno di quei concetti giuridici indeterminati<sup>26</sup>, che sono enunciati dalla legge in termini generali, ma la cui concreta specificazione impone di far ricorso a canoni di volta in volta desunti dal patrimonio di saperi diversi; in questo caso da quello della scienza economica<sup>27</sup>, la quale ha da tempo prodotto

*delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati), le imprese in causa, che forniscono quel prodotto o servizio, si pongono tra di loro in rapporto di concorrenza - con utilizzo a questo scopo di regole scientifiche, nella specie per lo più tratte dalla scienza economica (oltre che da regole di comune esperienza)»; Tar Lazio, Roma, sez. I, 6 settembre 2016, n. 9553, dove si definisce mercato rilevante «quella zona geograficamente circoscritta – e distinguibile dalle aree contigue, dove le condizioni concorrenziali sono sensibilmente differenti – nella quale, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili – in ragione delle caratteristiche del prodotto, del prezzo o dell'uso che ne è previsto, le condizioni di concorrenza sono omogenee e le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza».*

26. Nella dottrina tedesca sugli *unbestimmte Rechtsbegriffe* si v. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemein Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee*, 2003, Madrid, p. 348 ss. In passato, W. JELLINEK *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, p. 36 ss.; ID., *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, 30 ss.; E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München, 1956, 71.

Per una ricostruzione della dottrina tedesca sull'argomento dei concetti giuridici indeterminati si v. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1992, pp. 111-112, seppur in un inquadramento dei poteri delle autorità indipendenti nell'ambito di un'attività "valutativa" dell'amministrazione, distinta sia dall'attività vincolata, sia da quella discrezionale; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993.

Nella dottrina italiana sul problema dei concetti giuridici indeterminati si veda M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 158 ss.; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *En. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 65 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 96; M. AINIS, *Cultura e politica*, Padova, 1991, p. 34 ss.

27. In tempi recenti si è formato un certo consenso sui metodi impiegati dalla scienza economica per definire il mercato rilevante ai fini antitrust. Si pensi al HM-SSNIP test, originariamente applicato dalle autorità della concorrenza americana in relazione ai soli casi di concentrazione fra imprese. HM-SSNIP test serve per la determinazione di quell'aggregato di prodotti che costituiscono il mercato rilevante e che non è assoggettato a rilevanti pressioni competitive esterne. Se un monopolista ipotetico (*Hypothetical Monopolist*, HM) fosse capace di alzare il prezzo (del 5% o 10% rispetto al livello precedente alla concentrazione) in maniera significativa e stabile (*Small but Significant Non transitory Increase in Price*, SSNIP), si può affermare che i prodotti inclusi nella preliminare definizione del mercato (*candidate market*) non risultano sottoposti ad un sufficiente vincolo competitivo. Tali prodotti rappresentano quindi un mercato rilevante, giacché le principali relazioni competitive sono contenute al suo interno. Va osservato come ora l'uso dell'HM-SSNIP test trovi largo impiego anche per l'accertamento dell'abuso di posizione dominante e dell'intesa restrittiva della concorrenza.

A tal riguardo giova la lettura delle linee guida emanata dalla Dipartimento di giustizia e dalla Commissione federale del commercio degli Stati Uniti nel 2010, *US Horizontal Merger Guidelines*, 2010, p. 9, (punto 4.1.1), dove viene spiegato che «*the hypothetical monopolist test requires that a product market contain enough substitute products so that it could be subject to post-merger exercise of market power significantly exceeding that existing absent the merger. Specifically, the test requires that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future seller of those products ("hypothetical monopolist") likely would impose at*

al riguardo un’amplissima elaborazione ed una vasta casistica, che confermano, pur all’interno di parametri teorici ben individuati, l’estrema elasticità del concetto – se non addirittura, in alcune tesi radicali, la sua fallacia che ne consiglierebbe l’abbandono<sup>28</sup> o comunque una ridefinizione<sup>29</sup> – in relazione alle diverse possibili caratteristiche di mercato dipendenti dalla varietà delle situazioni date<sup>30</sup>.

---

*least a small but significant and non-transitory increase in price (“SSNIP”) on at least one product in the market, including at least one product sold by one of the merging firms. For the purpose of analyzing this issue, the terms of sale of products outside the candidate market are held constant. The SSNIP is employed solely as a methodological tool for performing the hypothetical monopolist test; it is not a tolerance level for price increases resulting from a merger».* Le guide sono consultabili al seguente indirizzo: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> (consultato in data 19 marzo 2019).

Si può vedere anche la tavola rotonda che si è tenuta sull’argomento nel 2012 presso l’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, OECD, *Roundtable on Market Definition*, 2012, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf> (consultato in data 19 marzo 2019).

28. È la tesi di L. KAPLOW, *Why (ever) Define Markets?* in 124 *Harv. L. Rev.*, 2010, p. 438 ss., (la traduzione in italiano dall’originale inglese è di chi scrive). «*The thesis of this Article is that the market definition process should be abandoned. The central, conceptual argument is that there does not exist any coherent way to choose a relevant market without first formulating one’s best assessment of market power, whereas the entire rationale for the market definition process is to enable an inference about market power*». L’A., in particolare, si chiede «*perché mai definire i mercati quando l’unico modo ragionevole per farlo presuppone una risposta alla stessa domanda sul metodo usato per affrontare simile interrogativo? Una conclusione sulla definizione del mercato non può mai contenere migliori informazioni sul potere di mercato di quelle utilizzate per definire il mercato stesso*».

*Ancor peggio, le inferenze tratte dalle quote di mercato nei mercati rilevanti generalmente contengono meno informazioni e di conseguenza possono generare conclusioni giuridiche errate – a meno che non si adotti una stratagemma di definizione del mercato puramente orientato ai risultati in base al quale si determina prima la risposta giuridica giusta e poi si enuncia una definizione del mercato che ratifichi tale risposta. Ulteriori difficoltà, in gran parte inevitabili, si incontrano nella logica economica che è alla base della ri-definizione del mercato ».*

Secondo Kaplow, il diritto della concorrenza è dominato dal paradigma di definizione del mercato, in base al quale viene definito un mercato rilevante e vengono esaminate le relative quote al fine di trarre conclusioni sul potere di mercato. Tuttavia, il processo di definizione del mercato è incoerente in sé giacché non esisterebbe alcun modo coerente per individuare il mercato rilevante senza prima svolgere una valutazione del potere di mercato. Dal momento che la definizione del mercato è strumentale alla individuazione del potere di mercato, l’intero processo è dunque viziato da circolarità. Tale conclusione si basa su quattro argomenti: *i)* non si possono fare inferenze significative sul potere di mercato nei mercati ridefiniti; *ii)* il paradigma si basa su una nozione non articolata di mercato di riferimento standard, la cui mancanza segnala una grave lacuna; *iii)* determinare quale sia la migliore definizione del mercato è impossibile senza prima formulare una migliore stima del potere di mercato, rendendo inutili ulteriori analisi e che potrebbero portare a esiti errati; *iv)* infine, la necessità di definire i mercati genera un’attenzione sbagliata sulle elasticità incrociate della domanda per particolari sostituti piuttosto che sull’elasticità della domanda del mercato, che riduce ulteriormente la qualità dei risultati del potere di mercato (p. 440).

29. Cfr. J. FARRELL, C. SHAPIRO, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, in *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, 1, 2010, p. 1 ss., (la traduzione in italiano dall’originale inglese è di chi scrive). Gli Autori, in estrema sintesi,

Ora, comunque la si voglia interpretare è evidente che tale norma, in vista di assicurare un migliore funzionamento del sistema di *private antitrust enforcement* per i soggetti danneggiati dagli illeciti concorrenziali, sarà destinata a restringere notevolmente il sindacato del giudice amministrativo sugli atti assunti dall'AGCM. Il che segna, più in generale, un pericoloso arretramento sul terreno della pienezza della giurisdizione in tale materia per i soggetti che intendano contestare le risultanze dell'istruttoria compiuta dall'AGCM ad esito della quale quest'ultima abbia irrogato una sanzione per la violazione della disciplina antitrust. E ciò non solo (o non tanto) per evitare gli effetti della sanzione in sé, ma soprattutto per difendersi concretamente dalle (eventuali) azioni di risarcimento del danno esperite proprio in sede di *private enforcement* da quei soggetti – imprese concorrenti e consumatori – (ipoteticamente) danneggiati dalla violazione delle regole sulla concorrenza (cfr. *supra* par. 1.2.2), che si gioverebbero dinnanzi al giudice ordinario della incontestabilità dell'accertamento reso dall'AGCM in ordine alla ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici ad esito dei quali quest'ultima abbia stabilito definitivamente una violazione alla disciplina antitrust.

---

propongono un metodo (*Upward Pricing Pressure*, UPP) per stimare l'incentivo ad aumentare i prezzi delle imprese che danno luogo ad una concentrazione. Il metodo UPP si fonda sul confronto tra massimizzazione dei profitti delle imprese in concentrazione, precisamente prima e dopo la concentrazione, tralasciando gli effetti indiretti ricollegabili alle reazioni degli altri concorrenti. In tal senso si leggano alcune pagine della conclusione dell'articolo dove è detto: «*abbiamo descritto un semplice test diagnostico per segnalare le fusioni orizzontali che hanno maggiori probabilità di determinare effetti unilaterali di prezzo anticoncorrenziale nei mercati dei prodotti differenziati. Abbiamo sostenuto che in tali settori il nostro approccio è spesso più semplice e disciplinato rispetto alla segnalazione di fusioni basate sulla definizione e concentrazione del mercato. In attesa di confronti empirici convincenti, vi sono forti motivi a priori per favorire il nostro approccio a questi casi. È molto più solido fondato nell'economia di base degli effetti unilaterali di quanto lo sia l'approccio convenzionale basato sulla definizione del mercato e sulla concentrazione del mercato*». (p. 34).

30. Si pensi per restare alla Comunicazione della Commissione Europea, dove si spiega come «*in determinati settori i principi delineati sopra vanno applicati con particolare attenzione. Si pensi per esempio ai casi nei quali vi è un mercato primario e un mercato secondario, in particolare quando occorre analizzare [...] il comportamento delle imprese in un dato momento. Il metodo impiegato per definire i mercati [...] è [...] l'analisi delle reazioni dei clienti, attraverso le loro decisioni di acquisto, alle variazioni dei prezzi relativi, ma si devono tenere presenti tutti gli eventuali vincoli imposti dalla situazione esistente sui mercati collegati. Si giungerà a delimitare un mercato più ristretto dei prodotti secondari [...]. La difficoltà di trovare prodotti secondari compatibili, combinata con l'esistenza di prezzi elevati e con la lunghezza della vita utile dei prodotti primari, può infatti rendere redditizio l'aumento dei prezzi relativi dei prodotti secondari. Il mercato verrà delimitato in modo diverso se invece esiste una significativa fungibilità dei prodotti secondari o se le caratteristiche del prodotto primario facilitano una reazione rapida e diretta dei consumatori agli incrementi dei prezzi relativi dei prodotti secondari*» (par. V - Altre considerazioni, punti nn. 56-58).

## 2. LA RECENTE POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA IN MATERIA DI SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI DELL'AGCM.

### 2.1. La limitazione dei poteri del giudice amministrativo attraverso il binomio sindacato esterno/sindacato debole.

Appare piuttosto evidente che tali recenti approdi normativi cui è giunto il legislatore italiano, in parte in virtù del recepimento della direttiva europea del 2014 sul *private enforcement* (cfr. *supra* par. 1.2.) in parte in conseguenza di quel recepimento (cfr. *supra* par. 1.4.), pongano senz'altro seri motivi di preoccupazione in ordine al tema della pienezza della giurisdizione e della relativa tutela dei soggetti lesi sulle decisioni che l'autorità garante della concorrenza va assumendo in caso di violazioni della disciplina antitrust.

Ciò perché, se si esamina e si tiene in debito conto – ed è ciò che si farà nei paragrafi che seguono – il recente orientamento che la giurisprudenza<sup>31</sup> (cfr. *sub* parr. 2.2, 2.3 e 2.4) ed una non poco significativa parte della dottrina (cfr. *spec. sub* parr. 3.1.1 e 3.1.2.) hanno prodotto in relazione al sindacato del giudice amministrativo rispetto all'accertamento ed alla qualificazione dei fatti ed al compimento delle valutazioni tecniche dell'AGCM quale sindacato meramente esterno, non di merito, o (intrinseco ma) di tipo debole, si comprende allora come allo stato attuale possa crearsi un vero e proprio “vuoto” di giurisdizione e, conseguentemente, anche di tutela, laddove alcun giudice possa essere adito per pronunciarsi sulla ricostruzione e sulla qualificazione giuridica della fattispecie che quell'autorità abbia compiuto in sede di constatazione di una violazione della normativa antitrust.

Il che è vero nella misura in cui si tiene per fermo come lo stato attuale delle cose non consenta di sostenere il contrario. Vuoi perché, da un lato, il sindacato del giudice ordinario sul fatto e le valutazioni tecniche oggetto della constatazione dell'AGCM – come visto nelle specifiche ipotesi contemplate dalla recente normativa comunitaria e nazionale – è oggi vietato dalla legge (cfr. specialmente *supra* parr. 1.1 e 1.2.1). Vuoi perché, dall'altro, il sindacato di merito sul fatto e sui profili tecnici del giudice amministrativo, oltre ad essere in misura non indifferente limitato dalla recente legislazione italiana (cfr. specialmente *supra* par. 1.4), non è ammesso neppure da prevalente giurisprudenza e da parte significativa della dottrina recenti, le quali, nell'ottica di restringere i poteri cognitori e decisorii del giudice sulle ricostruzioni fattuali e sulle valutazioni tecniche compiute dall'AGCM, sostengono in vario modo che

31. Sul punto cfr. A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in G. Costantino, (ed.), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, pp. 611-612, *sub* note 5 e 6, che sottolinea come l'orientamento giurisprudenziale sul sindacato esterno, benché risalente, sia riproposto anche recentemente da Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013 (su questa sentenza si tornerà diffusamente *infra* e più compiutamente *sub* par. 2.4) e da Cons. Stato, ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8, in «*Foro it.*» 2014, III, col. 481.



tale sindacato sia di tipo A) esterno (o estrinseco/formale/indiretto) e quindi come tale relegato al controllo della mera logicità della decisione amministrativa ovvero quand'anche interno (o intrinseco/informale/diretto) sia comunque di tipo B) debole e dunque privo della capacità di sostituire la decisione dell'autorità con quella del giudice laddove gli elementi fattuali e tecnici siano caratterizzati da opinabilità.

A) Tradizionalmente la giurisprudenza<sup>32</sup> e la dottrina<sup>33</sup> meno recenti hanno limitato il sindacato del giudice amministrativo nei confronti degli atti adottati dall'amministrazione in generale e dell'AGCM<sup>34</sup> in particolare, facendo riferimento alla tesi del sindacato esterno che si era diffusa in relazione al controllo giudiziale sulla c.d. discrezionalità tecnica<sup>35</sup>.

32. Si pensi al risalente orientamento della giurisprudenza amministrativa che per motivare la sindacabilità solo "esterna" dei provvedimenti dell'amministrazione si richiamava sovente alla teorica della c.d. discrezionalità tecnica. In tal senso cfr. Cons. di Stato, 28 giugno 1995, n. 640 in *Rass. giur. Enel*, 1997, p. 674, secondo il quale «il vincolo storico-artistico costituisce provvedimento amministrativo caratterizzato da discrezionalità tecnica: pertanto, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo attiene al solo profilo esterno, senza che possa interferire con il contenuto sostanziale delle scelte adottate».

33. La dottrina più risalente sosteneva, spesso in riferimento al principio di separazione dei poteri, che il sindacato sul fatto del giudice amministrativo fosse limitato alla mera verifica della concreta esistenza dei presupposti di fatto ed eventualmente alla loro qualificazione giuridica, escludendo tuttavia qualsiasi tipologia di valutazione del fatto. Come è stato notato da N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p. 213, tale dottrina più risalente parlava di una tipologia di «*insindacabilità obiettiva*». A problemi di ordine teorico e dogmatico, soprattutto in relazione alla suddivisione dei poteri fra esecutivo e giudiziario che non permettevano "intromissioni" o "sconfinamenti" del giudice nelle scelte operate dall'amministrazione pubblica, a sostegno del sindacato esterno nella dottrina più risalente si aggiungevano problemi di ordine positivo. È noto, infatti, come il limitato controllo giudiziale sui fatti e gli apprezzamenti tecnici fosse legato alla stessa struttura normativa con cui era configurato il modello processuale amministrativo, sostanzialmente di tipo impugnatorio-annullatorio. Non meno importante era la circostanza per la quale la precedente legislazione non prevedesse, a differenza del rito ordinario, alcun idoneo mezzo istruttorio che consentisse al giudice amministrativo di "accedere" alla cognizione dei fatti e dei profili tecnici diversamente da come rappresentati dall'autorità.

In seguito, l'orientamento della dottrina pur sviluppandosi grazie agli studi sulla sindacabilità (pur sempre esterna) dell'eccesso di potere non ammise mai la piena sindacabilità da parte del giudice amministrativo dei fatti e dei profili tecnici oggetto di sua cognizione. Ciò avvenne per il fiorire di quelle tesi (cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1911-1914, rist. Padova, 1969, p. 197 ss., nonché ID., *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, c. 275 ss., in part. c. 277; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, ivi, 1910, IV, c. 10 ss., in part. c. 15; ID., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, p. 54 ss.) che sottraevano il pieno controllo dei fatti e delle valutazioni tecniche sulla base dell'esistenza di uno spazio "riservato" all'amministrazione in cui, oltre alla discrezionalità c.d. pura, rientrava anche la discrezionalità c.d. tecnica.

34. Su quest'ultima vale il rinvio ai più volte citati lavori di F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato.*, cit., *passim* e di A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., *passim*.

35. Non vi è dubbio che il tema dell'intensità di sindacato del giudice amministrativo in punto di pienezza di tutela si intersechi con quello della discrezionalità tecnica e del suo controllo in sede giudiziale. Non è questa la sede per approfondire un argomento così complesso. Sicché è doveroso rinviare alla dottrina che se ne è occupata. In tal senso si v. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato*



Per sindacato ‘esterno’ si intende un potere assai limitato del giudice che non è esteso alla cognizione diretta dei fatti e dei profili tecnici e che come tale resta appunto ‘esterno’ a simili elementi della causa. In tale tipologia di sindacato il giudice amministrativo non accerta direttamente i fatti ed i profili tecnici, ma si limita a ripercorrere il percorso logico-argomentativo svolto dall’autorità nel procedimento

---

*giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; L.R. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1742 ss.; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; D. MASTRANGELO, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità pareri e merito*, Bari, 2003; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 439 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto giuridico ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 791 ss.; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 133 ss.

Cionondimeno appare opportuno richiamare le principali tesi della dottrina che se ne è occupata in vista di comprendere le ragioni che tuttora vengono addotte dalla giurisprudenza prevalente e da parte significativa della dottrina a sostegno dell’insindacabilità delle scelte tecniche dell’autorità amministrativa. Come è noto, è stato sostenuto che fatti e profili tecnici siano verificabili dal giudice amministrativo solo dall’esterno in virtù di una «*incompetenza tecnica*» dell’organo giudiziario, oltre che dalla circostanza per cui sono le norme ad attribuire siffatta competenza ad organi la cui composizione è fissata in vista della natura dell’accertamento da compiere (è la tesi di V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1986, p. 1 ss., poi condivisa da G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 214 e da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 304 ss.); mentre per un’impostazione critica si v. N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 478 ss.). Limiti al vaglio giudiziale delle decisioni connotate da opzioni tecniche si sono ravvisati mediante la tesi che riconosceva un carattere “riservato” all’autorità in virtù: i) dell’inevitabile opinabilità delle scelte tecniche; ii) della loro non autosufficienza; iii) dell’assenza di interessi pubblici. In ragione di ciò si sosteneva l’esigenza di risolvere il problema posto dalla discrezionalità tecnica mediante una selezione di valori e particolarmente mediante la creazione di uno spazio riservato all’autorità in cui la stessa potesse disporre di un potere di valutazione in ordine alla scelta della tecnica da applicare al caso concreto (è la tesi di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., *passim* ma in part. p. 211; tesi ripresa e ampliata da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 312. In quest’ordine anche se ancora più netta è la posizione di V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *dir. proc. amm.*, 1984, p. 509 ss., il quale parla di esclusività della competenza dell’autorità sulla base i) della soggettività assoluta dell’iter valutativo e ii) della irripetibilità del giudizio, elementi questi che limiterebbero in modo significativo il sindacato del giudice amministrativo sugli apprezzamenti di tipo tecnico effettuati dall’autorità. In relazione a quest’ultima impostazione si v. in senso critico A. TRAVI, *Valutazioni tecniche ed istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, p. 1266; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, p. 411 ss.; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., p. 477 ss.

Dalle impostazioni che pongono una sorta di “riserva d’amministrazione” sulle valutazioni tecniche la dottrina e soprattutto la giurisprudenza più recenti elaboreranno dapprima A) la tesi del sindacato esterno e poi B) la tesi del sindacato debole (su cui si dirà *infra* par. 2.1).

acquisitivo di tali elementi della fattispecie; ne segue che l'accertamento del giudice viene fondato non sul rapporto di corrispondenza tra la realtà e la rappresentazione che di tale realtà ha prospettato l'autorità, ma tra elementi tutti situati all'interno della rappresentazione della realtà cristallizzata nella decisione dell'autorità medesima<sup>36</sup>.

B) Particolarmente presso la giurisprudenza<sup>37</sup>, la limitazione del controllo giudiziale sugli atti dell'AGCM<sup>38</sup> è avvenuta attraverso la riduzione dell'intensità del

36. Sul punto, fra molti, cfr. F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 116; nonché A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit. p. 278.

37. Per una primissima (e molto nota) pronuncia in cui si parla di sindacato "debole" e "forte" con riferimento alla tipologia di controllo che il giudice amministrativo è chiamato ad esercitare sugli atti della pubblica amministrazione laddove in questi ultimi siano presenti valutazioni a carattere tecnico si v. Cons. di Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, (si può leggere in *Giur. it.*, 2002, p. 1084 con nota di S. MIRATE, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, *ivi*, p. 2402 ss., ma anche in *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, p. 179, in *Studium Juris*, 2002, p. 245). Nel caso di specie il Consiglio di Stato era chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di una delibera di autorizzazione che era stata presa sulla base di una valutazione di natura complessa, che abbracciava la consistenza del vincolo idrogeologico gravante sull'area, l'estensione e la specifica collocazione del terreno della società e le possibili conseguenze che sarebbero derivate dal disboscamento a scopo edificatorio: in breve, sia considerazioni collegate ad un giudizio tecnico opinabile sia considerazioni di opportunità amministrativa. In particolare, secondo la IV sezione, nell'ambito della c.d. discrezionalità tecnica, si possono distinguere due tipologie di sindacato: *i)* forte e *ii)* debole. Secondo il Collegio, si può definire "forte" quel tipo di sindacato «che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione». Più esattamente in tale tipologia «il giudice non si [...] limit[a] a censurare le valutazioni tecniche (non giuridiche) che erano apparse sicuramente inattendibili ed irragionevoli, ma [...] direttamente sostitui[sce] la valutazione tecnica sviluppata nel processo a quella effettuata dall'amministrazione». Se ne ricava che può definirsi sindacato di tipo debole quello in cui «il controllo [...] avrebbe richiesto che le cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente fossero utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa», quindi senza la possibilità di sostituire la decisione giudiziale a quella amministrativa.

38. Nell'ambito antitrust per una prima (e molto nota) pronuncia in cui si afferma la tesi del sindacato debole (e contestualmente si rimarca il superamento del sindacato esterno) a proposito dei poteri del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Giur. comm.* 2003, II, p. 170, con nota di R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *ivi*, p. 170 ss.; ed in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 977, con nota di N. RANGONE, *Intese nel mercato assicurativo e sindacabilità dei provvedimenti antitrust*, *ivi*, 1007 ss.; ed in *Foro it.*, 2002, III, c. 402 ss., con nota di G. SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, *ivi*, c. 482 ss.; F. FRACCHIA, C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, *ivi*, c. 493 ss. Nella sentenza, avente ad oggetto la (presunta) violazione della disciplina antitrust rilevata dall'AGCM nei confronti di numerose compagnie di assicurazioni per aver dato luogo ad intese restrittive della concorrenza nel settore automobilistico, il cuore del ragionamento sul sindacato debole si può sintetizzare nei seguenti passaggi argomentativi svolti dal Consiglio di Stato: *i)* i provvedimenti dell'AGCM «sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito» *ii)* in tal senso «si precisa altresì che il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall'autorità antitrust è un sindacato di tipo debole»; *iii)* ciò vuol dire più precisamente

sindacato del giudice amministrativo dove si è fatta largo la tesi del c.d. sindacato debole. Per sindacato debole (a sua volta distinto da uno di tipo forte)<sup>39</sup>, si intende un

che simile sindacato «non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile il proprio modello logico di attuazione del “concetto indeterminato” all’operato dell’autorità»; sicché in materia di CTU «nell’esercizio di un tale sindacato è inammissibile far “ripercorrere” al consulente tecnico d’ufficio le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all’amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale, poiché a questo spetta solo il compito di verificare la legittimità dell’impostazione generale seguita dall’autorità nello svolgere una determinata indagine e nient’altro»; iv) ciò, va detto, «con la sola eccezione del sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall’autorità, poiché in quel caso è consentito invece al giudice amministrativo un controllo più penetrante, che si spinge fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall’autorità», ossia un sindacato di tipo “forte”.

A tale impostazione aderisce poco dopo – ma sul punto già prima cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348 – anche la VI sezione del Consiglio di Stato, ossia Cons. di Stato, 1 ottobre 2002, n. 5156, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 2505 con annotazioni di A. LALLI, *La sindacabilità giurisdizionale del potere neutrale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ed il procedimento di controllo in materia di concentrazioni*, ivi, 2003, p. 232 ss. La causa aveva ad oggetto un’importante operazione di concentrazione realizzata da Enel s.p.a. mediante l’acquisto del controllo congiunto, assieme a France Telecom, di Infostrada s.p.a., per la quale l’AGCM aveva aperto un procedimento di infrazione alla disciplina antitrust per abuso di posizione dominante. Il nodo da risolvere, per quel che qui interessa, verteva sulla tecnica sindacatoria che il giudice amministrativo avrebbe dovuto adottare a fronte della valutazione tecnica complessa e dell’accertamento del presupposto di fatto, anch’esso complesso, resi nelle dall’AGCM nelle sue decisioni. Secondo la VI sezione non vi sono dubbi che tale tecnica sia quella del «sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice», in quanto le decisioni dell’AGCM «attengono a valutazioni complesse che rinviano a scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si perviene alla definizione di concetti giuridici indeterminati (mercato rilevante, dominanza, intesa restrittiva della concorrenza, ecc.) », le quali « possono essere sindacate solo per vizi di legittimità, e non di merito». Il Collegio, inoltre, precisa come per sindacato debole deve intendersi quel controllo in cui il giudice non «sovrappone la valutazione tecnica opinabile od il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato» a quelli dell’autorità. Si sottolinea, infatti, come la valutazione riguardante l’evidenza o meno di una posizione dominante di una determinata impresa non costituisca «un accertamento di mero fatto, né che la sussistenza di tale posizione» si risolva «in un semplice presupposto di fatto tale da poter essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica».

Sempre nel senso di un sindacato di tipo debole, cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, III, c. 6, in materia di intese restrittive della concorrenza di cui all’art. 2 l. n. 287/1990 nell’ambito della gara bandita da parte di CONSID per l’acquisizione di servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche. Nell’occasione il Collegio ha ricordato come «il sindacato del giudice amministrativo sull’attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall’Autorità antitrust [...] sia un sindacato (definito “di tipo debole”), che non consente un potere sostitutivo del giudice». Tuttavia, nell’ottica del sindacato interno, viene sottolineata la possibilità rimessa al giudice di «censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili». Tant’è che «in questi casi la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione ed utilizzando, ove necessario, lo strumento della consulenza tecnica».

39. Sul punto cfr. A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell’Autorità antitrust*, cit., p. 428, che ricorda come la giurisprudenza abbia tradizionalmente fatto

tipo di controllo giudiziale che, sebbene esteso alla cognizione diretta dei fatti e dei profili tecnici e come tale dunque non più meramente esterno a simili elementi bensì interno<sup>40</sup>, non permette al giudice di spingersi a tal punto da sostituire la sua decisione

distinzione «fra un sindacato “forte” e un sindacato “debole”: nel primo caso il giudice amministrativo può sovrapporre la propria valutazione a quella dell'Amministrazione, nel secondo caso invece deve limitarsi alla verifica della ragionevolezza, della logica e della coerenza con il patrimonio tecnico e scientifico comune». Recentemente v. anche G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1002, nota 6, dove è detto che «nell'ambito del c.d. sindacato intrinseco [...] si è distinto tra sindacato “forte”, che consente al Giudice di sostituire la propria valutazione a quella dell'Amministrazione, e sindacato “debole”, che non consente tale sostituzione».

40. Nella dottrina amministrativistica italiana il passaggio dal sindacato esterno al sindacato interno degli atti amministrativi (della pubblica amministrazione in generale e delle autorità amministrative indipendenti come l'AGCM in particolare) avviene gradualmente a partire dagli anni Ottanta del Novecento. In sostanza per superare la tesi del sindacato esterno vi fu chi propose (G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1981, p. 1584 ss.) la sindacabilità interna degli atti espressione di discrezionalità tecnica mediante il riferimento al principio di effettività della tutela che imponeva di considerare l'introduzione nel processo delle figure di periti e consulenti del giudice quando quest'ultimo doveva verificare la correttezza della scelta (tecnica) operata dall'autorità. Si sottolineò pure come l'insindacabilità di fatti e profili tecnici derivasse da un'errata considerazione del controllo giudiziale su tali elementi che, sebbene non implicasse valutazioni di interessi, li confinava all'ambito del merito amministrativo (in tal senso cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica, sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., p. 371).

Nella giurisprudenza un deciso passaggio dal sindacato esterno al sindacato interno – anche in virtù delle rilevanti novità normative sulla consulenza tecnica d'ufficio ad opera dell'art. 35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e poi dall'art. 16, l. 21 luglio 2000, n. 205 – si ha con una nota decisione della IV sezione del Consiglio di Stato del 1999. Si fa riferimento a Cons. di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, (la si può leggere in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 182 ss.; in *Foro it.*, 2000, III, c. 9; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 300; in *Foro Amm.* 1999, p. 651, in *Cons. St.*, 1999, I, p. 584; in *Riv. corte conti*, 1999, II, p. 120; in *Riv. amm. R. It.*, 1999, p. 482. In dottrina per le annotazioni a tale sentenza si v. L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale della discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, p. 422 ss.; P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 212 ss.; M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, *ivi*, p. 185 ss.

Nella sentenza il massimo organo di giustizia amministrativa era stato chiamato, in materia di lavoro pubblico, ad esprimersi sul ricorso contro il diniego di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio dell'infermità occorsa all'appellante. Per sintetizzare, si possono individuare alcuni passaggi chiave che hanno condotto il Collegio ad affermare la sindacabilità “interna” della discrezionalità tecnica dell'amministrazione. Secondo il Collegio, i) «ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, infatti, è la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato [...] dunque, del merito dell'atto amministrativo»; ii) tuttavia «la c.d. “discrezionalità tecnica”, invece, è altra cosa dal merito amministrativo»; iii) sicché se «è ragionevole l'esistenza di una “riserva di amministrazione” in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa»; iv) ciò non è «in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale». Sulla base di tali argomentazioni il Collegio stabilisce che «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla

a quella dell'amministrazione<sup>41</sup>, soprattutto quando in tale decisione siano presenti valutazioni e apprezzamenti su fatti e i profili tecnici caratterizzati da complessità ed oggettiva opinabilità, come avviene sovente nella disciplina antitrust in relazione ai c.d. concetti giuridici indeterminati<sup>42</sup>.

Sebbene la giurisprudenza e la dottrina abbiano fatto intendere in varie occasioni di aver superato quelle tradizionali impostazioni che limitavano in modo significativo

---

*verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo».*

Va detto che la decisa presa di posizione del Consiglio di Stato in favore del sindacato interno sulla discrezionalità tecnica e quindi di una maggiore attenzione alla tutela dei soggetti nei confronti delle decisioni dell'autorità non generò, come era lecito aspettarsi, uno stabile orientamento che superasse i limiti del sindacato esterno. Basti guardare ad alcune successive decisioni della stessa sezione del Consiglio di Stato per rendersi conto di ciò. In tal senso, sempre sul tema della discrezionalità tecnica in ordine all'accertamento psico-attitudinale a fini lavorativi, si v. Cons. di Stato, sez. IV, 25 agosto 2003, n. 4808, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 2228, che stabilisce come «*gli accertamenti volti ad appurare un determinato stato o condizione del soggetto sottoposto a verifica di idoneità non sono ripetibili con carattere di neutralità, cioè con assoluta indifferenza di risultati rispetto ad apprezzamenti compiuti in momenti differenti*»; ne segue che «*il giudizio dell'amministrazione può essere contestato, ma il relativo sindacato non può che essere di tipo esterno, volto cioè ad appurare l'eventuale errore o travisamento in cui è incorsa l'amministrazione*». Ma si v. pure Cons. di Stato, sez. IV, 16 giugno 2005, n. 3148, in *Foro amm. CDS*, 2005, 6, p. 1838, dove viene ribadito che «*il sindacato del g.a. [...] si caratterizza pertanto come esterno; va cioè svolto nei limiti della verifica della corretta percezione da parte dell'organo pubblico dei presupposti di fatto del provvedere; della completezza dell'istruttoria; della ragionevolezza delle scelte effettuate in relazione alla fattispecie concreta; della esaustiva esternazione delle ragioni della decisione*».

41. In tal senso, per una definizione data dalla giurisprudenza si v. Cons. di Stato, sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1274, in *Foro amm. CDS*, 2010, 3, p. 547, dove è detto che «*con l'espressione "sindacato debole", riferito a quello [...] si vuole porre solo un limite alla statuizione finale del giudice il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo logico-valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche o del buon agire amministrativo, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché, altrimenti, assumerebbe egli la titolarità del potere*». In sostanza, secondo il Collegio, con il sindacato debole il giudice non potrebbe sostituirsi ad un potere già esercitato, ma dovrebbe solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici, che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato.
42. Sul punto si v. ancora Cons. di Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287. Nella decisione viene sottolineato come la distinzione tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici (attratti alla cognizione del giudice) e i profili della opportunità (sottratti al sindacato) non è così netta in presenza di valutazioni complesse dell'amministrazione e dell'applicazione dei c.d. concetti giuridici indeterminati e che in tali ipotesi deve escludersi il sindacato giurisdizionale di tipo forte (sostitutivo) ed ammettersi solo il sopra descritto controllo di tipo debole. Allo stesso modo cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, che ritiene del tutto condivisibili i sopra enunciati principi ed applicandoli alla materia in esame, perviene alla considerazione che il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'autorità antitrust, sia «*un sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'autorità*».

il controllo del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM, tuttavia ciò non è poi avvenuto nella realtà. È vero, invece, che giurisprudenza e dottrina assai recenti sono tornate a limitare significativamente il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'autorità antitrust, facendo sovente riferimento proprio al binomio sindacato esterno/sindacato debole.

Di fronte a questo scenario dalle tinte invero non poco fosche per le possibilità di chiedere effettiva tutela dinnanzi ad un giudice amministrativo che possa dirsi dotato di piena giurisdizione, si presentano valide ragioni per dissentire e provare a dare una soluzione diversa alla ricostruzione offerta dall'indirizzo prevalente della giurisprudenza e da certa parte della dottrina. Sicché appare utile, specie dopo l'emanazione di una norma quale l'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 che parrebbe confermativa di simili tesi, prendere le mosse proprio dall'analisi del dato giurisprudenziale e dottrinale in questione per operare una ricognizione degli orientamenti che, pur nella loro diversità di vedute, sono inclini a ridurre l'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM.

## 2.2. La posizione del Consiglio di Stato.

Se si esamina la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato in tema di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM, si può constatare con una certa immediatezza come il massimo organo di giustizia amministrativa si mostri saldamente fermo su posizioni volte ad affermare i limiti che tale giurisdizione incontra nella rivisitazione dei fatti e degli apprezzamenti tecnici svolti dall'autorità antitrust, con ciò facendo senz'altro aumentare la percezione del problema legato alla pienezza della tutela giurisdizionale di fronte agli atti di quell'autorità.

Certo è emblematico il caso che, di recente, ha interessato proprio il Consiglio di Stato su di una delicatissima questione<sup>43</sup>, e che ha dato modo al principale organo

43. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392, che ha ad oggetto la nota vicenda del gasdotto TAP in Puglia, su cui, anche per una ricostruzione, in dottrina si v. M. CARDUCCI, *The TAP Pipeline and the «Tyranny of Small Decisions»*, in *Poliarchie*, 2/2018, p. 216 ss. Per la netta presa di posizione del Consiglio di Stato vanno posti all'attenzione del lettore particolarmente due passaggi della citata sentenza. Il primo è quello dove si afferma che il giudizio di compatibilità ambientale, pur reso sulla base di oggettivi criteri di misurazione pienamente esposti al sindacato del giudice, è «*attraversato da profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse dell'esecuzione dell'opera*». Secondo il Consiglio di Stato, tale apprezzamento «*è sindacabile dal giudice amministrativo, nella pienezza della cognizione del fatto, soltanto in ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti*». Il secondo è quello dove viene stabilita la legittimità di un atto amministrativo (il provvedimento con cui il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare aveva rilasciato la valutazione di impatto ambientale sul progetto di realizzazione del gasdotto TAP di trasporto transfrontaliero del gas naturale verso il territorio nazionale e verso l'Europa occidentale) in base al seguente motivo: il giudizio di compatibilità ambientale, quand'anche reso sulla base di criteri oggettivi di misurazione pienamente esposti al sindacato del giudice amministrativo, rimane «*attraversato da profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa*» dal lato dell'apprezzamento degli



di giustizia amministrativa di ribadire un simile indirizzo. In questa prospettiva si è affermato come, con riguardo all'ambito ed ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust, il giudice amministrativo eserciti «*un sindacato di legittimità che non si estende al merito*»<sup>44</sup> come avviene in relazione all'accertamento con cui l'autorità abbia definito il mercato rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust che non «*è censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca*»<sup>45</sup>. Sicché il giudice amministrativo, nella prospettiva di un sindacato di tipo esterno, «*deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di*

---

interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse all'esecuzione dell'opera, tali per cui le scelte effettuate dall'amministrazione devono ritenersi sottratte al sindacato del giudice amministrativo «*ogniquale le medesime non si appalesino come manifestamente illogiche o incongrue*».

44. Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.3. Per le pronunce che hanno stabilito la massima secondo la quale «*il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito*», cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581; Cons. di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896; in *Foro amm.* CdS, 2, 2011, p. 562; Tar, Lazio, Roma, sez. I, 2 dicembre 2009, n. 12313, in *Foro amm. Tar*, 12, 2009, p. 3467; Cons. di Stato, sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2092, in *Rass. dir. farm.*, 4, 2009, p. 767; Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2900, in *Foro amm. Tar*, 4, 2008, p. 1018; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2007, n. 4123, in *Foro amm. Tar*, 5, 2007, p. 1642.

Di interesse è Cons. di Stato, sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733 in *Il foro amm.*, 10, 2017, p. 2027-2028. La controversia aveva ad oggetto la violazione dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 della l. n. 287/1990 con riferimento alle condotte poste in essere da alcune imprese partecipanti a tre procedure di gara, bandite dal Ministero della Difesa e aventi per oggetto l'affidamento di servizi di bonifica e smaltimento dei materiali potenzialmente inquinanti e/o pericolosi presso gli arsenali militari di Taranto, La Spezia ed Augusta. Il procedimento sanzionatorio presso l'AGCM scaturiva da una segnalazione dello stesso Ministero della Difesa il quale aveva riscontrato che, nelle gare menzionate, figurava per ogni lotto quasi esclusivamente un unico offerente, il quale risultava poi aggiudicatario a ribassi anormalmente decrescenti rispetto agli anni precedenti. Al termine dell'istruttoria, l'autorità antitrust accertava l'esistenza di un'intesa illecita tra dodici società raggruppate in tre distinti raggruppamenti temporanei di macro-imprese. L'intesa sarebbe stata in grado di neutralizzare il confronto competitivo, consentendo la spartizione dei lotti tra le tre macro-imprese e la fissazione dei prezzi di aggiudicazione. Su queste basi, l'AGCM disponeva l'inibitoria da comportamenti analoghi per il futuro e applicava a ciascuna società sanzioni nella misura del 10% del rispettivo fatturato complessivamente prodotto nell'esercizio precedente. In senso analogo, di recente, cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 927; Cons. di Stato, sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 740.

45. Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.2. Le imprese appellanti, in particolare, avevano contestato gli accertamenti tecnici di natura economica e particolarmente l'individuazione del mercato rilevante (su cui, per approfondimenti, cfr. *supra* nota 24) compiuti dall'AGCM. Sul punto, il Consiglio di Stato ha ricordato che la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione delle norme giuridiche, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti impone un'operazione di "contestualizzazione" delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati al caso specifico. Tale operazione di contestualizzazione ha margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni. In senso analogo, sempre di recente, cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291; Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334.



*essi operata dall'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici»<sup>46</sup>. Dal momento che, sempre secondo il Consiglio di Stato, quello del giudice amministrativo è anche un sindacato di tipo debole, laddove «residuo margini di opinabilità», come avviene, nel caso di specie, in relazione ai concetti giuridici indeterminati, «il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione di tali concetti»<sup>47</sup>.*

A proposito dei concetti giuridici indeterminati, è interessante notare, nel caso preso in esame, come l'affermarsi di simili tipologie di sindacato si traducano in concreto proprio nell'impossibilità del giudice di dare una qualificazione ad elementi importanti della fattispecie diversa da quella formulata dall'AGCM nel procedimento di constatazione dell'illecito antitrust, così limitando in misura non trascurabile i diritti di azione e difesa del soggetto che sia stato oggetto del conseguente provvedimento sanzionatorio. È il caso dell'insindacabilità della decisione amministrativa compiuta dall'AGCM che abbia riguardato, come detto, la formulazione del concetto di mercato rilevante, quale presupposto per l'applicazione delle sanzioni di abuso di posizione dominante e di intesa restrittiva della concorrenza ai sensi della normativa antitrust italiana (artt. 2 e 3 l. n. 287/1990) ed europea (artt. 101 e 102 TFUE)<sup>48</sup>.

Tale aspetto è sottolineato nella sentenza in parola, nel punto in cui si afferma che la definizione di mercato rilevante compiuta dalla AGCM nella singola fattispecie non è censurabile da parte del giudice amministrativo, «se non per vizi di illogicità estrinseca»<sup>49</sup>, e ciò perché, nel percorso argomentativo seguito dai consiglieri di stato,

- 
46. Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.3, dove si aggiunge che in simili casi il solo compito del giudice è quello di «*accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate*». In senso pressoché analogo cfr., sempre di recente, Cons. di Stato, sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947; Cons. di Stato, sez. IV; 13 giugno 2014, n. 3032.
47. Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.3. Per le stesse conclusioni si v. ancora Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581; Cons. di Stato, sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032.
48. Su quest'ultimo punto è intervenuta la riforma del d.lgs. n. 3/2017, che, con l'art. 17, comma 1, lett. a), ha modificato l'art. 1 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, stabilendo ora che l'AGCM applichi «*parallelamente in relazione a uno stesso caso*» la normativa antitrust europea (artt. 101 e 102 TFUE) e quella italiana (artt. 2 e 3 l. n. 287/1990) in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante.
49. Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.2. Nello stesso senso cfr. la decisione anch'essa recente del Cons. di Stato, sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291, secondo il quale va rilevato che «*per costante e condivisa giurisprudenza, l'individuazione del mercato rilevante, nel caso di intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'art. 2 della legge n. 287 del 1990, è funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa stessa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale [...] e che la relativa estensione e definizione spetta all'Autorità nella singola fattispecie, all'esito di una valutazione non censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca*». Ancor più recentemente cfr. Cons. di Stato, sez. VI., 19 febbraio 2019, n. 1160, chiamato a giudicare su di un'ipotesi di intesa illecita ai sensi dell'art. 101 TFUE ravvisata da AGCM nei confronti di un'impresa del settore edile per avere quest'ultima operato un coordinamento dei prezzi di vendita, assistito anche da un controllo sistematico dell'andamento delle quote di mercato relative, realizzato tramite uno scambio di informazioni sensibili. Nel caso di specie oggetto di specifica doglianza dell'impresa

la formulazione del concetto di mercato rilevante implica un accertamento di fatto che non è ripetibile dal giudice, poiché comporterebbe un'operazione di contestualizzazione delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, come appunto è la nozione di mercato rilevante, al caso specifico. Tale operazione di contestualizzazione – scrivono i consiglieri di stato – «*non di rado implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni*»<sup>50</sup>. Esemplificando, il giudice non potrebbe sostituire l'individuazione del mercato rilevante operata dall'AGCM, ma solo verificarne la correttezza e la logicità; parimenti il giudice non potrebbe sostituire la specificazione del parametro normativo violato a quella dell'autorità, né modificare l'impostazione dell'indagine, e quindi del provvedimento, ma solo verificarne la legittimità.

Va notato come l'argomentazione fornita dal Consiglio di Stato nella sentenza in esame – la prima resa dopo l'introduzione della legge – faccia propria, richiamandola espressamente, la norma recentemente introdotta dal legislatore italiano con il d.lgs. n. 3/2017 e la interpreti peraltro nell'opzione più stringente che la stessa norma suggerisce<sup>51</sup> (in tal senso cfr. punto *ii* del par. 1.4). È evidente, dunque, come il dato positivo in questione possa ora costituire un punto fermo per la giurisprudenza delle corti amministrative italiane, le quali, sulla base di quanto appena detto, potranno agevolmente fare riferimento alla normativa neo introdotta nell'ordinamento interno (e magari alla sua accezione interpretativa più stringente) per motivare sui limiti che il giudice amministrativo incontra nel sindacare la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuti dall'AGCM.

La recente posizione del Consiglio di Stato tuttavia non deve trarre in inganno e magari far pensare ad una giurisprudenza innovativa, la quale, in forza della recente legge, abbia assunto un indirizzo che possa dirsi nuovo. Semmai può dirsi accaduto

---

appellante era la contestazione circa l'individuazione del mercato rilevante da parte dell'autorità antitrust. La VI sezione del Consiglio di Stato, a tal proposito, ribadiva che la definizione del concetto di mercato rilevante, «*secondo un costantemente orientamento giurisprudenziale [...] spetta all'Autorità*» che la compie «*nella singola fattispecie, all'esito di una valutazione che presenta margini di opinabilità*»; sicché ne consegue che tale definizione «*non è censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca*».

50. Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.2. In senso analogo cfr. Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266 in *Il foro amm.*, 10, 2016, p. 2347 ss.; Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047, in *Il foro amm.*, 7-8, 2016, p. 1796; Cons. di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 3112; Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581.
51. Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.2. In dettaglio, secondo il Collegio «*tali principi giurisprudenziali sono stati di recente recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in G.U. n. 15 del 19 gennaio 2017, entrata in vigore il 3 febbraio 2017 [...] il cui art. 7, comma 1, per quanto qui interessa, testualmente recita: "Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima"*».

il contrario, ossia è la legge ad aver recepito l'orientamento della giurisprudenza che sostiene in vario modo le tesi del sindacato esterno e del sindacato debole del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM<sup>52</sup>. Difatti, come si vedrà dalla giurisprudenza dei tribunali amministrativi (cfr. *sub* par. 2.3) e dall'importante presa di posizione della suprema Corte di cassazione (cfr. *sub* par. 2.4.), vi è ed è predicata una corrente della giurisprudenza che va affermando da tempo simili tesi. Tale orientamento<sup>53</sup>, precedente

52. Basti pensare, in questa prospettiva, per limitarsi a pochi ma molto rappresentativi casi – anch'essi recenti seppur tuttavia precedenti all'emanazione del decreto in parola – che hanno occupato il Consiglio di Stato in tema di intese restrittive della concorrenza di cui agli artt. 101 TFUE e 2 l. n. 287/1990. In tali decisioni si può notare come sia netta la presa di posizione dei consiglieri nel sostenere le ragioni dell'insindacabilità degli atti dell'AGCM secondo il binomio A) sindacato esterno/B) sindacato debole.

i) Per un primo caso cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947, dove si legge: «*quando nei profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità [...] detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini*»

ii) Per un secondo caso cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581, dove si legge: «*il giudice amministrativo può esercitare soltanto un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, dovendo valutare i fatti, al fine dei accertare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate*».

iii) Per un terzo caso cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266 nella quale il massimo organo di giustizia amministrativa afferma, in modo pressoché analogo alle più recenti sentenze osservate, la non sindacabilità di fatti e profili tecnici da parte del giudice amministrativo. Il Collegio, sebbene nell'iter argomentativo seguito sembri aprire alla piena sindacabilità delle decisioni AGCM («*il sindacato di legittimità del g.a. sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici*»), poi, in realtà, chiude tale possibilità affermando che il vaglio del giudice amministrativo si arresta dinanzi a «*valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza)*». In tali ipotesi, ribadisce la sesta sezione del Consiglio di Stato (sezione che già si era pronunciata in modo pressoché identico in un'altra precedente sentenza) il sindacato del giudice, entrando in gioco valutazioni a carattere tecnico, «*è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità*».

53. Tale orientamento appare piuttosto consolidato per via delle numerose pronunce e del fatto che sia anche risalente nel tempo. Secondo quest'indirizzo, in sostanza, la verifica dei fatti oggetto delle determinazioni dell'autorità antitrust si estenderebbe ai profili tecnici solo dove al giudice amministrativo ciò sia necessario per sindacare la legittimità di tali determinazioni (secondo la tesi del sindacato esterno), con la conseguenza, significativa, che quando siffatti profili tecnici includano anche valutazioni ed apprezzamenti che presentano margini di opinabilità, il vaglio non potrebbe che limitarsi ad un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità (secondo la tesi del sindacato debole). In tal senso si v. Cons. di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266 in *Il foro amm.*, 10, 2016, p. 2347 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047, in *Il foro amm.*, 7-8, 2016, p. 1796 ss.;

all’emanazione del d.lgs. n. 3/2017 e, in parte, anche alla direttiva europea 2014/104/UE, va tenuto presente se si vogliono comprendere le ragioni dell’affermarsi di una simile impostazione nella recente giurisprudenza.

### 2.3. La posizione dei tribunali amministrativi regionali

Sulla stessa lunghezza d’onda del Consiglio di Stato si colloca la giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali<sup>54</sup> che, rifacendosi all’importante pronuncia della Suprema Corte di cassazione del 2014 (su cui cfr. *sub* par. 2.4), fa riferimento sia al sindacato esterno, sia al sindacato debole per limitare lo spettro d’azione del giudice amministrativo sugli atti dell’autorità antitrust. Limitando l’attenzione ad una molto indicativa, e per certi versi riassuntiva, decisione su tale orientamento si può esaminare la recentissima e molto rilevante sentenza del TAR Lazio<sup>55</sup> riguardante l’accertamento da parte di AGCM di un’intesa restrittiva della concorrenza (art. 101 TFUE) a carico di note società internazionali di revisione operanti sul mercato italiano. In base all’istruttoria condotta dall’autorità antitrust, il fatto illecito consisteva in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara bandita dalla CONSIP per l’affidamento dei servizi di supporto e assistenza tecnica per l’esercizio e lo sviluppo della funzione di sorveglianza e audit di programmi cofinanziati dall’Unione europea, attraverso l’eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei relativi lotti.

Nella causa in questione, a sostegno delle proprie ragioni le società ricorrenti invocano un sindacato “pieno” del giudice amministrativo sulle decisioni adottate dall’AGCM in vista di ottenerne l’annullamento, ma il TAR ribadisce come tale giudice, essendo dotato di un potere meramente «*esterno*» circa la verifica dei fatti e dei profili tecnici della causa, può essere chiamato solo «*ad operare un sindacato estrinseco sulla correttezza logica dell’operato dell’Autorità, al fine di verificare l’“iter” ricostruttivo da questa seguito nell’analisi della norma e della sua applicabilità ai fatti concreti*».

---

Cons. di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 3112 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228, in *Foro amm.*, 7-8, 2014, p. 2031 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 12 aprile 2013, n. 2002, in *Foro amm. CDS*, 4, 2013, p. 997 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5171, in *Foro amm. CDS*, 9, 2011, p. 2854 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925, in *Foro amm. CDS*, 5, 2011, p. 1621 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2092, in *Rass. dir. farm.*, 4, 2009, p. 767 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, in *Foro amm. CDS*, 3, 2006, p. 941.

54. Evidentemente del solo Tar Lazio, sede di Roma, attesa la competenza esclusiva di tale tribunale a sindacare gli atti dell’AGCM. Fra le tante, più recentemente si v. Tar Lazio, Roma, sez. I, 29 luglio 2016, n. 8801; Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 novembre 2015, n. 12708; Tar Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2015, n. 372; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2014, n. 4801. Meno recentemente cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 maggio 2010, n. 10571, in *Foro amm. Tar*, 5, 2010, p. 1679; Tar Lazio, Roma, sez. I, 2 dicembre 2009, n. 12312; in *Foro amm. Tar*, 12, 2009, p. 3467; Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2900, in *Foro amm. Tar*, 4, 2008, p. 1018; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2007, n. 4123, in *Foro amm. Tar*, 5, 2007, p. 1642.

55. Tar Lazio, Roma, sez. I, 14 novembre 2018, n. 10997.

Nella prospettiva del sindacato debole, il TAR aggiunge che laddove i «*profili tecnici coinvolgono valutazioni ed apprezzamenti che presentano un obiettivo margine di opinabilità (vedi definizione di “mercato rilevante”)*» il potere del giudice amministrativo «*è limitato – oltre che ad un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato – alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo invece il giudice sostituire il proprio apprezzamento (opinabile) a quello – altrettanto opinabile – dell’Autorità ove questa si sia mantenuta entro suddetti margini*»<sup>56</sup>.

## 2.4. La posizione della Suprema Corte di cassazione.

Quello appena rassegnato è, in estrema sintesi, l’indirizzo seguito dalla giurisprudenza amministrativa più recente<sup>57</sup>. A tale indirizzo si deve aggiungere, data l’importanza che essa ha avuto nella elaborazione della successiva giurisprudenza amministrativa<sup>58</sup>, la presa di posizione delle sezioni unite della Suprema Corte di cassazione<sup>59</sup> nella decisione del 20 gennaio 2014, n. 1013 (su cui si v. anche *supra* par. 1.4).

56. La tesi del sindacato debole è affermata in modo netto anche da Tar Lazio, Roma, sez. I, 6 settembre 2016, n. 9553, in *Il foro amm.*, 9, p. 2228. In tale pronuncia si è affermato che l’accertamento dell’illecito concorrenziale effettuato dall’AGCM, risultando «*connotato da una certa discrezionalità tecnica*», è «*assoggettato al sindacato di legittimità del giudice amministrativo*» il quale, in ogni caso, «*nel rispetto delle regole e dei limiti elaborati dalla giurisprudenza non può sostituire il proprio apprezzamento (opinabile) a quello – altrettanto opinabile – dell’Autorità ove questa si sia mantenuta entro i margini dell’opinabilità*».

Sempre recentemente, lo stesso Tar Lazio, Roma, sez. I, 30 gennaio 2018, n. 1081, ha ribadito come risulti «*incontestato che, ove la legittimità dell’azione amministrativa ed il corretto uso delle sottostanti regole tecniche siano stati accertati, il controllo giudiziale non possa andare oltre, al fine di sostituire la valutazione del giudice a quella già effettuata dall’Amministrazione, la quale rimane l’unica depositaria del potere esercitato*».

In questo contesto il Tar Lazio, Roma, sez. III, 20 settembre 2016, n. 9847, ha ricordato come «*i provvedimenti delle Autorità Garanti siano soggetti a cosiddetto “sindacato debole”, in quanto [...] nei settori affidati a dette Autorità tale sindacato incontra una delimitazione almeno in parte diversa, tenuto conto della specifica competenza, della posizione di indipendenza e dei poteri esclusivi, spettanti alle Autorità stesse, le cui valutazioni trovano come parametri di riferimento non soltanto regole scientifiche esatte e non opinabili, ma anche valutazioni di natura prognostica, a carattere economico, sociologico, o comunque non ripercorribile in base a dati univoci*».

57. Per alcune rassegne in argomento sulla giurisprudenza meno recente si v. P. FATTORI, *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruxelles-Milano, 2000, p. 295 ss.; A. POMELLI, *Il giudice e l’Antitrust. Quanto “self restraint”?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, p. 239 ss.

58. Qui basti notare come la gran parte delle recenti decisioni del TAR Lazio in materia (su cui cfr. *supra* par. 2.3.) abbia richiamato la sentenza della Suprema Corte di cassazione.

59. Decisione che è stata resa anche in virtù del richiamo a precedenti meno recenti della stessa Corte e nei quali il Supremo collegio si era espresso in via più generale con riferimento all’estensione del

Chiamata ad esprimersi su di una controversia<sup>60</sup> che aveva posto, fra gli altri motivi, specialmente quello inerente alla questione della pienezza della giurisdizione sugli atti dell'AGCM, la Suprema Corte si era pronunciata nel senso di avvalorare le tesi *sub A*) del sindacato esterno e *sub B*) del sindacato debole quali tecniche di cui disporrebbe il giudice amministrativo per giudicare le decisioni di quell'autorità.

Nella fattispecie le società avevano impugnato la sentenza di secondo grado adducendo come motivo di ricorso un vero e proprio diniego di giurisdizione cui sarebbe incorso il Consiglio di Stato, in veste di giudice amministrativo d'appello, per avere questi imposto una sorta di "autolimitazione" alla propria latitudine di giudizio. Sicché, la riduzione del potere del giudice amministrativo, ponendosi in contrasto con i limiti esterni della giurisdizione assegnata a quel giudice, consentiva alle società di denunciare il relativo diniego in cassazione, ai sensi del primo comma dell'art. 362 c.p.c.

Tuttavia, stabilendo il principio secondo il quale i provvedimenti dell'AGCM «sono sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito», la Corte, in un'ottica confermativa della tesi sul sindacato esterno, riteneva infondate le doglianze delle società ricorrenti nella parte in cui le stesse lamentavano la limitazione del potere di verifica del giudice amministrativo «ai profili di logicità estrinseca e di correttezza giuridica della motivazione», assunta da tale autorità per acclarare fatti e compiere valutazioni tecniche «ai fini di accertare e sanzionare l'intesa restrittiva

---

sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica. A tal riguardo si v. Cass. civ. sez. un., 17 marzo 2008, n. 7063; Cass. civ. sez. un., 29 aprile 2005, n. 8882.

Per un commento sulla decisione resa nel 2014 dalla Suprema Corte, nella dottrina amministrativistica si v. B. GILBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1057 ss.

60. I fatti della causa su cui era chiamata a pronunciarsi la Corte di cassazione si basavano sulle seguenti vicende processuali. La società italiana Acea e la società francese Suez Environnement con separati ricorsi impugnarono dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio un provvedimento con il quale l'AGCM aveva accertato la stipulazione da parte di tali società di un'intesa restrittiva della concorrenza e, oltre a prescrivere comportamenti idonei ad eliminare gli effetti di tale intesa, le aveva condannate al pagamento di una sanzione. L'intesa così sanzionata aveva preso corpo, secondo l'autorità antitrust, in occasione della comune partecipazione di Acea e Suez ad una gara indetta dal Comune di Firenze per assegnare il 40% delle quote di una società mista pubblico-privata destinata alla gestione del servizio idrico integrato di un ambito territoriale della Toscana, ed era stata poi rinforzata con la stipulazione di appositi patti parasociali. Il TAR accolse i ricorsi ed annullò il provvedimento impugnato. L'AGCM propose però appello ed il Consiglio di Stato, con sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067, riformò la decisione di primo grado e respinse le domande di annullamento del summenzionato provvedimento sanzionatorio, rigettando nel contempo anche un appello incidentale proposto da Acea. Il Consiglio di Stato, per quel che in questa sede interessa, ritenne che fosse corretto l'iter logico attraverso il quale l'AGCM, nell'adottare il contestato provvedimento, aveva ricostruito gli estremi merceologici e geografici del mercato rilevante ai fini dell'accertamento degli effetti anticoncorrenziali dell'intesa; e precisò, a questo proposito, che il sindacato del giudice amministrativo non si estende al merito (salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio) ma è limitato alla verifica dell'assenza, nel provvedimento impugnato, di travisamenti di fatto, di vizi logici o di errori giuridici. Avverso tale sentenza proposero separati ricorsi per cassazione, di analogo contenuto, Acea e Suez, formulando ciascuna tre motivi di censura, illustrati poi anche con memorie.



della concorrenza»<sup>61</sup>. Le ricorrenti, di contro, nel primo grado di giudizio avevano ottenuto dal TAR l'annullamento dei provvedimenti con cui l'AGCM aveva accertato l'intesa illecita, sostenendo come il potere di verifica di tali atti da parte del giudice amministrativo non fosse "esterno" alla sua giurisdizione, ma dovesse «*spingersi alla verifica dei fatti posti a base del contestato accertamento*»<sup>62</sup>.

Per quel che concerne l'intensità del potere giudiziale, come anticipato, la Corte si è schierata in favore della tesi sul sindacato debole, «*nel senso che non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili*». Secondo la Suprema Corte, infatti, tale tipo di controllo esulerebbe dalla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo poiché «*si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione*». Ciò, peraltro, «*fermo restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza*» da parte del giudice amministrativo<sup>63</sup>.

La suprema Corte si era interrogata, invero, sulla possibilità che le valutazioni tecniche operate dall'AGCM, al fine di conferire concreto significato e di dare attuazione al precetto legale, siano sindacate da parte del giudice amministrativo pur quando presentino un inevitabile margine di opinabilità. Secondo la Corte, in situazioni di tal fatta il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce di individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo.

Se quanto appena detto è vero in via generale, ancor più lo è, secondo la Corte, nel caso particolare del sindacato sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti e specialmente dell'AGCM, trattandosi di autorità cui proprio in ragione della specifica competenza tecnica, oltre che del carattere oggettivo e neutrale delle funzioni, sono stati affidati dal legislatore compiti di vigilanza ed accertamento nei settori di rispettiva competenza, compiti da esplicare attraverso procedimenti amministrativi connotati da particolari garanzie per i controinteressati. Secondo la Suprema Corte, ipotizzare che, con riguardo a valutazioni tecniche aventi un significativo margine di opinabilità («*valutazioni proprio per operare le quali il legislatore ha stimato necessario dar vita ad un organismo al tempo stesso indipendente e dotato di specifiche competenze professionali*»), il sindacato giurisdizionale «*possa spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Autorità Garante significherebbe misconoscere la ragione stessa per la quale questa è stata istituita*»<sup>64</sup>.

61. Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto n. 4.1.

62. Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto n. 4.1.

63. Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto n. 4.1.

64. Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto n. 4.1.



Non è poi senza rilievo che nella sentenza in parola la Corte di cassazione richiami alcune importanti decisioni della Corte di giustizia UE. In sintesi, il giudice comunitario, se per un verso ha chiarito che compete al Tribunale dell'Unione Europea l'esame delle circostanze fattuali rilevanti<sup>65</sup>, per altro verso ha indicato come spetti alla Commissione il compito di svolgere le valutazioni economiche necessarie per garantire la concorrenza nel mercato interno, di modo che, in presenza di simili complesse valutazioni, il controllo che i giudici comunitari esercitano si limiti alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errori manifesti di valutazione e di sviamento di potere<sup>66</sup>. Il che equivale a dire che si tratti pur sempre di un sindacato sui fatti e sui profili tecnici esterno e debole, giacché limita il controllo del giudice amministrativo ai tipici vizi di legittimità e ne impedisce comunque qualsiasi ipotesi di sostituzione.

Non è inutile ricordare, infine, sebbene già in altra parte si sia fatto cenno (cfr. *supra* par. 1.4 e nota 17), che la decisione della Suprema Corte in questione è alla base dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 3/2017, laddove quest'ultima disposizione recepisce, quasi letteralmente, il principio di diritto fissato dalla Corte in materia di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM<sup>67</sup>.

### **3. GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA CONTEMPORANEA: APERTURE E (NUOVI) LIMITI AL SINDACATO PIENO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI DELL'AGCM.**

#### **3.1. I tradizionali limiti al sindacato pieno del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM.**

65. In questo senso si v. Corte di giustizia UE, sez. III, 3 maggio 2012, Legris Industries/Commissione (causa C-289/11 P);

66. Corte di giustizia UE, sez. III, 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services/Commissione (causa C-501/06 P).

67. Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto n. 4.3, dove viene enunciato il seguente principio di diritto: «*Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità [...] detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini*».

Il testo dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017 è poi stato formulato nel modo seguente: «*il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*».

### 3.1.1. *La natura del giudizio svolto da AGCM e le valutazioni (economiche) complesse.*

Il consolidato orientamento della giurisprudenza in materia è per certi versi confermato da una parte della dottrina amministrativistica italiana. Vi è infatti una parte non trascurabile ed autorevole della dottrina che, in controtendenza rispetto a quella sovranazionale<sup>68</sup>, propende, seppur con diversità di vedute, per una limitazione dell'estensione e dell'intensità del potere giudiziale di verifica e revisione di fatti e profili tecnici posti a fondamento delle decisioni dell'AGCM, soprattutto quando tali decisioni siano il frutto di valutazioni di natura (economica) complessa<sup>69</sup> cui l'autorità è demandata in virtù dei concetti giuridici indeterminati presenti di regola nella normativa antitrust.

68. Il problema della sindacabilità degli atti delle autorità amministrative è particolarmente avvertito nella dottrina nordamericana più e meno recente. In tal senso cfr. D.P. CURRIE, F.I. GOODMAN, *Judicial Review of Federal Administrative Action: Quest for the Optimum Forum*, in *Colum. L. Rev.*, 1975, 75, pp. 62-85; C.H. KOCH, *Judicial Review of Administrative Discretion*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 54, 1986, pp. 485-487; P.L. STRAUSS, *One Hundred Fifty Cases per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, in *Colum. L. Rev.*, 87, 1987, pp. 1121-1122; K.W. STARR, C.R. SUNSTEIN, R. WILLARD, R. LEVIN, *Judicial Review of Administrative Action in a Conservative Era*, in *Admin. Law Rev.*, 1987; S.W. MERRILL, *Judicial Deference to Executive Precedent*, in *Yale L. J.*, 101, 1992, pp. 998-999; L.R. COHEN, M.L. SPITZER, *Judicial Deference to Agency Action: A Rational Choice Theory and Empirical Test*, in *South. Cal. L. Rev.*, 69, 1996, p. 431 ss.; J.F. MANNING, *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, in *Colum. L. Rev.*, 96, 1996, pp. 617-619 and pp. 631-680; A. BHAGWAT, *Separate But Equal?: The Supreme Court, the Lower Federal Courts, and the Nature of the "Judicial Power"*, in *B.U. L. Rev.*, 80, 2000, pp. 992-1015 (2000); H.T. EDWARDS, *The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making*, in *U. Pa. L. Rev.*, 151, 2003, p. 1639; M.C. STEPHENSON, *Mixed Signals: Reconsidering the Political Economy of Judicial Deference to Administrative Agencies*, in *Admin. L. Rev.*, 56, 2004, pp. 659-660; T.J. MILES, C.R. SUNSTEIN, *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, in *U. Chi. L. Rev.*, 73, 2006, p. 823; M.C. STEPHENSON, *Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts*, in *Harv. L. Rev.*, 119, 2006, pp. 1042-1049; R.J. PIERCE, *What Do the Studies of Judicial Review of Agency Actions Mean?*, in *Admin. L. Rev.*, 63, 2011, p. 77; J.J. CZARNEZKI, *An Empirical Investigation of Judicial Decision making, Statutory Interpretation, and the Chevron Doctrine in Environmental Law*, in *U. Colo. L. Rev.*, 79, 2008, pp. 793-795; S. KUMAR, *Expert Court, Expert Agency*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 44, 2011, p. 1547; S.A. SHAPIRO, R. MURPHY, *Politicized Judicial Review in Administrative Law: Three Improbable Responses*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 19, 2012, pp. 355-361; B. MILLER, B. CURRY, *Experts Judging Experts: The Role of Expertise in Reviewing Agency Decision Making*, in *L. & Soc. Inquiry*, 38, 2013, p. 55 ss.; J.D. WRIGHT, A.M. DIVELEY, *Do Expert Agencies Outperform Generalist Judges? Some Preliminary Evidence from the Federal Trade Commission*, in *J. Antitrust Enforcement*, 1, 2013, p. 82 ss.
69. In dottrina si è sostenuto come nelle ipotesi di valutazioni complesse di natura tecnico-economica il giudice non possa sindacare, sovrapponendo la propria valutazione a quella dell'autorità, le decisioni dell'AGCM, e ciò anche in virtù della maggiore specializzazione delle autorità amministrative indipendenti. In tal senso, S. CASSESE, *Chi ha paura delle Autorità indipendenti?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1999, p. 471; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., p. 356 e part. anche nota n. 122; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza*, cit., p. 469 ss.; M. RESCIGNO, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: fra parole e fatti*, in *Anal. giur. econ.*, 2000, p. 472 ss.

Si tratta, invero, di un indirizzo il quale fonda le caratteristiche della sindacabilità “non piena” sulla base di una impostazione di fondo comune sulla natura del giudizio svolto da AGCM che può riassumersi nel modo seguente.

Dal momento che l’AGCM non esercita funzioni neutrali, di pura applicazione della legge – e ciò pur per quanto non possa considerarsi che tale autorità sia titolare di funzioni di amministrazione attiva, giacché la stessa non sarebbe libera di decidere le modalità di realizzazione dell’interesse pubblico (la tutela del mercato) fissato dal diritto – sarebbe da escludersi la riconduzione della sua attività a quella tipica del giudice (c.d. funzione para-giurisdizionale). Il giudizio dell’AGCM, dunque, sarebbe diverso da quello compiuto dal giudice poiché distinto in due autonome fasi: la fase della sussunzione del fatto sotto il parametro normativo, tipica dell’attività giurisdizionale in senso stretto, sarebbe preceduta dalla fase in cui l’autorità opera un’integrazione del parametro normativo incompleto offerto dalla legge. L’incompletezza di taluni concetti presenti nella legge antitrust, come avviene con evidenza per la nozione di mercato rilevante, postulerebbe un’attività di riempimento della fattispecie da parte dell’AGCM tramite l’espressione di proprie valutazioni tecniche, ad essa riservate, in quanto presupponenti comunque la selezione di interessi, e perciò insindacabili da parte del giudice amministrativo.

La natura atipica e complessa delle decisioni dell’AGCM esigerebbe di distinguere tra accertamento dei fatti e successive fasi valutative, individuate nella precisazione inerente ai caratteri dei concetti giuridici indeterminati di cui si sostanziano le norme antitrust, dando luogo ad una contestualizzazione della norma, e nel confronto fra il parametro normativo così specificato ed i fatti accertati. Con riguardo a tali fasi valutative, ed in specie alla definizione del parametro normativo violato, il controllo del giudice amministrativo, per non invadere la valutazione di merito dell’autorità, non dovrebbe essere così intenso da sovrapporre il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato a quello prescelto dall’autorità, ma dovrebbe limitarsi a vagliarne l’attendibilità, attraverso un sindacato di ragionevolezza, logicità e coerenza, sia pure tecnica.

La sussistenza in materia della giurisdizione esclusiva e di quella estesa al merito, prevista in virtù dell’espressa attribuzione rispettivamente degli artt. 133, comma 1, lett. l) e 134, comma 1, lett. c), permetterebbe al giudice amministrativo di procedere ad un’autonoma ricostruzione di fatti e profili tecnici, ma giammai a sostituire il parametro valutativo e le relative valutazioni tecniche dell’AGCM con quelle diverse e pur sempre opinabili, di origine giudiziale<sup>70</sup>. In ragione di ciò, il giudice amministrativo dovrebbe

---

70. Cfr. G. DE MINICO, *Spunto per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell’Antitrust e della Consob*, in *Pol. Dir.*, 1998, p. 253, dove è detto che «il TAR non potrà contestare all’Antitrust cosa si intenda per mercato rilevante, o per intesa, perché se ciò facesse sostituirebbe la propria determinazione a quella dell’Antitrust, cioè renderebbe un giudizio non meno opinabile di quello contestato».

limitarsi a verificare non la correttezza del parametro valutativo e delle conseguenti valutazioni tecniche prescelti dall'autorità, bensì l'attendibilità e ragionevolezza del risultato derivante dall'applicazione del parametro e delle valutazioni selezionati per la fattispecie concreta<sup>71</sup>.

### 3.1.2. *Discrezionalità tecnica e concetti giuridici indeterminati.*

Si tratta di un filone che accomuna pure quelle tesi che fanno discendere dall'accentuato tecnicismo dell'autorità antitrust una sostanziale limitatezza del sindacato del giudice amministrativo sui fatti e sulle valutazioni tecniche dell'AGCM, e secondo cui la cognizione giudiziale deve limitarsi alla verifica della eventuale illogicità o ingiustizia dell'atto, dell'incoerenza interna o con atti adottati in altri casi identici, senza scendere nel merito dell'atto<sup>72</sup>. Ma anche di quelle dove la limitazione del sindacato giurisdizionale è sostenuta in base all'ampia indeterminatezza della fattispecie normativa regolativa delle funzioni dell'AGCM, motivo per il quale diviene difficile per il giudice misurare l'esercizio del potere amministrativo rispetto al parametro legale<sup>73</sup>.

Particolarmente significativo, nell'ambito di simili tesi è quindi il discorso attinente alla discrezionalità tecnica<sup>74</sup> (cfr. *supra* par. 2.1) e alla presenza di clausole generali contenute nei testi normativi (i cc.dd. concetti giuridici indeterminati), laddove la

- 
71. G. DE MINICO, *op. loc. ult. cit.*, dove si aggiunge che «Il TAR dovrà, invece, limitarsi a verificare la corretta applicazione del parametro valutativo al caso concreto, vale a dire l'“attendibilità” del risultato dell'accertamento cui l'Autorità è pervenuta, annullando il provvedimento nel caso di esito negativo della verifica». Poco dopo l'A. tiene a rimarcare come «la caducazione dell'atto non è il risultato dell'adozione di un diverso parametro valutativo, bensì della riscontrata inattendibilità della valutazione tecnica compiuta dall'amministrazione». Sul punto si v. anche ID., *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Jus*, 1996, p. 375 ss., ma sul punto pp. 394-395 dove è detto che il giudice amministrativo potrebbe solo controllare la “correttezza” degli accertamenti di fatto e della applicazione della norma al fatto.
72. Così C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 37 ss., ma sul punto p. 50, dove l'A. sostiene che il tecnicismo dell'organo dovrebbe limitare il sindacato alla sola ipotesi di manifesta illogicità o ingiustizia dell'atto, ragion per cui sarebbe impossibile la ripetizione delle valutazioni da esso compiute ad opera di un perito nominato dal giudice ordinario.
73. Come osserva M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, in *Amministrare*, 2000, pp. 106-108, secondo il quale, «la vera ragione per cui il sindacato sull'attività delle autorità rischia di essere in qualche modo “spuntato” pare insomma da rinvenire non tanto nella (pretesa) “neutralità” dei garanti o nel carattere tecnico delle loro valutazioni, quanto, ancora una volta, nell'indeterminatezza del parametro, e quindi nelle particolarità delle scelte legislative attraverso le quali le autorità sono state previste e disciplinate».
74. La valutazione compiuta dall'AGCM è stata spesso accostata alla discrezionalità tecnica, perché essa è basata su apprezzamenti attinenti anche a scienze non giuridiche, particolarmente a quelle economiche, che hanno carattere di opinabilità. Sul punto, fra molti, cfr. F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 257 ss., il quale rifiuta la tesi secondo cui l'AGCM persegue interessi pubblici specifici o che attui indirizzi di politica amministrativa, non essendo pertanto chiamata ad effettuare valutazioni di vero e proprio merito amministrativo; diversamente

definizione di tali nozioni condiziona il sindacato del giudice amministrativo. In questo discorso si è potuto sostenere che il potere delle autorità amministrative indipendenti sia un potere vincolato da norme tecniche<sup>75</sup> e concetti giuridici indeterminati, il che, in linea teorica, suffragherebbe una riduzione dell'intensità del controllo giurisdizionale. È ciò che accade quando nel giudizio entrano in gioco apprezzamenti di carattere soggettivo, giudizi opinabili sul piano tecnico-scientifico, valutazioni metagiuridiche o quando la concretizzazione di taluni concetti richieda un giudizio di valore<sup>76</sup>, motivo per cui il giudice amministrativo dovrebbe limitarsi ad un controllo di ragionevolezza del risultato raggiunto dall'autorità<sup>77</sup>.

Il giudice, si sostiene, viene chiamato sovente ad esprimersi su nozioni extragiuridiche, formulate talvolta da una scienza incerta, inesatta e opinabile dalla quale non derivano verità assolute, esatte e certe come avviene nella scienza economica per i concetti di mercato rilevante, posizione dominante, pratica concordata ecc. Dunque, con l'eccezione di quelle ipotesi semplici in cui la comune esperienza dà la certezza della sussumibilità del presupposto di fatto nella norma o nella esattezza del provvedimento a contenuto tecnico scientifico adottato dall'autorità, l'uso di norme tecniche e di concetti giuridici indeterminati dà luogo a valutazioni di tipo probabilistico, e perciò non esclusive, ma compatibili con altre valutazioni formulabili con riferimento alla stessa norma tecnica ed allo stesso concetto indeterminato<sup>78</sup>.

Da ciò discenderebbe che, mentre nel rapporto "norma-fatto" la valutazione tecnica, con l'eventuale ausilio di consulenti, è demandata al giudice (come nel caso inerente all'accertamento dell'entità del danno), nel rapporto "norma-potere-fatto" il giudice non si può sostituire ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire, nell'ipotesi che l'esercizio del potere sia regolato da norme tecniche e/o da concetti giuridici indeterminati, se la valutazione operata nell'esercizio del potere sia una delle valutazioni compatibili con quella norma tecnica o con quel concetto giuridico indeterminato.

---

cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., p. 250, il quale attribuisce all'AGCM una vera e propria discrezionalità, parlando in tal senso di «*tramonto del mito della neutralità*».

75. Cfr. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, cit., p. 181 ss.

76. Cfr. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 125 ss.

77. Come nota A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti*, cit., p. 429-430, la giurisprudenza amministrativa (in specie quella del Consiglio di Stato) «*evita sempre di procedere a una individuazione autonoma del mercato rilevante. Di conseguenza il suo sindacato è limitato a verificare se la valutazione del "mercato rilevante" da parte dell'Autorità sia inficiata da vizi logici, di difetto di istruttoria o da carenze nella motivazione*». Sicché, aggiunge l'A., «*in questo contesto la valutazione dell'Autorità può essere contestata, in sede giurisdizionale, solo in presenza di errori macroscopici*». Si afferma, per questa via, un sindacato di tipo debole e «*di conseguenza anche il ricorso a una consulenza tecnica finisce con l'essere eccezionale*».

78. Così F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, cit., p. 186. Ma già prima, negli stessi termini, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 54 ss.

A tal riguardo, si è osservato come l'indagine sulla sostituibilità del prodotto, quale elemento di fatto essenziale per individuare il mercato rilevante – a sua volta inteso alla stregua di un concetto giuridico indeterminato sulla cui base l'AGCM adotta provvedimenti antimonopolistici – possa essere ripetuta per il tramite di una consulenza tecnica d'ufficio, allorché la constatazione compiuta dall'autorità nella sua decisione amministrativa risulti dubbia, eppur tuttavia non possa essere ripetuta con metodo alternativo rispetto a quello adottato dall'AGCM, stante la circostanza che, sul piano tecnico-scientifico, vi sarebbe una pluralità di metodi i quali possono dare esiti anche molto diversi, ma tutti validi ai fini di un giudizio probabilistico sul corretto uso di un concetto giuridico indeterminato definibile tecnicamente<sup>79</sup>.

Esemplificando, la valutazione riguardante l'evidenza o meno di una posizione dominante di una determinata impresa non costituirebbe un accertamento di mero fatto, né la sussistenza di tale posizione si risolverebbe in un semplice presupposto di fatto che può essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica; al contrario, essa implica un apprezzamento significativo che si risolve in una valutazione tecnica, fondata non su regole scientifiche esatte e non opinabili, ma sull'applicazione di regole proprie di scienze inesatte ed opinabili come quelle attinenti alla scienza economica, ed implica per di più una vera e propria valutazione prognostica circa gli effetti che in un determinato mercato un comportamento, di per sé lecito come una concentrazione, è destinato ad operare.

In tale ipotesi, allora, non è consentito un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la sua valutazione tecnica opinabile o il suo modello logico di attuazione del concetto indeterminato a quelli propri dell'AGCM. Ciò che è consentito al giudice amministrativo è di verificare i fatti e gli altri profili tecnici posti a fondamento dei provvedimenti dell'AGCM ed esercitare un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo in raffronto con i fatti accertati e le valutazioni compiute da quell'autorità. Conseguentemente egli non può censurare i fatti e le valutazioni tecniche – compreso il giudizio tecnico finale – che attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza, appaiano attendibili.

Va osservato, infine, come in tale impostazione la consulenza tecnica d'ufficio<sup>80</sup> – introdotta nel processo amministrativo attraverso l'art. 35, d.lgs. n.80/1998 e l'art. 16, l. n. 205/2000 – venga impiegata per accertare la verifica di determinati fatti, ma non per consentire al giudice di adottare un ragionamento diverso da quello condotto dall'AGCM. Il giudice amministrativo, quindi, pur potendo impiegare per

79. F. MERUSI, *op. loc. ult. cit.*, e ciò perché, secondo l'A., «l'applicazione di concetti giuridici indeterminati e/o di norme tecnico-scientifiche è sottoposta ad un giudizio di compatibilità e di ragionevolezza, dal momento che, per loro natura, i concetti giuridici indeterminati e/o le norme tecniche comportano valutazioni non di tipo assoluto, ma probabilistico».

80. Su cui si v. L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit., p. 1727 ss.; *Id.*, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit., p. 422 ss.



legge la consulenza tecnica<sup>81</sup>, va tuttavia incontro a forti limitazioni nel sindacare la ricostruzione fattuale e gli apprezzamenti tecnici svolti dall'autorità, dal momento che non può ricostruire i fatti e riformulare le valutazioni cui è pervenuta l'AGCM<sup>82</sup>.

### 3.2. I termini attuali del dibattito. Il sindacato sostitutivo del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM ed i suoi limiti.

#### 3.2.1. *Il sindacato di full jurisdiction come rimedio del processo ai difetti del procedimento amministrativo.*

Più di recente a tali impostazioni, anche in virtù delle alterne vicende che come visto hanno caratterizzato il dato positivo (cfr. *supra* parr. 1.1, 1.3, 1.4) e giurisprudenziale (cfr. *supra* parr. 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4), parte della dottrina amministrativistica italiana ha in vario modo replicato, sostenendo così l'importanza dell'ampliamento dei poteri sindacatori del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM. Si tratta di un dibattito ampio e vivace, tuttora in corso, che in questa sede si può solo abbozzare.

In tale prospettiva, da un primo punto di vista<sup>83</sup>, si è sostenuto attraverso l'interpretazione dei principi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (in seguito CEDU)<sup>84</sup> e sulla base di alcune rilevanti sentenze della Corte EDU<sup>85</sup>, che il giudice amministrativo sia chiamato a compiere un sindacato pieno<sup>86</sup> sugli atti dell'AGCM.

81. Sul punto cfr. A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti*, cit., p. 430, dove è detto che «la consulenza tecnica, quando il sindacato del giudice sia del modello “debole”, finisce col risultare irrilevante».

82. Cfr. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 212, secondo il quale «i giudizi del consulente restano uno strumento di conoscenza al servizio del giudice, ma non sono risposte tecniche che egli possa radicalmente sostituire alle decisioni amministrative».

83. Per questa tesi cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; *Id.*, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Jus publicum*, 2014; *Id.*, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602 ss.; *Id.*, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014; *Id.*, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, p. 337 ss.; *Id.*, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 669 ss.; *Id.*, *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.; *Id.*, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, p. 199 ss.

84. Il riferimento è soprattutto all'art. 6 CEDU, par. 1.

85. Il riferimento è soprattutto Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011, caso n. 43509/2008, nonché a Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10.



In particolare, si è affermato che in ordine alle sanzioni amministrative e ai provvedimenti amministrativi capaci di incidere sui diritti civili il giudice amministrativo debba svolgere un controllo senza limitazione «*autoimposta o altrimenti prevista*» sui punti centrali della controversia tra amministrazione e cittadino, in modo che quest'ultimo abbia accesso ad un tribunale con giurisdizione sul merito della questione, ossia sul fatto come sul diritto, punto su punto, senza mai dover declinare la capacità di conoscere i fatti e le valutazioni tecniche<sup>87</sup>.

Di qui si è poi giunti a sostenere come il concetto di piena giurisdizione, comportando il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle decisioni amministrative in ordine ai fatti e alle valutazioni tecniche, implichi un *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale<sup>88</sup>, nel senso che con il sindacato pieno si può rimediare *ex post* ai difetti del procedimento amministrativo<sup>89</sup>.

Si è sostenuto, quindi, che solo sindacando direttamente il merito amministrativo e, nel caso di specie, le valutazioni tecniche opinabili contenute nella decisione dell'AGCM potrebbe effettivamente dirsi realizzato il canone della piena giurisdizione. A ciò, peraltro, deporrebbe l'art. 134, comma 1, lett. c), CPA, che prevede una giurisdizione di merito,

86. Cfr. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., pp. 1609-1610, secondo la quale «*il processo amministrativo è coinvolto dai principi dell'“equo processo” in via di correzione ex post dei deficit di realizzazione degli stessi nel procedimento amministrativo che costituisce il luogo primario di determinazione dei “diritti di carattere civile” o di inflizione delle sanzioni materialmente “penali”: di conseguenza, in un sistema ottimale, i diritti di difesa dovrebbero già trovare compiuta soddisfazione proprio nel momento di esercizio della funzione amministrativa; tuttavia, ove il procedimento non sia stato giusto e paritario [...] occorre che sia il processo a rimediare a tali inadempimenti; ma, per avere questa capacità correttiva, quest'ultimo deve costituire [...] luogo di compiuto riesame della scelta amministrativa: la giurisdizione amministrativa deve dunque essere “piena”, nel senso di sostitutiva, perché altrimenti sarebbe incapace di offrire al cittadino l'effettiva possibilità di godere, seppure ex post, di adeguati diritti di difesa, rispetto a un'azione pubblica idonea a determinare i suoi “diritti di carattere civile” o volta a comminare sanzioni afflittive*».

Secondo F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito*, cit., p. 213, in materia di sanzioni amministrative il modello della *full jurisdiction* può considerarsi come «*un sindacato giurisdizionale appellatorio puro (invece che cassatorio)*». In particolare, secondo l'A., lo schema logico sarebbe «*quello di due soggetti pubblici che, in continuità tra loro, esercitano un potere (di decisione su una controversia) qualitativamente identico, con conseguente piena sostituibilità della scelta dell'organo inferiore (l'Amministrazione) da parte dell'organo superiore (il giudice di full jurisdiction). E ciò senza che rilievo alcuno di per sé abbia la circostanza che all'Amministrazione sanzionatrice sia conferito un (più o meno elevato) margine di apprezzamento. In altri termini, la discrezionalità amministrativa si degrada a mera manifestazione di opinione che l'organo superiore può, o meno, condividere*».

87. Cfr. F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito*, cit., pp. 202-203.

88. Cfr. M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, cit. p. 629 ss.

89. Cfr. F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito*, cit., p. 203.

anziché di mera legittimità, sulle sanzioni amministrative pecuniarie; giurisdizione che come tale sarebbe interamente sostitutiva dell'amministrazione e delle sue scelte non solo sul *quantum*, ma anche sull'*an* dell'illecito concorrenziale e, dunque, su ogni valutazione di merito, di fatto e di diritto rilevante per il suo accertamento<sup>90</sup>.

### 3.2.2. *Il giudizio sul rapporto e l'intensificazione del sindacato sul modello dei poteri cognitori e decisori spettanti al giudice ordinario.*

Da un secondo punto di vista<sup>91</sup>, specie in relazione alle rilevanti novità normative introdotte dalla direttiva 104/2014/UE e dal d.lgs. n. 3/2017 in materia di *private antitrust enforcement* si è avvertito come al giudice amministrativo, sulla falsariga di quelli previsti per il giudice civile, debbano ora essere riconosciuti più ampi poteri cognitori, istruttori e decisori sulle decisioni dell'AGCM.

In sostanza, una volta che l'AGCM e il giudice amministrativo vengono chiamati in base alla nuova normativa ad accertare la violazione alla disciplina antitrust con effetti vincolanti per il giudice civile in sede di *private enforcement* (su cui cfr. par. 1.2), appare chiaro che il sindacato del giudice amministrativo debba atteggiarsi al pari di quello previsto proprio per il giudice civile<sup>92</sup>.

In tale ottica, peraltro, si sostiene che l'intensificazione dei poteri del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori dell'autorità antitrust non debba discendere solo dal raffronto con quelli previsti per il giudice ordinario, ma anche dall'oggetto stesso del giudizio relativo all'illecito concorrenziale, già accertato dall'AGCM<sup>93</sup>. L'oggetto non è soltanto il provvedimento sanzionatorio, bensì proprio l'accertamento dell'illecito<sup>94</sup> e il giudizio su di esso offerto dalla medesima autorità,

90. Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 158 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, cit., p. 119 ss.

91. Per questa tesi cfr. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, p. 999 ss.

92. Cfr. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1014, secondo il quale «in questo nuovo contesto il Giudice amministrativo è chiamato non solo a giudicare sulla legittimità o meno del provvedimento sanzionatorio, ma anche a giudicare su una componente fondamentale (l'illiceità della condotta) del rapporto risarcitorio, in luogo del Giudice ordinario». Ciò implica, secondo l'A., che «già per semplici ragioni di coerenza sistemática il Giudice amministrativo non potrà avere poteri cognitori e decisori inferiori a quelli del Giudice ordinario, che finisce per sostituire».

93. G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 1015. «In realtà le ragioni della necessaria implementazione dei poteri dei poteri cognitori e decisori del Giudice amministrativo (idonei, ad esempio, a valutare nuove prove fornite dagli interessati e a giungere a conclusioni diverse da quelle dell'Autorità) non scaturiscono soltanto dal raffronto con quelli del Giudice ordinario. Esse viceversa discendono, a mio modo di vedere, dall'oggetto stesso del giudizio relativo ad un illecito antitrust, già constatato dall'Autorità garante».

94. G. GRECO, *op. loc. ult. cit.*, dove è detto che «il giudizio sulla sussistenza dell'illecito antitrust, in sé considerato (e, cioè, una volta isolato dal potere sanzionatorio), è e rimane un giudizio su questioni di diritto soggettivo (si tratta di un illecito compiuto da imprese private, sicché non si tratta certo di illecito lesivo di interessi legittimi). Né il già espletato intervento dell'Autorità ne muta la consistenza:

il quale ha valenza autonoma e non appartiene al merito amministrativo. Di qui s'impone, in vista di garantire la pienezza della tutela, che il giudice amministrativo assuma i poteri cognitori e decisorivi tipici del giudice ordinario<sup>95</sup> e che pertanto si passi dal modello del giudizio sull'atto a quello del giudizio sul rapporto, ma non rapporto amministrativo, bensì rapporto di diritto privato.

In questo modello anche le valutazioni di discrezionalità tecnica, insindacabili per via della loro intrinseca opinabilità, saranno oggetto di verifica da parte del giudice amministrativo, che potrà sostituirle con valutazioni giudicate più plausibili<sup>96</sup>.

### 3.2.3. *Il controllo di ragionevolezza e proporzionalità e la riaffermazione del sindacato non sostitutivo sul merito amministrativo come limite invalicabile per il giudice.*

Va rilevato che le impostazioni appena esposte, sebbene con diversità di accenti e partendo da assunti differenti, giungono infine a condividere l'idea comune del sindacato di tipo "forte" e quindi "sostitutivo" della decisione dell'AGCM con quella propria giudice amministrativo<sup>97</sup>. A tali tesi e particolarmente alla conclusione cui le stesse pervengono si è prontamente replicato<sup>98</sup>.

[...] anche quello dell'Autorità è un accertamento, nell'esercizio di poteri non provvedimentali, ovvero, forse più esattamente, è una decisione (di tipo semicontenzioso o paragiurisdizionale), che riguarda rapporti tra privati».

95. G. GRECO, *op. ult. cit.*, 1016. «Ne deriva che il Giudice amministrativo deve atteggiarsi rispetto a detta questione con i poteri cognitori e decisorivi del Giudice del diritto soggettivo e non dell'interesse legittimo (del resto la competenza esclusiva in materia ben lo consente). E come Giudice del diritto soggettivo potrà (e dovrà) valutare l'esistenza dell'illecito antitrust, alla stessa stregua di qualunque illecito civile».
96. G. GRECO, *op. ult. cit.*, pp. 1016-1017. che aggiunge che «solo così si potrà dire che si tratta di un giudizio di piena giurisdizione, idoneo a soddisfare i canoni indicati anche dalla Corte EDU (potere di riforma della decisione dell'Autorità in qualsiasi punto, sia per ragioni di fatto, sia per ragioni di diritto), evitando altresì la sensazione di un totale appiattimento alle decisioni dell'Autorità».
97. In modo netto si pone M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., p. 1634, secondo la quale «il giudice amministrativo dovrebbe [...] esercitare, almeno rispetto all'apprezzamento dei fatti (anche complessi e opinabili), un potere di riesame del tutto sostitutivo». In modo altrettanto netto cfr. F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito*, cit., p. 213, secondo il quale «full jurisdiction significa davvero giurisdizione piena, nel senso di riesercizio (sostitutivo) del potere di scelta dell'Amministrazione [...]. Quindi una sostituzione piena, estesa ai profili di opportunità e capace di fornire la regola sostanziale della relazione tra cittadino e Amministrazione».
- In modo più sfumato cfr. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1016, dove è detto che «il Giudice amministrativo deve atteggiarsi [...] con i poteri cognitori e decisorivi del Giudice del diritto soggettivo [...]. E come Giudice del diritto soggettivo potrà (e dovrà) valutare l'esistenza dell'illecito antitrust, alla stessa stregua di qualunque illecito civile e con la pienezza dei poteri cognitori, istruttori e decisorivi (anche sostitutivi), che ciò comporta».
98. Cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 507 ss. e Id., *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti, (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1207 ss.,

Si è rimarcata, anzitutto, l'adeguatezza del potere giudiziale di cui è dotato il giudice amministrativo per sindacare gli atti dell'autorità antitrust compatibilmente con il principio della pienezza della tutela<sup>99</sup>. Di tale adeguatezza del sindacato sarebbe indice la giurisprudenza amministrativa<sup>100</sup>, la quale, da tempo, avrebbe abbandonato le categorie del sindacato esterno e del sindacato debole per aderire ad una concezione del potere giudiziale idoneo a garantire «*un ampio e completo accesso ai fatti [...] anche nella loro rilevanza tecnico-economica*»<sup>101</sup>.

La critica che tale punto di vista rivolge alle anzidette impostazioni riguarda però l'affermazione di un sindacato sostitutivo in capo al giudice amministrativo. In questa prospettiva, infatti, si sostiene che limite invalicabile cui va incontro il giudice amministrativo è quello che non gli permette di compiere «*un controllo di tipo interamente sostitutivo e ripetitivo*» della scelta operata dall'autorità<sup>102</sup>.

A ciò, si dice, deporrebbe la tradizionale interpretazione che dottrina e giurisprudenza hanno sempre attribuito all'art. 134, comma 1, lett. c), come norma estensiva della giurisdizione di merito alla (sola) quantificazione della sanzione e non agli accertamenti che guidano alla conferma o meno dell'illecito concorrenziale<sup>103</sup>. E deporrebbe anche un problema di effettività della tutela cui si andrebbe incontro allorché si consideri il sindacato del giudice come sostitutivo e ripetitivo della scelta fatta dall'autorità<sup>104</sup>.

99. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 1216. «*La tendenza, che mi sembra costante negli scritti citati, è quella di mettere in discussione l'idoneità del sindacato utilizzando in prima battuta un argomento di sintesi e di immediata efficacia (i.e.: la consuetudine giurisprudenziale di equiparare la discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa; la limitatezza del sindacato debole; la distanza dalla full jurisdiction richiesta dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo) e poi di corroborare l'argomentazione, in seconda battuta, con una descrizione del tipo di controllo esercitato dal giudice amministrativo la quale però, nei fatti, risale ad un modello ormai sostanzialmente superato (i.e.: controllo estrinseco; giudizio sull'atto anziché sul rapporto)*».

100. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, pp. 1216-1217 e p. 1223. «*Del resto, se si guarda anche ai dati percentuali, la sensazione è che il g.a. non si sia mai sottratto ad un controllo effettivo sugli atti sanzionatori dell'Autorità. Il processo, potremo dire, è stato un efficace contrappeso al potere di AGCM e, insieme al procedimento, un vero e proprio garante della stessa neutralità e competenza tecnica dell'AGCM*». «*Senonché l'esperienza concreta [...] è quella di un g.a. che, perlomeno nella gran parte dei casi, non teme affatto di cimentarsi con le nozioni economiche e che conduce, proprio attraverso l'analisi delle argomentazioni economiche dell'Autorità, un sindacato che mette in discussione alla radice la scelta compiuta, e proprio in merito all'accertamento dell'illecito*».

101. F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*, dove, inoltre, viene criticata la tesi (dissenziante) del giudice della Corte EDU, Pinto De Albuquerque resa sul noto caso *Menarini* (su cui si v. *sub par.* 4.3), per il fatto che essa si riferirebbe ad «*un modello di processo amministrativo superato da molti decenni*».

102. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 1217 dove è detto che il giudice non può spingersi «*oltre il caso in cui possa dirsi che l'Autorità abbia dato una risposta compresa tra quelle che rientrano nella ristretta gamma delle soluzioni ragionevoli al caso*». Più avanti si chiarirà che «*non sostitutivo non significa non idoneo e non pronto a vagliare il modo in cui l'Autorità ha accertato un certo illecito. Significa però che il processo non è la ripetizione di quel procedimento*» (p. 1223).

103. F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*

104. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, pp. 1223-1124. Secondo l'A. ciò accade «*perché, dovendo il giudice del diritto soggettivo ripetere tutto il procedimento e non limitarsi più a dire se è tecnicamente ragionevole e*

Si afferma, dunque, per questa via, un sindacato di tipo debole o, più esattamente, «*non sostitutivo*»<sup>105</sup> della decisione dell'autorità con quella propria del giudice in quanto tale inerente alla sola legittimità del provvedimento emanato dall'AGCM, che si sostanzia nel compito di controllare se la scelta delle regole tecniche da applicare al caso concreto sia avvenuta secondo «*ragionevolezza*» e «*proporzionalità*»<sup>106</sup> e se dall'applicazione delle stesse si sia ricavato un risultato logico e plausibile.

Verificata la verità dei fatti, la correttezza, la logicità e l'attendibilità del risultato ottenuto attraverso il giudizio tecnico-valutativo, il giudice amministrativo deve prendere atto della legittimità della valutazione effettuata dall'autorità senza potervi sovrapporre una propria.

#### **4. LA COGNIZIONE PIENA SUI FATTI E SUI PROFILI TECNICI COME ELEMENTO ESSENZIALE DELLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO.**

##### **4.1. L'estensione del problema sui limiti della giurisdizione alla persona.**

Nelle pagine precedenti, tramite la ricognizione delle principali tesi sull'argomento, si è visto per sommi capi come gran parte della giurisprudenza ed alcune autorevoli voci della dottrina amministrativistica italiana abbiano non poco significativamente argomentato in ordine al limitato sindacato che il giudice amministrativo può compiere, nell'esercizio della sua giurisdizione, sulle decisioni dell'AGCM. Più esattamente, la prevalente giurisprudenza e parte non marginale della dottrina, sostengono in vario modo come il giudice amministrativo, allorché sia chiamato a verificare la ricostruzione

---

*corretto quel che l'Autorità ha fatto, allora anche la tecnica (pur così preziosa) di sindacato che mira a svelare difetti di istruttoria, lacune, incoerenze logiche, disarmonie probatorie, non potrebbe più dar luogo ad annullamento del provvedimento [...], bensì ad una necessitata rielaborazione giudiziale della fattispecie, per stabilire se l'illecito vi è o non vi è».* Sicché, «*il giudice non potrebbe fermarsi ad apprezzare tali lacune od incongruenze istruttorie per farne derivare l'annullamento del provvedimento impugnato, ma sarebbe tenuto a sostituire la sua decisione, ponendosi quale giudice del rapporto "di diritto privato"*». Tuttavia, la prospettiva che impone di preferire al sindacato sul potere un giudizio sul rapporto di diritto privato, rischierebbe «*persino di ridurre le garanzie difensive delle parti*». In sostanza, «*il rischio è che il miraggio della completa sostituzione, alla quale per atteggiamento culturale e naturale propensione del giudice [...] sarebbe in ogni caso difficile pervenire, depotenzi l'effettività di una parte della tutela demolitoria tipica del processo di impugnazione*».

105. F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, cit., p. 537, secondo il quale il sindacato del giudice amministrativo è di tipo «*non sostitutivo, perché esiste pur sempre una riserva di amministrazione legata ad una sfera di merito*» e che «*si sviluppa perciò lungo le linee di un controllo di ragionevolezza e proporzionalità della decisione amministrativa*».

106. F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*, dove è detto che, in disparte per «*i vizi di violazione di legge e di incompetenza relativa, il cuore del sindacato si sviluppa perciò lungo le linee di un controllo di ragionevolezza e proporzionalità della decisione amministrativa*». Sicché il «*giudizio resta così impugnatorio e basato sull'attacco alla decisione amministrativa sulla scorta di alcuni vizi-motivi*».

dei fatti e dei profili tecnici compiuta dall'autorità antitrust, debba operare un sindacato di tipo esterno ovvero sia, quand'anche interno, di tipo debole e non sostitutivo, limitato in quanto tale alla verifica della ragionevolezza e della proporzionalità della decisione adottata da quell'autorità.

Nelle pagine che seguono, attraverso l'elaborazione dei concetti di processo e di sindacato a partire dall'esame del dato positivo europeo e italiano (cfr. *sub par. 4.2.*) e della giurisprudenza di un'autorevole corrente della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Corte EDU) sulla disciplina della *full jurisdiction* (cfr. *sub par. 4.3.*), scopo della ricerca è anzitutto quello di dimostrare come la cognizione autonoma dei fatti e dei profili tecnici costituisca tratto essenziale dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Non pare superfluo, d'altra parte, anticipare come dalla corretta ricostruzione dei concetti di processo e di sindacato dipendano in misura rilevante le possibilità di tutela che i soggetti giuridici (persone e imprese) hanno in relazione all'esercizio dei pubblici poteri, anche, ai nostri fini, di quelli propri dell'AGCM.

Per far ciò è il momento di guardare a tale questione da un punto di vista teorico. Non è escluso in effetti che il problema della pienezza della giurisdizione amministrativa, per come consegnata dal dato giurisprudenziale e dottrinale, sia principalmente un problema di ordine teorico e culturale, vale a dire di definizione del contenuto degli elementi di analisi e delle prospettive interpretative dalle quali si muove.

Nell'intento di offrire una soluzione speculativa adeguata alla questione, compito del giurista positivo è senz'altro quello di muovere l'indagine dalle norme di diritto rilevanti. E ciò in vista di confutare, attraverso l'interpretazione del dato positivo, quelle tesi – soprattutto di matrice giurisprudenziale – che, nell'ambito delle vicende oggetto delle statuizioni dell'AGCM, restringono il sindacato del giudice amministrativo, limitando non marginalmente la protezione dei diritti della persona in relazione all'esercizio del potere di quella autorità.

In relazione a quest'ultima conseguenza, vale a dire alla limitazione della protezione dei diritti per la persona, appare chiaro, come più volte visto dall'analisi del dato giurisprudenziale, che ad essere direttamente interessate dalle decisioni con cui l'AGCM accerta un illecito antitrust, come l'abuso di posizione dominante o l'intesa restrittiva della concorrenza, siano essenzialmente le imprese. Ora, è evidente che la giurisdizione piena del giudice amministrativo sia pensata per la protezione dei diritti di tutti i soggetti giuridici e, quindi, tanto per la tutela delle imprese quanto per la tutela delle persone. Dal momento che il tema oggetto di analisi riguarda la protezione dei diritti fondamentali della persona (del soggetto) in un caso in cui il soggetto è l'impresa, è importante anticipare – giacché non è indifferente per la tesi che si sostiene e su cui ci si intratterà specialmente nella parte conclusiva del lavoro (cfr. *sub par. 6.*) – come l'attenuazione della protezione in quel caso non è senza effetti rispetto ad un indebolimento anche per la persona, dal momento che la diminuzione delle garanzie dei diritti avviene attraverso categorie generali, vale a dire mediante i limiti della giurisdizione del giudice amministrativo.



## 4.2. L'elaborazione dei concetti di processo e di sindacato nel diritto positivo europeo e italiano.

Appare utile, in ragione del risultato da raggiungere, mettere subito sul tavolo i dati normativi a disposizione per poi, in un secondo momento, analizzarli nella sede dello scritto più appropriata. Un criterio di ordine sistematico suggerisce di cominciare dai dati positivi offerti dal diritto comunitario vigente. Nel panorama europeo le principali norme che disciplinano l'istituto del processo e del sindacato giurisdizionale, e che maggiormente rilevano ai fini dell'indagine, si ritrovano nelle disposizioni di cui agli art. 6, par. 1, e 13 della CEDU<sup>107</sup> ed in quelle di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in seguito CDFUE).

Partendo dall'esame di quest'ultima norma può notarsi come essa stabilisca, in modo inequivoco, il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo ed a un giudice imparziale. In dettaglio, l'art. 47 CDFUE prevede che ogni soggetto «i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati» debba avere accesso «a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice». La norma, a tal fine, dispone che la causa sia «esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole» e si svolga dinnanzi ad un «giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge» e che, in vista di ciò, ogni soggetto possa «farsi consigliare, difendere e rappresentare».

In questi termini, per quanto concerne le disposizioni della CEDU, si pone anche l'art. 13, il quale è significativamente rubricato «diritto ad un ricorso effettivo». Tale norma, in particolare, dispone che il soggetto i cui diritti e le cui libertà siano stati violati abbia «diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale» e ciò – sottolinea la disposizione – «anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Significativa è poi la disposizione di cui all'art. 6, par. 1, della CEDU sul «diritto a un equo processo», che, sulla stessa lunghezza d'onda delle due precedenti norme, stabilisce il diritto «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole». Esame della causa, sottolinea la norma, che deve essere sottoposto necessariamente ad «un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge» che «sia chiamato

107. Sulla rilevanza della CEDU per il diritto amministrativo e processuale amministrativo italiano, si v., almeno, C.E. GALLO, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 499 ss.; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 25 ss.; A. TRAVI, *L'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sull'evoluzione del controllo giurisdizionale*, in *AIPDA, Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Annuario 2007, Napoli, 2008, p. 291 ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007;

F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 428 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 267 ss.



*a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».*

Nell'ordinamento italiano, in disparte le norme ordinarie, i dati di diritto positivo inerenti al concetto di processo e di sindacato sono agevolmente ricavabili dalla lettura coordinata delle disposizioni di matrice costituzionale di cui agli artt. 24, 111 e 113. In particolare, la fondamentale norma di cui all'art. 24 Cost. stabilisce la regola di diritto secondo cui *«tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»*. L'art. 111 Cost., per parte sua, sancisce il canone del *«giusto processo regolato dalla legge»* e fissa il precetto in base al quale *«ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale»*<sup>108</sup>. Infine, la disposizione di cui all'art. 113 statuisce la regola in virtù della quale *«è sempre ammessa la tutela dei diritti e degli interessi legittimi»* avverso *«gli atti della pubblica amministrazione»*.

Si può osservare come dall'esame delle disposizioni comunitarie e italiane rammentate siano agevolmente individuabili alcune coordinate normative di sistema utili per la ricostruzione dei concetti di processo e di sindacato propri della giurisdizione del giudice amministrativo. Nell'ambito delle disposizioni del diritto europeo ciò avviene particolarmente per l'argomento del giudizio effettivo come si evince dall'art. 6, par. 1, CEDU, dove è detto che la *«causa»* deve essere esaminata *«equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole»*; dall'art. 13 CEDU, dove è prescritto il *«diritto a un ricorso effettivo»*; dall'art. 47 CDFUE, dove è rimarcato che tutti hanno *«diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice [...] indipendente e imparziale, precostituito per legge»*.

Allo stesso modo ciò avviene nell'ambito delle disposizioni del diritto italiano, dove il giudizio effettivo è contemplato, rispettivamente, all'art. 24 Cost (*«tutti possono agire in giudizio»*), all'art. 111 Cost., (*«la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»*) e all'art. 113 (*«contro gli atti della pubblica amministrazione*

108. Sul principio del giusto processo, tra molti, si v. V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 42 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 1 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; ID., voce *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, p. 377 ss.; P. FERRUA, *Il giusto processo*, II ed., Bologna, 2007, p. 91 ss.; M. MENGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009; F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011, p. 2 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 101 ss. Sulle relazioni fra l'art. 111 Cost. e l'art. 6, paragrafo 1 CEDU, si v. G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 369 ss.; V. DOMINICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 859; L.P. COMOGLIO, *Il «giusto processo» civile nella dimensione comparatistica*, in *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, p. 225 ss.; S. CASSESE, *A Global Due Process of Law?*, in G. ANTHONY et AL. (eds.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, 2011, p. 17 ss.

è sempre ammessa la tutela giurisdizionale»). Basterebbe il riferimento all'art. 24 Cost.<sup>109</sup> per dire che l'effettività della tutela – da intendere come capacità del processo di assicurare l'accesso al bene della vita per come protetto dal diritto sostanziale – sia già contenuto nel diritto fondamentale di agire in giudizio «per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

Come si può evincere tali coordinate normative conferiscono una certa fisionomia ai concetti di processo e di sindacato. Fisionomia che, come si può intuire, si pone non poco in controtendenza rispetto all'affermarsi odierno di letture notevolmente limitative dei poteri giurisdizionali del giudice amministrativo dinnanzi agli atti delle autorità indipendenti. Ciò vale a maggior ragione per quei poteri che consentono al giudice di accedere pienamente ai fatti della causa e di sindacarne nel merito la ricostruzione, anche dal punto di vista della valutazione tecnico-scientifica<sup>110</sup>, offerta dall'AGCM.

È vero invece che la fisionomia dei concetti di processo e di sindacato, emergente dalle coordinate normative poste, fa cogliere come la cognizione piena dei fatti e dei profili tecnici costituisca tratto essenziale dell'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo. Che le cose stiano in questo modo è confermato non solo dal dato positivo, ma anche da una parte significativa della giurisprudenza della Corte EDU.

### 4.3. La giurisprudenza della Corte EDU sulla disciplina della full jurisdiction.

Un autorevole indirizzo della Corte EDU ha affermato in più occasioni che, nella prospettiva della *full jurisdiction*, il giudice debba conoscere e sindacare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la soluzione della causa<sup>111</sup>. In tal senso, secondo quest'indirizzo della Corte di Strasburgo, non si può parlare di pienezza della giurisdizione a fronte di un giudice che ritiene di non avere il potere di verificare la decisione dell'amministrazione in relazione alle circostanze fattuali ed ai profili tecnici

109. Su cui cfr. L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

110. Già in passato si v. la fondamentale opera di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.

111. In tal senso già in passato cfr. Corte EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, 28 gennaio 1983, casi n. 7299/75 e n. 7496/76, § 29; Corte EDU, *Terra Woningen B.V. v. the Netherlands*, 17 dicembre 1996, caso n. 1996-VI, § 52; Corte EDU, *Tinnelly and Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom*, 10 luglio 1998, casi n. 20390/92 e n. 21322/92, § 48. Recentemente cfr. Corte EDU, *Haralambi Borisov ANCHEV v. Bulgaria*, casi n. 38334/08 e n. 68242/16, 11 gennaio 2018, dove è detto come «one of the requirements flowing from Article 6 § 1 of the Convention is that a “tribunal” which determines “civil rights and obligations” must be able to examine all questions of fact and law which are relevant to the case». Nello stesso senso si v. Corte EDU, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, 24 novembre 2005, caso n. 49429/99, § 98; Corte EDU, *I.D. v. Bulgaria*, 28 aprile 2005, caso n. 43578/98, § 45; Corte EDU, *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, 31 luglio 2008, caso n. 72034/01, § 107; Corte EDU, *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, 31 luglio 2008, caso n. 72034/01, § 111; Corte EDU, *Putter v. Bulgaria*, 2 dicembre 2010, caso n. 38780/02, § 47; Corte EDU, *Fazliyski v. Bulgaria*, 16 luglio 2013, caso n. 40908/05.

della vicenda posta alla sua cognizione<sup>112</sup>. Si tratta, a dire della stessa Corte, di un giudice cui mancherebbe la fondamentale garanzia dell'indipendenza come invece richiesto dal diritto convenzionale europeo e che, in quanto tale, sarebbe sprovvisto del potere di verificare la decisione dell'amministrazione in ordine agli aspetti fattuali e tecnici della causa.

In quest'ottica, si è affermato in modo reciso «*that only an institution that has full jurisdiction and satisfies a number of requirements, such as independence of the executive and also of the parties, merits the designation “tribunal” within the meaning of Article 6 § 1*»<sup>113</sup>. Si è osservato pure come la giurisdizione del giudice amministrativo possa definirsi in linea con il dettato dell'art. 6, par. 1, CEDU solo «*if the proceedings before that body are subject to subsequent control by a judicial body that has “full” jurisdiction*»<sup>114</sup>. È anche quest'ultimo aspetto – il controllo “pieno” di fatti e profili tecnici – che, sempre secondo la Corte EDU<sup>115</sup>, caratterizza il concetto di *full jurisdiction*.

Sul tema l'analisi di una significativa parte della giurisprudenza dalla Corte EDU rivela inoltre come il tribunale amministrativo, per considerarsi organo di giurisdizione piena, deve sempre poter sindacare la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuta dall'autorità. È utile, in tal senso, osservare che «*for the determination of civil rights and obligations by a “tribunal” to satisfy Article 6 § 1, the “tribunal” in question must have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute*»<sup>116</sup>.

L'indirizzo della Corte EDU sull'argomento dell'intensità del sindacato è significativo e dimostra come non vi debbano essere ostacoli di sorta che impediscano la piena giurisdizione del giudice su tutti i punti, di fatto e di diritto, riguardanti la controversia posta alla sua cognizione. In quest'ordine di idee si inseriscono quelle pronunce in materia di valutazioni tecniche complesse dove si è affermato che il provvedimento amministrativo, sebbene si basi su di un concetto indeterminato, ciò non esime il giudice amministrativo di sindacare tale valutazione al fine di offrire una diversa interpretazione dei fatti e dei profili tecnici posti alla base della decisione amministrativa

112. Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, 14 novembre 2006, caso n. 60860/00, §§ 40 ss.

113. Corte EDU, *Chevrol v. France*, 13 febbraio 2003, caso n. 49636/99, § 76; Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, cit., § 40; Corte EDU, *Ringeisen v. Austria*, 16 luglio 1971, caso n. 13, § 95; Corte EDU, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 giugno 1981, caso n. 6878/75 e n. 7238/75, § 55; Corte EDU, *Belilos v. Switzerland*, 29 aprile 1988, caso n. 132, § 64; Corte EDU, *Beaumontin v. France*, 24 novembre 1994, caso n. 296-B, §§ 38-39.

114. Corte EDU, *Steininger v. Austria*, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, § 49 dove è aggiunto che il requisito della *full jurisdiction* «*will be satisfied where it is found that the judicial body in question has exercised “sufficient jurisdiction” or provided “sufficient review” in the proceedings before it*». In senso analogo cfr. Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, 21 luglio 2011, casi n. 32181/04 e n. 35122/05, §§ 151-152.

115. Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, cit., § 157.

116. Corte EDU, *Chevrol v. France*, cit., § 77; In senso analogo, *mutatis mutandis*, cfr. Corte EDU, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, cit., § 51 (b); Corte EDU *Fischer v. Austria*, 26 aprile 1995, caso n. 312, § 29; Corte EDU *Terra Woningen B.V. v. the Netherlands*, caso 17 dicembre 1996, § 52.

assunta dall'autorità<sup>117</sup>. Proprio in relazione alla sindacabilità delle valutazioni tecniche di natura complessa, i giudici di Strasburgo hanno stabilito che nei casi dove «*the full jurisdiction is contested proceedings might still satisfy requirements of Article 6 § 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts*»<sup>118</sup>.

Si tratta, dunque, di uno scrutinio particolarmente intenso che si estende alla verifica delle valutazioni tecniche compiute dall'autorità nella sua decisione, la quale deve essere quindi sindacata *point by point* dal giudice amministrativo. Pena un evidente diniego di giustizia che si concreta, sempre secondo la Corte EDU, in una «*violation of the right to access to a court*» laddove un soggetto «*could not challenge before a court an assessment of facts in a decision adopted by an administrative authority*», e ciò quand'anche tale autorità agisca «*within its discretionary power*»<sup>119</sup>.

Più ancora assai nella prospettiva della *full jurisdiction*, parte significativa della giurisprudenza della Corte EDU ha ravvisato che non si potrà parlare di giurisdizione "piena" laddove il giudice non possa sindacare «*the merits of the case*» o non possa compiere «*review of the facts*»<sup>120</sup>, mediante un sindacato di tipo sostitutivo.

A tale scopo, si è precisato che non basta determinare se il potere discrezionale di cui godono le autorità amministrative<sup>121</sup> «*has been used in a manner compatible with the*

117. In tal senso cfr. Corte EDU, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, 24 novembre 2005, caso n. 49429/99, § 113 dove è detto che «*the difficulties encountered in this respect could also be overcome through the provision of a right of appeal against the BNB's decision to an adjudicatory body other than a traditional court integrated within the standard judicial machinery of the country, but which otherwise fully complies with all the requirements of Article 6 § 1, or whose decision is subject to review by a judicial body with full jurisdiction which itself provides the safeguards required by that provision*». Nello stesso senso cfr. Corte EDU, *Langborger v. Sweden*, 22 giugno 1989, caso n. 155; Corte EDU, *McMichael v. the United Kingdom*, 24 febbraio 1995, caso n. 307-B; Corte EDU, *Bryan v. the United Kingdom*, 22 novembre 1995, caso n. 335-A; Corte EDU, *AB Kurt Kellermann v. Sweden*, n. 41579/98, 26 ottobre 2004.

118. Corte EDU, *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, 31 luglio 2008, caso n. 72034/01, § 111. Negli stessi termini cfr. Corte EDU, *Zumtobel v. Austria*, 21 settembre 1993, caso n. 268-A, § 31-32; Corte EDU *Fischer v. Austria*, cit., § 34

119. Corte EDU, *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, cit., § 111. Sul punto si v. anche Corte EDU, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, 10 luglio 1998, caso n. 1998-IV, § 74.

120. Corte EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, cit., § 36, dove i giudici di Strasburgo si sono espressi sui limiti del giudizio di cassazione, rilevando appunto come «*the public character of the cassation proceedings does not suffice to remedy the defect found to exist at the stage of the disciplinary proceedings*». In senso analogo cfr. Corte EDU, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, cit., § 60, dove è ribadito come «*the public character of the proceedings before the Belgian Court of Cassation cannot suffice to remedy this defect. In fact, the Court of Cassation "shall not take cognisance of the merits of cases" (Article 95 of the Constitution and Article 23 of Royal Decree no. 79)*».

121. Corte EDU, *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, cit., § 111, secondo la quale la *full jurisdiction* non può dirsi realizzata quando il giudice amministrativo si sia limitato a verificare se l'amministrazione non abbia agito oltre il suo potere discrezionale.

*object and purpose of the law*»<sup>122</sup>, ma occorre che il sindacato del giudice amministrativo si spinga «*in order to verify whether grounds in fact existed*»<sup>123</sup> di modo che questi «*should have full jurisdiction to review the facts*»<sup>124</sup>. Sicché ove il giudice «*did not have jurisdiction to rehear the evidence or substitute its own views*»<sup>125</sup> in relazione alle valutazioni tecniche ed ai fatti della causa, la *full jurisdiction* non può dirsi realizzata, giacché a mancare in uno stato di diritto sarà una giurisdizione amministrativa realmente efficace ed effettiva.

Sulla disciplina della *full jurisdiction* particolarmente rilevante è la nota sentenza resa dalla Corte di Strasburgo sul caso *Menarini*<sup>126</sup>. Sulla vicenda, riguardante l'accertamento da parte dell'AGCM di pratiche anticoncorrenziali nel mercato dei test per la diagnosi del diabete da parte della nota società farmaceutica italiana, la Corte EDU ha stabilito alcuni punti fermi in materia di giurisdizione piena del giudice amministrativo. In primo luogo, si è ribadito che solo ad «*un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause*» spetti «*l'appellation de "tribunal" au sens de l'article 6 § 1*»<sup>127</sup>. In secondo luogo, si è affermato che per essere effettivamente organo «*de la plénitude de juridiction*» il giudice amministrativo deve esercitare il potere sindacatorio «*sur les différentes allégations de fait et de droit*»<sup>128</sup> sottoposte alla sua cognizione, non potendosi altresì limitare «*à un simple contrôle de légalité*»<sup>129</sup>.

Più in dettaglio, secondo la Corte, il giudice amministrativo deve: i) «*vérifier si, par rapport aux circonstances particulières de l'affaire l'AGCM avait fait un usage approprié de ses pouvoirs*»; ii) «*examiner le bien-fondé [il merito] et la proportionnalité des choix de l'AGCM*»; iii) «*vérifier ses évaluations d'ordre technique*»<sup>130</sup>. In ragione di siffatti poteri, così come configurati nel caso *Menarini*, la Corte EDU ha affermato che il sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'autorità antitrust «*en allant au delà d'un contrôle "externe" sur la cohérence logique de la motivation de l'AGCM*»<sup>131</sup>, precisando che «*parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points en fait comme en droit, la décision entreprise*»<sup>132</sup>.

122. Corte EDU, *Obermeier v. Austria*, 28 giugno 1990, caso n. 11761/85, § 70.

123. Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, cit., § 47.

124. Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, cit., § 31.

125. Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, cit., § 47.

126. Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011, caso n. 43509/2008.

127. Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., § 61. In modo non dissimile si v. soprattutto Corte EDU, *Beaumartin c. France*, 24 novembre 1994, caso n. 15287/89, §§ 38-39; ma anche cfr. Corte EDU, *Ringeisen c. Autriche*, 16 luglio 1971, caso n. 2614/65, § 95; Corte EDU, *Bellios c. Suisse*, 29 aprile 1988, caso n. 10328/83, § 64.

128. Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., § 63.

129. Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., § 64.

130. Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., § 64.

131. Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., § 66.

132. Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., § 59, dove è aggiunto che «*la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle*

In quest'ordine di idee non appare difficile ribadire che il recente indirizzo assunto dalle corti amministrative italiane e da una parte significativa della dottrina con riguardo ai limiti che il giudice incontrerebbe nel sindacare pienamente fatti e valutazioni tecniche rese dall'AGCM nelle sue decisioni si ponga in contrasto con una parte autorevole della giurisprudenza della Corte EDU in materia di *full jurisdiction*.

Vero è che simile indirizzo della Corte EDU, unitamente al dato positivo del diritto europeo e di quello italiano, fanno cogliere come il sindacato pieno su fatti e profili tecnici sia invece elemento basilare della giurisdizione amministrativa. Se ciò è esatto, e quindi il controllo sulla discrezionalità tecnica costituisce tratto essenziale dell'esercizio della funzione giurisdizionale, lo è nella misura in cui si può effettivamente affermare la necessità di un sindacato pieno da parte del giudice amministrativo, nel senso di prevedere la possibilità che il potere giudiziale si spinga sino a sostituire la decisione del giudice con quella dell'amministrazione.

A questo scopo nelle pagine che seguono (cfr. *sub* par. 5), una volta riannodate le fila del discorso e ripreso per sommi capi il fulcro del problema, si soffermerà l'attenzione sull'art. 24 della Costituzione italiana e sull'art. 6, par. 1, della CEDU, in base all'ipotesi che da una corretta interpretazione della disciplina di tali norme possa derivare una sindacabilità piena delle decisioni dell'AGCM, anche in ordine alla ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici, da parte del giudice amministrativo.

Nella parte conclusiva (cfr. *sub* par. 6), nella prospettiva della *full jurisdiction* si avvanzerà la tesi del sindacato sostitutivo del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM a partire da una diversa concezione della natura e della funzione del potere pubblico come potere che, in virtù della spettanza della sovranità al popolo (art. 1), è funzionalizzato al godimento pieno ed uguale (art. 3 Cost.) e alla tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.).

## **5. PIENEZZA DEL SINDACATO E GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA SULLE DECISIONI DELL'AGCM NEL DIRITTO POSITIVO ITALIANO ED EUROPEO.**

### **5.1. La limitazione della giurisdizione sugli atti dell'AGCM e la violazione del diritto di difesa convenzionalmente e costituzionalmente sancito nell'ordinamento europeo e italiano.**

In apertura della trattazione si è visto come il recente recepimento della normativa europea in materia di *private antitrust enforcement* (dir. 2014/104/UE) da parte del legislatore italiano (d.lgs. n. 3/2017) abbia posto un grave problema per ciò che riguarda la pienezza della giurisdizione sulle decisioni dell'AGCM e, di conseguenza, un vero e proprio *vulnus* per la tutela dei soggetti giuridici allorché alcun giudice – ordinario

---

*ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction*». In senso analogo si v. Corte EDU, *Schmutzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro et Pfarrmeier c. Autriche*, 23 ottobre 1995, caso n. 15523/89, n. 15527/89, n. 15963/90, n. 16718/90, rispettivamente §§ 34, 37, 42 e 39, 41 e 38.



o amministrativo – possa essere chiamato a sindacare l'accertamento dei fatti e dei profili tecnici compiuto da quell'autorità.

In questa prospettiva si è infatti spiegato come, da un lato, (I) il sindacato del giudice ordinario su fatti e valutazioni tecniche oggetto della constatazione dell'AGCM sia vietato dalla recente normativa (cfr. *sub* parr. 1.1 e ss.)<sup>133</sup>, mentre, dall'altro, (II) tale sindacato – nel silenzio della legge – non sia ammesso dall'orientamento assunto dalla prevalente giurisprudenza (cfr. *sub* parr. 2.1 ss.) e da parte significativa della dottrina (cfr. *sub* parr. 3.1 ss.), le quali propendono per un sindacato esterno o comunque di tipo debole<sup>134</sup>.

Allo stato attuale delle cose si prospetta, dunque, un paradosso. Se la piena cognizione dei fatti e dei profili tecnici della decisione dell'autorità antitrust per il giudice ordinario è impedita dalla legge, mentre per il giudice amministrativo, nel silenzio di quest'ultima, è esclusa dalla prevalente giurisprudenza e, in parte, dalla dottrina, si avrà che alcun giudice, nel rispettivo giudizio, sindacherà la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici resa dall'AGCM. In questo scenario appare chiaro che spetti al giudice amministrativo il sindacato di merito sulle decisioni dell'autorità antitrust, perché, in caso contrario, la conseguenza estrema sarà quella di ritenere che non vi sia alcun giudice in grado di esercitare simile sindacato.

Sta qui un punto decisivo del problema.

Se alcun giudice può essere invocato per chiedere che siano sindacati l'accertamento dei fatti e la ricostruzione dei profili tecnici svolti dall'autorità antitrust, ad esser violato sarà il diritto di difesa costituzionalmente e convenzionalmente sancito dall'ordinamento italiano ed europeo.

Tale diritto è garantito sia dall'art. 24 della Costituzione per ciò che riguarda l'ordinamento italiano, sia dall'art. 6, par. 1, della CEDU per ciò che riguarda l'ordinamento europeo. È a queste due norme ed alla loro disciplina che, in definitiva, si potrà fare riferimento per offrire una soluzione adeguata al problema della insindacabilità nel merito delle decisioni dell'AGCM da parte del giudice amministrativo.

133. Come si ricorderà il d.lgs. n. 3/2017, frutto in parte del recepimento della dir. 2014/104/UE, in vista di garantire l'efficienza e l'efficacia del sistema del risarcimento per i soggetti che hanno subito un danno dalla violazione della disciplina antitrust ha stabilito che negli atti dell'AGCM non impugnati dal giudice amministrativo o che, seppur impugnati, non annullati l'accertamento dei fatti e dei profili tecnici ivi contenuto non è più sindacabile dal giudice ordinario in sede di *private enforcement*. Si pensi, per esemplificare, al caso in cui l'AGCM dichiara che vi sia stato un abuso di posizione dominante o un'intesa anticoncorrenziale. Se l'impresa, cui è stata comminata la sanzione, adisce il giudice amministrativo per chiedere l'annullamento del provvedimento dell'autorità antitrust e questi non lo annulla, allora l'accertamento compiuto dall'AGCM non è più contestabile dal giudice ordinario quando – poniamo il caso – dei privati agiscono per ottenere il risarcimento del danno nei confronti dell'impresa che ha abusato della posizione dominante o delle imprese che hanno concluso l'intesa illecita.

134. Quest'ultime, in estrema sintesi, sostengono che in relazione all'accertamento e alla qualificazione di fatti e profili tecnici compiuti dall'AGCM il giudice amministrativo possa esercitare soltanto A) un sindacato di tipo esterno, vale a dire non pienamente esteso al merito della causa ovvero, quand'anche interno, comunque B) un sindacato di tipo debole non sostitutivo della decisione adottata dall'autorità.



## 5.2. L'art. 24 Cost. sul diritto di agire in giudizio come norma che esige il sindacato pieno del giudice amministrativo sul merito degli atti dell'AGCM per la tutela effettiva della persona.

In relazione all'art. 24 Cost., come è ben noto, tra i diritti fondamentali che la Costituzione italiana prevede vi è quello di agire in giudizio per la tutela delle proprie posizioni soggettive<sup>135</sup>. In questo senso tale norma stabilisce che «*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*»<sup>136</sup>. In altri termini, con l'art. 24 della Costituzione può dirsi stabilito nell'ordinamento italiano il diritto ad ottenere tutela piena ed effettiva dei propri diritti ed interessi attraverso l'esercizio dell'azione (e della funzione) giurisdizionale. In tal senso, può pure dirsi che l'art. 24 Cost. fissi un autonomo concetto costituzionale di azione e che esso sia un diritto fondamentale inviolabile, come tale ricompreso nel novero di quei diritti previsti dall'art. 2 Cost.<sup>137</sup>.

135. Sulla natura del diritto di agire in giudizio di cui all'art. 24 Cost. quale diritto pubblico di prestazione si v. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 197; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1937, p. 5, S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1906. Più in generale esso è stato ricondotto al novero dei diritti pubblici subiettivi anche dalla dottrina processual-civilistica, in considerazione delle impostazioni pubblicistiche del processo, in tal senso cfr. N. TROKER, *Processo civile e Costituzione. Profili di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, p. 34 e L.P. COMOGLIO, *Garanzia costituzionale del diritto di azione e il processo civile*, Padova, 1970, p. 47. Vi è anche chi lo ha ricondotto ai diritti civili, ed in tal senso, tra molti, cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale*, I, Padova, 1936, p. 890, ma anche ID., *Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, p. 289.

136. Nella dottrina classica si v. E. BETTI, *Diritto processuale civile*, II ed., Roma, 1936; ID., *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, p. 765 ss.; D. BARBERO, *Diritto soggettivo*, IV, Firenze, 1939, p. 42 ss.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 1 ss., poi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. I, p. 9 ss.; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio*, in *Foro amm.*, 1980, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963; P. COMOGLIO, *Garanzia costituzionale del diritto di azione e il processo civile*, Padova, 1970; ID., *Sub art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 1981; ID., *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 633 ss.; V. DENTI, *Il diritto di azione e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 116 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Il diritto di difesa come principio fondamentale della partecipazione al processo*, in *Dir. soc.*, 1986, p. 97 ss.; E. FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 402.

137. L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 253, dove è aggiunto che «è solo l'inserimento del diritto di ottenere tutela attraverso l'esercizio dell'azione nel catalogo dei diritti inviolabili previsti dalla Costituzione che modifica, dal punto di vista strutturale, la relazione tra libertà ed autorità». Secondo l'A., in particolare, in base all'art. 2 Cost., ed al suo collegamento con l'art. 1 Cost., la giurisdizione – che viene esercitata nel nome del popolo secondo l'art. 101 Cost. – si inserisce nella dinamica della sovranità. Anzi – aggiunge in modo più netto l'A. – la giurisdizione è una «*delle forme del suo esercizio (art. 1 Cost.) da parte del popolo*». Sicché non si tratta tanto di esercitare una potestà o pretesa che deriva da uno status, quanto di «*godere di un diritto inviolabile che discende dalla sovranità*». In tal senso, infine, l'A. ricorda come il «*diritto inviolabile, diversamente dalle posizioni soggettive dello statalismo autoritario, non si esercita nei confronti dello Stato, ma attraverso il potere giurisdizionale statale in quanto forma dell'esercizio della sovranità*» (p. 261).

Stante questa definizione dell'art. 24 Cost., già a prima vista si intuisce come tale disposizione abbia il pregio di conferire una certa fisionomia al processo, anche a quello amministrativo, nel momento in cui richiede che il giudizio di legittimità sia configurato per la tutela effettiva della posizione sostanziale compressa dall'esercizio del potere pubblico. E ciò perché l'effettività della tutela – intesa quale capacità del processo di garantire l'accesso al bene della vita per come protetto dal diritto sostanziale in via diretta o indiretta – è già contenuta nel diritto fondamentale di agire in giudizio «*per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*»<sup>138</sup>.

L'interpretazione della disposizione costituzionale suggerisce, in sostanza, che al ricorrere di una posizione sostanziale lesa, resa incerta o sofferente, vi sarà sempre un'azione giurisdizionale (una garanzia secondaria) ad assisterla. In questi termini l'art. 24 Cost. fornirebbe una *actio utilis* al soggetto per la tutela della propria sfera giuridica. D'altra parte, se si indaga la giurisprudenza italiana degli ultimi decenni, non si fatterà a scorgere che il giudice talora utilizzi questo schema, leggendo le norme relative alla singola azione processuale alla luce dell'art. 24 Cost. e del principio europeo di pienezza della tutela, per costruire un'azione effettivamente utile in quel caso. Senonché, appare del tutto evidente in tale prospettiva, che la disposizione costituzionale di cui all'art. 24 debba ritenersi violata ogni qual volta il giudice non abbia pieno accesso al merito della causa, attraverso un sindacato interno e sostitutivo.

Non è sufficiente, infatti, che si celebri un 'giusto' processo fra parti che agiscono nel proprio interesse e in posizione di 'parità' con il 'pieno' dispiegarsi del principio dispositivo, perché vi possa essere tutela effettiva della posizione sostanziale dedotta in giudizio. Nel caso di specie, occorre che la parte possa chiedere al giudice di riesaminare i fatti ed i profili tecnici oggetto delle ricostruzioni compiute dall'autorità pubblica e, ove possibile, ottenerne una diversa interpretazione. D'altra parte, non potrà dirsi 'giusto' il processo che si celebra senza la possibilità di contestare i fatti e le valutazioni tecniche per come resi nella decisione dell'autorità. Né potrà dirsi che vi sia stata 'parità', laddove una delle parti non abbia potuto far conoscere al giudice una diversa realtà fenomenica od una diversa spiegazione tecnica di un elemento rilevante del fatto materiale consegnatogli dalle statuizioni dell'autorità. Né, infine, potrà definirsi 'pieno' il diritto di fornire tutte le prove in giudizio, allorché alcun elemento in ordine alle valutazioni tecniche ed ai fatti compiuti dall'autorità siano disponibili per la parte che vuole dimostrare una diversa ricostruzione materiale della vicenda.

Il giudice non può dunque limitarsi ad un sindacato debole o addirittura esterno sui fatti ed i profili tecnici della causa, perché in tal caso verrebbe meno all'esercizio della funzione giurisdizionale per come disegnata dalla norma costituzionale dell'art. 24, in una materia, peraltro, specificamente assegnata al giudice amministrativo

---

138. Sul punto cfr. L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 235 ss., e in part. p. 243 dove secondo l'A. «*dal testo dell'art. 24 emerge con chiarezza come lo stesso diritto d'azione sia riconosciuto "per" la tutela della posizione sostanziale*».

dall'art. 133 CPA («sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti [...] adottati [...] dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato»).

La sottrazione delle constatazioni fattuali e delle valutazioni di carattere tecnico compiute dall'AGCM nelle proprie decisioni si tradurrebbe, invero, in una negazione del controllo giurisdizionale sull'accertamento di elementi basilari per l'emanazione del provvedimento amministrativo di quell'autorità. Il che implica, senza ombra di dubbio, il sacrificio del diritto di difesa in giudizio della persona, costituzionalmente garantito proprio dall'art. 24.

Il sindacato di merito da parte del giudice amministrativo, specialmente su elementi basilari del provvedimento come i fatti ed i profili tecnici della causa, assume, dunque, un particolare rilievo in ordine al concreto dispiegarsi del diritto di difesa della persona nell'ordinamento costituzionale. Il che pone, evidentemente, la disciplina dell'art. 24 Cost. a sostegno della tesi della pienezza del sindacato amministrativo sulle decisioni dell'AGCM.

### **5.3. L'art. 6, par. 1, CEDU e il principio della full jurisdiction sul merito degli atti dell'AGCM per la tutela effettiva della persona.**

La pienezza del sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'autorità antitrust è confermata, nell'ambito dell'ordinamento europeo e particolarmente di quello convenzionale, dall'art. 6, par. 1, CEDU<sup>139</sup> e dalla sua applicabilità all'ordinamento italiano<sup>140</sup>.

139. Nella dottrina italiana si v. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., *passim*; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e modi irrisolti*, cit., p. 546 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 685 ss.; B. GILBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi*, cit., p. 1057 ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 110; *Id.*, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 456 ss.

Nella dottrina europea, P. CRAIG, *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Publ. L.*, 2003, p. 753 ss.; C. FORSYTH, *Procedural Justice in Administrative Proceedings and art. 6(1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Cambr. L. Journ.*, 2003, p. 244 ss.; F.J. RODRIGUEZ PONTÓN, *Las articulaciones de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Navarra, 2005; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICH, *Article 6: the Right to a Fair Trial*, in *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009; J.C. BONICHOT, *L'application de l'article 6 § 1 de la C.E.D.H. aux autorités de régulation : la position du Conseil d'Etat*, in *Petites Affiches*, 2000, p. 3 ss.; J.F. BRISSON, *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJDA*, 1999, p. 847 ss.; G. POLIS e M.R. STAFFEN, *Circulação de modelos jurídicos: a influência da corte europeia de direitos humanos na ideia brasileira de razoável duração do processo*, in *Rev. da Univ. Católica de Brasília*, 2017, p. 237 ss.

140. Come noto, l'applicabilità dell'art. 6 CEDU e più in generale dell'intera Convenzione nell'ordinamento italiano avviene in virtù dell'art. 117, comma 1, della Costituzione che vincola il legislatore statale

L'art. 6, par. 1, CEDU è così formulato: «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

Con tale norma si è inteso attribuire natura para-penale alle sanzioni inflitte dalle autorità amministrative indipendenti. L'art. 6 CEDU, infatti, nella prospettiva della *full jurisdiction* impone che la decisione di applicare tali sanzioni, emanata a seguito di un procedimento che non soddisfi le condizioni di cui al primo paragrafo della disposizione<sup>141</sup>, sia soggetta a un controllo a posteriori da parte di un organo giurisdizionale avente cognizione piena<sup>142</sup>. Tale approccio si basa su una condivisibile considerazione unitaria del procedimento amministrativo e della successiva fase di controllo giurisdizionale – per come prospettata anche da una parte della dottrina amministrativistica italiana<sup>143</sup> – per cui il processo innanzi al giudice amministrativo

---

al rispetto degli obblighi internazionali. Tale norma, anche per via dell'attività interpretativa delle Corte Costituzionale italiana che si è espressa in tal senso con le sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007, attribuisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo il ruolo di “norma interposta”, ponendola al di sotto della Costituzione ed al di sopra della legge ordinaria.

141. Nella dottrina amministrativistica italiana, per la rilevanza dell'art. 6 CEDU quale norma che assicura il “giusto” procedimento si v. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, I, p. 173 ss., spec. pp. 239-240; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, in part. da p. 27 ss.

142. Cfr. Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, cit., § 63.

143. Si fa riferimento a quella dottrina che ha ricostruito il procedimento alla luce delle categorie del processo. Per questa tesi si v. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss., poi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. II, p. 1117 ss. La stessa idea è alla base degli scritti dove si sostiene la parità dei rapporti tra amministrazione e persona e su cui, almeno, ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 807, poi in ID., *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, p. 3223 ss.; nonché in quelli sull'amministrazione “oggettivata” su cui cfr. ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, p. 6 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. IV, cit., p. 3467 ss.

La tesi della giurisdizionalizzazione del procedimento o, se si vuole, dell'apertura del procedimento ad una dialettica tipicamente processuale è di G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., p. 779 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 437 ss.

Lo sviluppo della tesi sulla continuità procedimento-processo – nel senso che processo e procedimento amministrativi siano entrambe procedure destinate ad assicurare la garanzia delle posizioni soggettive delle persone nel rapporto con il potere pubblico – si deve particolarmente agli studi di G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1965; ID., *La legge generale sull'azione amministrativa*, in ID., *Scritti scelti (1962-1991)*, I, 2010, p. 249 ss.; ID., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, *ivi*, p. 361 ss.; ID., *L'interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo, e auto amministrazione*, *ivi*, (1992-2010), II, 2010, p. 523 ss.

In questo solco, più recentemente, L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss.; M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo - Parte prima: Contenuto e struttura*, Padova, 2012.

diviene sede di possibile correzione, sia pure *ex post* e in via eventuale, della potenziale carenza di garanzie – *in primis* in termini di contraddittorio<sup>144</sup> – del momento di accertamento del fatto e di conseguente imposizione della relativa sanzione.

Una simile impostazione, che in linea teorica richiederebbe un vero e proprio ri-esercizio del potere, allo scopo di assicurare che i diritti procedurali vengano garantiti nella fase di assunzione della decisione<sup>145</sup>, impone quantomeno che al giudice non sia sottratta la possibilità di verificare la corretta individuazione della fattispecie sanzionabile da parte dell'autorità, anche e soprattutto quando tale individuazione coinvolga valutazioni complesse come accade sovente nella normativa antitrust con riguardo all'identificazione del mercato rilevante<sup>146</sup>.

Nell'ambito della *full jurisdiction* sulle decisioni dell'autorità antitrust, la disciplina dell'art. 6, par. 1, CEDU, come visto a proposito della ricostruzione dei concetti di processo e di sindacato offerta da una significativa parte della giurisprudenza della Corte EDU<sup>147</sup> (cfr. *supra* par. 4.3), rappresenta senz'altro uno snodo fondamentale per l'elaborazione della giurisdizione del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM in termini di pienezza della tutela delle posizioni soggettive variamente incise dall'esercizio dei pubblici poteri.

In linea generale, si può interpretare l'art. 6, par. 1, CEDU nel senso di garantire un effettivo controllo giudiziale da parte dei tribunali amministrativi nazionali in materia di diritti civili e quindi anche in relazione alle posizioni soggettive incise dalle decisioni dell'autorità antitrust. In quest'ottica si ben comprende perché una «*limited review cannot be considered to be an effective judicial review*»<sup>148</sup>. Non è un caso, inoltre, che a tal proposito si sia enunciato «*the principle that a court should exercise full jurisdiction required it not to abandon any of the elements of its judicial function*»<sup>149</sup>.

144. Tale aspetto è ben presente, ad esempio, nella dottrina anglosassone. In tal senso, almeno, P. CRAIG, *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Public Law*, 2003, p. 753 ss.

145. Cfr. Corte EDU, *Kyprianou v. Cyprus*, 27 gennaio 2004, caso 73797/01, § 44.

146. Cfr. Corte EDU, *Credit and Industrial Banck v. the Czech Republic*, 21 ottobre 2003, caso n. 29010/95, §§ 64-65.

147. L'elaborazione della Corte edu, inoltre, rende manifesta la necessità della pienezza dei poteri di cognizione e decisione del giudice. In tal senso cfr. Corte EDU, *Zumtobel v. Austria*, cit., § 32. Più recentemente cfr. Corte EDU, *Steininger v. Austria*, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, § 50.

148. In questi termini si è espressa Corte EDU, *Obermeier v. Austria*, cit., § 70, dove i giudici di Strasburgo hanno aggiunto: «*this means, in the final result, that the decision taken by the administrative authorities, which declares the dismissal of a disabled person to be socially justified, remains in the majority of cases, including the present one, without any effective review exercised by the courts*».

149. In tal senso è la pronuncia della Corte EDU, *Chevrol v. France*, cit., § 63, dove si è discusso anche dell'indipendenza del giudice amministrativo dal potere esecutivo. In tal senso, scrivono i giudici di Strasburgo, «*the court's independence from the parties and the executive meant that, where it was dealing with a dispute that came within its jurisdiction, it could not have the solution dictated to it by one of the parties or by a representative of the executive*».

Vero è che si deve ritenere violato l'art. 6, par. 1, CEDU laddove il giudice non sia in grado di conoscere a fondo il merito della causa e pertanto non possa sottoporre a scrutinio i fatti ed i profili tecnici per come ricostruiti dall'autorità<sup>150</sup>. Allo stesso modo, si deve ritenere una violazione della *full jurisdiction* il fatto che il giudice tramite il suo sindacato non si sia spinto alla questione di merito, ma si sia limitato a verificare che l'autorità non abbia agito oltre il suo potere discrezionale<sup>151</sup>.

Nell'ottica della pienezza del sindacato, appare senz'altro evidente che il vaglio del giudice amministrativo non debba limitarsi ad un semplice controllo di legalità, bensì debba essere esteso ad appurare se la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuta dall'autorità non sia smentita da quella offerta dal privato<sup>152</sup>. In questa direzione, la pienezza del sindacato del giudice amministrativo va verificata anche con riguardo alla circostanza che tale giudice non deve determinare solo se il potere discrezionale sia stato correttamente usato dall'autorità pubblica senza poter sostituire le decisioni assunte da questa con quelle proprie (tesi del sindacato debole), ma deve rivedere le valutazioni tecniche ed i fatti resi dalla stessa autorità e semmai ripeterli<sup>153</sup>. Allo stesso modo, ed in un senso ancor più limitativo (secondo la più risalente tesi del sindacato esterno), non può ridursi la cognizione del giudice a tal punto da impedire a questi di verificare se esistano effettivamente i fatti per come ricostruiti dall'autorità amministrativa<sup>154</sup>.

È evidente che la lettura dell'art. 6, par. 1, CEDU appena offerta, anche per ciò che emerge da una significativa parte della giurisprudenza della Corte EDU<sup>155</sup>, sembra smentire quelle linee interpretative che ritengono il giudice amministrativo strutturalmente incompatibile con lo stato di diritto e con il sistema di tutele garantito dalla Convenzione, oltre che dalla stessa Costituzione italiana. Non è un caso che la disciplina dell'art. 6, par. 1, CEDU e dell'art. 24 Cost. rendono urgente l'esigenza di assicurare la pienezza dei poteri di cognizione e decisione del giudice<sup>156</sup>.

Di qui, pertanto, è avvertita la necessità di una concezione costituzionalmente e convenzionalmente orientata ed avanzata dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice amministrativo e non certo la smentita del suo ruolo, in disparte, in questa sede, la considerazione per cui tale giudice è – nella prassi e per gli strumenti

150. È questa la posizione espressa da Corte EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, cit., § 29.

151. Concordemente a Corte EDU, *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, cit., § 111.

152. Come si può ricavare ancora in Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italie*, cit., § 63.

153. In questa prospettiva di interesse è la pronuncia della Corte EDU, *Obermeier v. Austria*, cit., § 70.

154. Cfr. Corte EDU, *Tinnelly & Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom*, cit., § 48.

155. I giudici di Strasburgo sono intervenuti più volte rispetto a processi nazionali che si celebravano davanti al giudice amministrativo, senza mai ravvisare che in capo ad esso difettassero i requisiti necessari per essere giudice di *full jurisdiction*.

156. In questa prospettiva, tra molte, cfr. Corte EDU, *Zumtobel v. Austria*, cit., § 32 e, più recentemente, cfr. anche Corte EDU, *Steininger v. Austria*, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, § 50.



processuali di cui dispone – assai più incline alla *deference*<sup>157</sup> nei confronti dell'autorità pubblica e meno efficace di quello ordinario.

#### **5.4. Inquadramento di fatti e profili tecnici resi dall'AGCM all'interno del merito amministrativo e loro insindacabilità. Critica. Riconduzione di tali elementi alla discrezionalità tecnica e loro piena sindacabilità da parte del giudice amministrativo.**

Un altro aspetto di non scarso rilievo nell'ambito del discorso sulla disciplina degli artt. 24 Cost. e 6 CEDU, quali norme di salvaguardia delle pretese processuali della persona, è quello riguardante l'opinione – in vario modo argomentata da giurisprudenza e dottrina che portano avanti le tesi del sindacato esterno e debole (su cui cfr. *supra* parr. 2 e 3) – in base a cui fatti e profili tecnici della causa rientrerebbero nell'area dell'insindacabilità in quanto ricompresi nella discrezionalità pura<sup>158</sup> – il merito amministrativo – dell'autorità che li ha resi.

Va affermato, in controtendenza a questa opinione, che le ricostruzioni fattuali e lo svolgimento di valutazioni tecniche nel corso del procedimento amministrativo ineriscono non alla fase di esercizio del potere, ma a quella prodromica e distinta di determinazione del presupposto dell'azione amministrativa, la quale non coinvolge questioni di merito. A ben vedere, infatti, solo il momento decisorio implica allo stesso tempo giudizio e volontà; gli accertamenti di fatto e le valutazioni tecniche, attenendo invece al momento conoscitivo, implicano il solo giudizio: ciò che attiene alla volizione

157. Sull'argomento della *deference* del giudice amministrativo nei confronti dell'amministrazione pubblica, si v. G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 659 ss.

158. Non è possibile, in questa sede, dare conto delle varie tesi che si sono avanzate nell'ambito della discrezionalità amministrativa da parte della dottrina italiana. Sicché appare utile richiamare almeno alcuni contributi fondamentali cui si dovrà necessariamente rinviare. In generale sulla discrezionalità amministrativa si v., almeno, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro it.*, 1987, c. 3165 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. BARONE, *Discrezionalità (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; A.M. ANGIULI, *Lineamenti vecchi e nuovi della discrezionalità*, Milano, 1992; V. ONIDA, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 669 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 739 ss.; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 1993; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 ss.



e dunque l'esercizio del potere avviene in un frangente successivo e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale<sup>159</sup>.

L'esistenza di uno spazio caratterizzato da indeterminatezza, come visto, in particolare, nella normativa antitrust a proposito dei concetti giuridici indeterminati (cfr. *supra* par. 3.1.2), mercato rilevante su tutti<sup>160</sup>, non è sufficiente per giungere alla conclusione che siano di merito le valutazioni attraverso cui tale spazio viene colmato. Il merito amministrativo e, dunque, la discrezionalità pura insindacabile dal giudice sussistono automaticamente solo in presenza di un'attività di comparazione tra interessi alla luce dell'interesse pubblico, attività che non avviene nel corso dello svolgimento della fase istruttoria di determinazione del fatto, né tanto meno in quella concomitante di ricostruzione dei profili tecnici della vicenda.

In questi ultimi casi, pur parlandosi tendenzialmente di discrezionalità – tecnica, appunto – tutte le volte in cui nel giudizio classificatorio di sussunzione del fatto all'ipotesi descritta dalla norma sia necessario riferirsi a criteri propri di scienze applicate, non vi è alcun tipo di discrezionalità. Nel caso di valutazioni tecniche, non vi è un margine libero limitato positivamente, entro il quale l'amministrazione si esprime tramite un atto di volontà: entrano in gioco una serie di regole extragiuridiche, le quali non possono aver rilievo diretto che in un giudizio di merito. Ove quest'ultimo venisse a mancare, l'osservanza di siffatte regole rimarrebbe incontrollabile e l'autorità si esprimerebbe attraverso il puro arbitrio.

Delineato in questi termini il fenomeno della discrezionalità tecnica<sup>161</sup>, non si intravedono ragioni per cui il sindacato del giudice amministrativo su fatti e valutazioni – che coinvolgono esclusivamente competenze tecniche e non esercizio di poteri – debba rimanere confinato al mero controllo della legalità estrinseca (secondo la tesi

159. Ed è questa la tesi di autorevole dottrina, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 488-489. Secondo l'A., fatti e profili tecnici, «malgrado il carattere fortemente valutativo [...] rimangono nell'ambito dell'apprezzamento tecnico, e non debordano nella potestà discrezionale»; sicché si avranno pur «sempre dei giudizi tecnici, giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale».

160. Su cui cfr. *supra* nota 24. Per una netta apertura alla sindacabilità della discrezionalità tecnica da parte del giudice amministrativo si v. Cass. civ. sez. un., 19 luglio 2000, n. 507, secondo la quale ciò che è insindacabile dal giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, è infatti solo la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato nel quadro della ponderazione comparativa degli interessi in conflitto e «della scelta dell'interesse-valore da attivare, di quel cioè che, con espressione di sintesi, si definisce "merito amministrativo"». Secondo la Corte, «diversa dal "merito" è la "discrezionalità tecnica"» proprio perché non comporta scelta di valori (e, per tal profilo, «essa gravita più nella sfera dell'attività vincolata che in quella della discrezionalità vera e propria»), in fattispecie in cui quella scelta è già stata operata, a monte, dal legislatore e cristallizzata nella norma, venendo (nella previsione di questa) unicamente demandata all'amministrazione la verifica della sussistenza in concreto dell'interesse da attuare e dei presupposti (prestabiliti) della correlativa tutela, sulla base di determinate regole tecniche.

161. Sulla discrezionalità tecnica cfr. *supra* parr. 2.1 e 3.1.2 e relative note.

del sindacato esterno<sup>162</sup>) ovvero debba ritenersi ridotto al solo apprezzamento legato ai profili della razionalità, erroneità, proporzionalità o ragionevolezza (per stare ai tipici parametri del sindacato debole<sup>163</sup>), dovendo invece essere, in virtù di un sindacato di tipo sostitutivo, ripetizione della valutazione compiuta dall'autorità secondo le regole della tecnica in base alla quale è stata assunta.

Vero è che tali considerazioni fanno emergere in modo nitido proprio il contrasto che si crea fra quelle tesi, soprattutto di matrice giurisprudenziale, sul sindacato esterno e debole diffuse – più e meno recentemente – in Italia ed il principio della pienezza della tutela giurisdizionale affermato chiaramente dagli artt. 6, par. 1, CEDU e 24 Cost.

Eppur tuttavia, in questa prospettiva nella quale ben si comprende la necessità di ricorrere a norme cardine del sistema democratico, quali le disposizioni europee e italiane sulla *full jurisdiction* e sul diritto di agire in giudizio a difesa delle proprie prerogative, resta ancora sullo sfondo il problema della pienezza della tutela di fronte all'esercizio del potere pubblico e, in specie, di quello (tecnico)discrezionale ove non si ponga particolare attenzione proprio alla natura e alla funzione del potere pubblico.

È qui che si colloca un problema teorico decisivo cui è dedicata la parte conclusiva dello scritto.

## **6. CONCLUSIONI. IL SINDACATO PIENO E SOSTITUTIVO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELLA CONCEZIONE DEL POTERE PUBBLICO COME POTERE FUNZIONALIZZATO AL GODIMENTO PIENO ED UGUALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA.**

Nella cultura giuridica italiana<sup>164</sup> per lungo tempo si è coltivata l'idea del potere pubblico come espressione di volontà della persona giuridica

162. Per sindacato esterno, come visto (cfr. *supra* par. 2.1 *sub A*) si intende un potere assai limitato del giudice che non è esteso alla cognizione diretta dei fatti e dei profili tecnici e che come tale resta appunto esterno a simili elementi della causa. In tale tipologia di sindacato il giudice amministrativo non accerta direttamente i fatti, ma si limita a ripercorrere il percorso logico-argomentativo svolto dall'autorità nel procedimento acquisitivo dei fatti; ne segue che l'accertamento del giudice viene fondato non sul rapporto di corrispondenza tra la realtà e la rappresentazione che di tale realtà ha prospettato l'autorità, ma tra elementi tutti situati all'interno della rappresentazione della realtà cristallizzata nella decisione dell'autorità medesima.

163. Per sindacato debole (cfr. *supra* par. 2.1 *sub B*), a sua volta distinto da uno di tipo forte, si intende un tipo di controllo giudiziale che, sebbene esteso alla cognizione diretta dei fatti e dei profili tecnici e come tale dunque non più meramente esterno a simili elementi bensì "interno", non permette al giudice di spingersi a tal punto da sostituire la sua decisione a quella dell'amministrazione, soprattutto quando in tale decisione siano presenti valutazioni e apprezzamenti su fatti e i profili tecnici caratterizzati da complessità ed oggettiva opinabilità, come avviene sovente nella disciplina antitrust in relazione ai c.d. concetti giuridici indeterminati.

164. Non diversamente ciò vale per la cultura giuridica tedesca, dove è nota la tesi di G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milano, 1991, p. 52 ss., per il quale se il diritto deve essere vantato nei confronti dello stato dovrà ritenersi necessariamente che esso si fonda sulla concessione che ne faccia l'ordinamento per volontà dello stato, non potendosi ammettere soggettività di diritto

pubblica<sup>165</sup> – lo stato o l'amministrazione che lo incorpora<sup>166</sup> – che si impone a tutti i destinatari in virtù della sua esecutorietà, del suo monopolio della forza e della determinazione circa l'interesse pubblico.

In tale impostazione è ben presente il principio della legittimazione politica dell'autorità pubblica per il tramite della rappresentanza, di conseguenza l'amministrazione è descritta come una serie di enti, a loro volta intesi quali centri di imputazione subiettiva della volontà autoritativa dello stato e serventi materialmente il potere legislativo.

Tuttavia, la forte identificazione con uno dei tre poteri pubblici – stante il dato per cui gli enti assieme al governo formano il potere esecutivo – fa sì che nell'amministrazione la connotazione politica sia meno influente ed emerga, da un lato, l) il profilo istituzionista alla luce del quale l'ente pubblico è istituzione in sé, da sé si dà norme di funzionamento e fa originare da sé stesso il suo

---

pubblico alla pretesa sorta nello spazio della libertà: in essa vivranno le posizioni soggettive che si fondano sulla mera liceità (*Dürfen*), ma nel rapporto con lo stato non esiste diritto senza che lo stato medesimo assegni al singolo uno specifico potere (*Können*) in ordine ad esso senza che uno specifico *status* sia a questi assegnato in ragione del coincidere di interesse pubblico ed individuale (p. 106). Nella dinamica delle posizioni soggettive che possono esprimersi nei confronti del potere pubblico è assai chiaro, dunque, come esse possono fondarsi solo nella sovranità dello stato e che quest'ultimo le costituisca; anzi, come si sottolinea, «*concepire il diritto subiettivo come qualche cosa di originario che derivi da sé medesimo la sua autorità ed il suo valore, non è altro che scambiare il fatto col diritto*» (p. 11).

Nel panorama italiano, sul punto, il riferimento è ovviamente a S. ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900.

165. Non è disagevole mostrare come nell'impostazione classica tutta la costruzione si regga sul presupposto che la sovranità sia la fondamentale posizione di diritto pubblico – da cui le altre derivano – ed essa spetti allo stato. Per un approfondimento sul tema e la comprensione dei relativi problemi, in generale, si v. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009. Sulla situazione in Italia cfr. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985. Su quella in Germania cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

166. Non è difficile sostenere, in quest'ordine di idee, che lo stato si mostri alla stregua di un'unità organica o *Genossenschaft* (su cui cfr. J.C. BLUNTSCHLI, *Lehre von modern Staat. Allgemeines Staatsrecht*, vol. I e II, 1885/1886, ora Aalen, 1965) e, quindi, legittimi la cittadinanza attiva per il tramite della *Selbstverwaltung* (su cui cfr. O. VON GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Band III (1881), rist. anast. Akademischer Druck, Graz, 1954). Sia che le posizioni soggettive si mostrino come il riflesso dell'azione dell'autorità (su cui cfr. F.C. VON GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tubinga, 1852, ora ID., *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in ID., *Diritto pubblico*, a cura di P.L. LUCCHINI, Milano, 1971), sia che si strutturino nella *Obrigkei* statale (su cui cfr. R. VON JHERING, *La nascita del sentimento nel diritto*, in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. RACINARO, Milano, 1989), non è difficile osservare come ogni posizione soggettiva individuale di diritto pubblico scaturisca dalla sovranità statale. Sicché pure quando la legge riconosce tale posizione essa potrà essere pur sempre investita da un successivo atto di volontà dello stato, rimanendo condizionata alla determinazione dell'autorità pubblica titolare della sovranità.

ordinamento<sup>167</sup>, dall'altro //) il profilo normativista secondo il quale il potere è attribuito all'ente pubblico dall'ordinamento positivo unitamente all'attitudine di concretizzare la regola astratta con regole discrezionalmente definite, in base ad una volizione autoritaria sorretta dall'interesse pubblico.

In quest'ordine della questione la decisione dell'amministrazione potrà apparire ben sindacabile, pure quando sia ampiamente discrezionale, e purtuttavia la cognizione del giudice amministrativo sarà rivolta al mero controllo 'esterno' di legalità, attenendo appunto il suo giudizio solo alla legalità 'esterna' del potere amministrativo e non anche al nucleo fondamentale della valutazione e volizione dell'autorità sovrana che rimane estranea ad un simile scrutinio, e comunque non ripetibile e sostituibile da una decisione giudiziale poiché il sindacato del giudice sarà limitato all'indagine sulla 'erroneità', 'logicità', 'proporzionalità' e 'ragionevolezza' della scelta compiuta dall'autorità.

Ne sono esempio, come visto, proprio le decisioni dell'AGCM che sono assoggettate da preminente giurisprudenza e significativa parte della dottrina ad un sindacato di tipo esterno, come tale limitato ai classici profili dell'errore, oltre che della logica, proporzionalità e ragionevolezza e a un sindacato di tipo debole, vale a dire non sostitutivo della decisione dell'autorità con quella propria del giudice.

Appare chiaro, dunque, come al centro del problema sulla sindacabilità delle decisioni dell'autorità oltre a quella della pienezza della tutela, vi sia in misura rilevante anche la questione sulla concezione della natura e della funzione del potere pubblico.

In tal senso si può osservare come nella cultura giuridica italiana vi siano tutti gli elementi per affermare la pienezza della giurisdizione amministrativa, anche sulle

167. Si possono distinguere due nozioni di ordinamento giuridico. Una sul piano della realtà sociale, come insieme di condotte distinte per il loro riferimento alle norme. Un'altra sul piano logico-formale, come insieme di norme, di posizioni giuridiche, di atti giuridici compresenti nella società. Due, difatti, sono le teorie dell'ordinamento che sono emerse storicamente: la teoria "istituzionale" e la teoria "normativa". Mentre la seconda deriva propriamente dalla teoria generale del diritto, la prima nasce dalla nozione sociologica (cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, p. 52 ss. – su cui cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, I p. 243 ss. – nonché S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 53 ss.; O. VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechttheorien*, in *Z. Staatsw.*, 1874, p. 27 ss.) e M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, 1929 tr. it. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, 1967; ma, in argomento, si v. pure R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, p. 41 ss.); ma è stata poi trasposta sul terreno di quella teoria (su cui si v. ancora S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 57; e pure R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, cit., p. 13 ss.; e L. LOMBARDI VALLAURI, *Il diritto come ordinamento*, in AA.VV., *Il diritto come ordinamento*, Atti del X Congr. naz. soc. it. di fil. giur. e pol., Milano, 1976, p. 9 ss. Per cogliere il progressivo spostamento della concezione di Santi Romano da posizioni per così dire sociologiche a posizioni di teoria generale del diritto si devono confrontare le due edizioni – quella del 1918 e del 1951 – de *L'ordinamento giuridico*, nonché dalle tesi sostenute nel suo saggio *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925.

decisioni dell'autorità antitrust: *i*) il processo delineato come lite fra parti in condizione di parità; *ii*) il giudice quale organo pienamente indipendente e munito di poteri tali da garantire una tutela soddisfacente; *iii*) la causa retta dal principio dispositivo in materia di prove; *iv*) l'istruttoria adeguata ed efficace. Ciò nondimeno il potere dell'autorità, particolarmente quello discrezionale, è e resta assai poco sindacabile. Il che è evidentemente indice del fatto che il potere sia tuttora inteso come entità spettante allo stato e, per il suo tramite, all'autorità.

Da più parti, come è noto, il potere pubblico è raffigurato quale attributo essenziale della sovranità, la quale a sua volta è posta esclusivamente in capo allo stato. Per questa ragione, una volta intestata la sovranità allo stato, si è potuto considerare il potere pubblico come appartenente all'autorità che lo esercita in conformità della legge. Viene così radicato il potere pubblico in un soggetto, l'amministrazione, di cui è a sua volta predicata la natura pubblicistica; tale soggetto è titolare del potere in via generale ed astratta ed è destinato ad attivarsi ogni qual volta che ne ravvisi un'esigenza di pubblico interesse, in disparte poi la definizione del tutto insufficiente di quest'ultimo che lo connota per una riserva quasi inesauribile di potestà.

In simile costruzione l'insindacabilità della decisione discrezionale viene fatta comunemente discendere anche dalla sua intrinseca opinabilità e questo spazio di valutazione viene riservato all'autorità. Logica vuole, quindi, che le decisioni discrezionali siano rimesse all'apprezzamento dell'autorità, sicché le valutazioni opinabili, più esattamente l'esigenza di compiere un giudizio con riguardo al loro possibile contenuto, costituiscono tratto essenziale della discrezionalità amministrativa. Ciò che non appare logico o che comunque non viene spiegato in modo convincente da giurisprudenza e dottrina è il perché la valutazione dell'autorità, anche quella discrezionale, non possa essere ripetuta e sostituita.

La soluzione risiede proprio nella concezione che si ha del potere pubblico e della sua funzione. Tutto difatti appare più logico e, se si vuole, anche convincente una volta che si sia intestata la sovranità allo stato e per il suo tramite all'autorità, e questi la esercitino tutte le volte che vi ravvisino un'esigenza di pubblico interesse. In questa prospettiva è evidente come trovino ampia giustificazione le tesi del sindacato esterno e del sindacato debole, ora anche rafforzate dal dato positivo europeo e italiano in materia di *private enforcement*, oltre che dal dato giurisprudenziale e (in parte) dottrinale.

Concezione del potere pubblico che presso la cultura giuridica italiana giustifica poi il tradizionale riparto fra sfere giuridiche, vale a dire fra diritti soggettivi e interessi legittimi sulla base proprio della natura vincolata o discrezionale del potere<sup>168</sup>; sicché rispetto ai primi le decisioni dell'autorità sarebbero pienamente sindacabili,

168. Per una critica sulla contrapposizione fra diritti soggettivi e interessi legittimi ed una diversa ricostruzione in merito si v. L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.

mentre riguardo ai secondi si avrebbe un certo spazio, sempre riservato all'autorità, contraddistinto dall'essere manifestazione di un comando politico<sup>169</sup> che, come tale, quindi, risulta insindacabile ed essenzialmente libero.

La concezione del potere pubblico e della relativa spettanza della sovranità allo stato e, più in generale, all'autorità è tuttavia fortemente disattesa dal dato positivo emergente in modo limpido dalla Costituzione.

Che la sovranità non appartenga allo stato<sup>170</sup>, né all'autorità, la Costituzione lo spiega nelle disposizioni che collegano la sovranità al popolo (art. 1) ed in quelle ove avviene il "riconoscimento"<sup>171</sup> dei diritti inviolabili delle persone<sup>172</sup> (art. 2) nei quali la

---

Sull'argomento, sia pure in relazione all'art. 113 Cost., si v. G. BERTI, *Art. 113*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, IV, Bologna, 1987, p. 134. L'A., in merito alla distinzione delle posizioni soggettive che tanta parte ha avuto nel depotenziare l'azione giurisdizionale amministrativa, chiarisce come «*diritti e interessi legittimi sono allora soltanto delle specificazioni, sul versante dei rapporti privati e in quello dei rapporti amministrativi, di un'unica sostanziale tutela e garanzia. È chiaro che l'attività amministrativa dà luogo a situazioni di tutela relative ai rapporti che si istituiscono tra cittadino e amministrazione. Ma questa relatività non vuol dire riduzione o affievolimento di tutela, che deve essere piena e diretta. I diritti non relativi a siffatti rapporti si fanno valere, non nella giustizia amministrativa, ma in quella ordinaria, anche nei confronti del potere politico. Ed ecco allora che la discriminazione delle giurisdizioni prenderebbe un razionale significato. Poiché non vi sono rapporti giuridicamente rilevanti tra il cittadino ed il potere politico o politico-legislativo, i diritti individuali e sociali in quanto ci sono, sono assoluti, cioè impermeabili agli effetti delle decisioni e dei provvedimenti, e difendibili pertanto davanti al giudice ordinario*», sicché, «*il vero approdo delle direttive costituzionali*» viene riconosciuto nel «*divenire l'amministrazione un soggetto di imputazione, come gli altri dell'ordinamento, sia nel giudizio ordinario, sia nel giudizio amministrativo*».

169. Cfr. G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 329 ss.

170. Di particolare rilevanza sul tema della sovranità, P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. III, *La civiltà-liberale*, Bari-Roma, 2001; nonché i lavori del convegno "Crisi e metamorfosi della sovranità", Atti del XIX Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Trento, 29-30 settembre 1994, a cura di M. BASCIU, Milano, 1996, in cui si v., almeno, G. MARRAMAO, *Stato, soggetti e diritti fondamentali*, pp. 235-253; Per un approfondimento sulle teorie giuridiche della sovranità ed in ordine alle sue criticità, D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Bari-Roma, 2004. Sulla recessione dell'idea della sovranità, L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari-Roma, 2004.

171. Il testo costituzionale dell'art. 2 usa il verbo «*riconosce*», che lascia intendere la preminenza dei diritti inviolabili della persona rispetto all'ordinamento giuridico e soprattutto allo stato. Il principio personalista enunciato dalla disposizione costituzionale stabilisce in sostanza che lo stato e le sue articolazioni (amministrazioni centrali e periferiche) siano in funzione delle persone e non viceversa. In questa prospettiva appare chiaro che il "riconoscimento" dei diritti inviolabili implichi un'attività di estrazione e di scoperta e non un'opera di invenzione degli stessi.

172. Si v. particolarmente L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 141 ss., ma sul punto spec. p. 167 dove è spiegato come «*lo Stato costituzionale di diritto, attraverso la sua funzionalizzazione alla garanzia dei diversi tipi di diritti fondamentali, viene a configurarsi come "strumento" per fini non suoi*». In quest'ordine delle cose, secondo l'A., «*sono infatti le garanzie dei diritti fondamentali – dal diritto alla vita ai diritti di libertà e ai diritti sociali – i "fini" esterni o, se si vuole, i "valori" e, per così dire, la "ragione sociale" costituzionalmente stipulata di quegli artifici che sono lo Stato e le altre istituzioni politiche*».



sovranità si trattiene, giacché, appunto, al popolo «*appartiene*» e permette di porre in essere l'ordinamento, esercitando il potere costituente. Dal momento che i diritti fondamentali delle persone (art. 2), non potendo essere altrimenti creati modificati o corretti, vengono “riconosciuti”<sup>173</sup> quali entità giuridiche nell'esercizio del potere costituente, essi appartengono chiaramente alla sovranità.

L'appartenenza della sovranità al popolo si spiega, da un lato, con la legittimazione democratica dell'autorità, dall'altro, come mostrano i diritti fondamentali, trattenendosi nell'area della sovranità popolare, senza snodarsi in forme istituzionali<sup>174</sup> (stato e amministrazioni) ed esprimendosi con l'esercizio dei diritti inviolabili che la Costituzione stessa «*riconosce*» e non crea. Tant'è che il riconoscimento e la garanzia apprestati ai diritti inviolabili della persona appare l'elemento di maggiore rottura con la teoria ottocentesca dei diritti pubblici subiettivi<sup>175</sup> e di alterazione profonda dei presupposti

---

Più in generale sulla sua teoria dei diritti fondamentali cfr. anche ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in E. VITALE, (a cura di), Roma-Bari, 2001; ID., *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in *Anal. e dir.*, 2002-2003, p. 331 ss.

173. Nucleo comune dei diritti inviolabili è proprio il fatto che essi non possano essere fondati, modificati o corretti, ma soltanto appunto riconosciuti svelati individuati. Sul punto è imprescindibile la lettura di A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 11, nonché ID, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, p. 10 ss.; e anche A. BARBERA, *Sub art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 50.
174. In questa impostazione sarà difficile ritenere che la sovranità sia esaurisca costituendo le istituzioni democratiche ed assegnandola allo stato. Allo stesso modo sarà difficile credere che essa si esprima solo attraverso la legittimazione di quei poteri mediante il voto. L'opinione che il cittadino sia attivo solo con la legittimazione democratica di chi è chiamato alla funzione legislativa – il Parlamento *in primis*, ma anche le assemblee politiche degli enti locali – comporterebbe la conservazione della sua posizione di suddito rispetto all'esercizio degli altri poteri pubblici, a partire da quello esecutivo. L'impianto della Costituzione impone di rivalutare la condizione del cittadino come tale solo in quanto legittimato, attraverso gli istituti della democrazia rappresentativa, ad eleggere le assemblee legislative o politiche o, indirettamente, le autorità, anch'esse intestate del potere normativo, che si suole definire indipendenti.
175. Sulla teoria dei diritti pubblici subiettivi – anche in ordine alla configurazione delle posizioni giuridiche soggettive – per un inquadramento storico circa l'influenza esercitata dai giuristi tedeschi dell'epoca nel panorama europeo si v. M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, nonché ID., *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, e pure E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1981, p. 221 ss., mentre, per quella specifica nella dogmatica pubblicistica nazionale, si rimanda ai due basilari contributi di U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, 1989 e A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986, *passim* ma spec. da p. 281 ss. Sul tema è indispensabile la lettura di S. CASSESE, *Lo Stato “stupenda creatura del diritto” e “vero principio di vita” nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911)*, in *Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico moderno*, 1987, p. 501 ss., anche in opposizione alla diversa tradizione anglosassone (su cui, in particolare, si v. A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, VIII ed., London, 1915). Non è inutile rilevare come dalla impostazione di C.F. GERBER, *Über öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1852, trad. it. *Sui diritti pubblici*, in *Diritto pubblico*, Milano, 1971, p. 5 ss. (su cui si v., almeno, M. NIGRO, *Il segreto*



teorici della dottrina dello stato moderno e contemporaneo. In quest'ottica, la disposizione di cui all'art. 2 Cost. determina il venire meno del presupposto teorico dello stato amministrativo, vale a dire quello per cui solo allo stato spetta la capacità giuridica di diritto pubblico e alle persone tale capacità derivi in considerazione di uno *status* concesso dallo stato stesso.

Esiste, dunque, una fonte meta-positiva che si impone per una forza propria fondata sulla sovranità delle persone e che la Costituzione riconosce. In quest'ottica, una spiegazione possibile del potere pubblico, che è una delle forme con cui la sovranità si manifesta e viene esercitata, è la sua funzionalizzazione al godimento pieno ed uguale (art. 3 Cost.) dei diritti fondamentali che quel potere pongono in essere e che permanentemente si trattengono nel *nomos* costituzionale della sovranità popolare. Ed è proprio nel rapporto tra mezzi istituzionali e fini sociali e nel conseguente primato dei diritti fondamentali sui pubblici poteri che può in fondo rivelarsi il significato profondo della democrazia<sup>176</sup>. Se poi, in tale concezione, i diritti delle persone non sono l'oggetto del potere e, invece, essi sono la fonte del potere e la loro massimizzazione il fine da raggiungere, viene anche a chiarirsi il concetto di interesse pubblico, il quale non sarà altro che il compito dello stato fissato in Costituzione, vale a dire la massimizzazione del godimento dei diritti della persona<sup>177</sup> da parte dell'autorità (amministrativa e giudiziaria).

Vero è che ove l'autorità amministrativa – anche quella indipendente come l'AGCM di cui si è trattato – venga correttamente intesa come organizzazione della sovranità popolare, come funzione della società e, quindi, come struttura servente i diritti delle persone, non vi sarà più spazio per limitare il controllo giudiziale quanto

---

*di Greber, in Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico moderno, 1973, p. 293 ss.) si svolga un'accesa polemica nei confronti del contrattualismo e del giusnaturalismo e si faccia largo l'idea dello stato come soggetto nel e per il quale la pluralità dei cittadini diviene soggetto di diritto, persona giuridica, non quale somma di individui singoli, liberi, legati da un contratto sociale o da diritti innati. Non diversamente con ciò che accade per la persona privata (la quale risulta titolare della capacità di agire di diritto privato), sul versante del diritto pubblico si nega che la capacità giuridica possa esser propria di più soggetti, sicché la stessa è da concentrarsi nello stato (C.F. GERBER, *Über öffentlichen Rechte*, cit., p. 200 ss.). Tale impostazione produce delle rilevanti ricadute sul versante del diritto di azione di cui all'art. 24 Cost. Infatti, dal momento che il diritto d'azione è inteso quale pretesa che si attiva nei confronti dello stato e degli organi giudiziari in ispecie, non vi sarà spazio per pensare ad un diritto d'azione al di fuori dall'espreso riconoscimento da parte della legge. In questa prospettiva, dunque, è demandato allo stato il "diritto di dominare" (*Herrschaftsrecht*) sugli altri soggetti giuridici (persone *in primis*) in conseguenza dell'attribuzione ad esso di tutta la capacità giuridica della società.*

176. Cfr. L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 167, «del resto, in tempi come quelli in cui viviamo, è proprio questa concezione garantista della democrazia che deve essere affermata e difesa contro le derive maggioritarie e tendenzialmente plebiscitarie della democrazia rappresentativa e le sue degenerazioni video-cratichè».

177. A proposito dell'estensione dei diritti alla persona (il soggetto) in una vicenda in cui il soggetto è l'impresa vale quanto detto *supra* par. 4.1. *Introduzione. L'estensione del problema sui limiti della giurisdizione alla persona.*

alle sue decisioni, le quali ben potranno essere soggette ad un sindacato del giudice amministrativo particolarmente incisivo, capace cioè di verificare anche il merito della decisione amministrativa (fatti e profili tecnici) e ove occorra di sostituirla con una soluzione migliore emersa dal contraddittorio processuale fra le parti. A questo scopo, sulla falsariga di quelli previsti per il giudice civile, depongono gli ampi poteri cognitori e istruttori – consulenza tecnica in *primis*<sup>178</sup> – oltre che decisori – giurisdizione esclusiva e di merito – di cui allo stato attuale dispone il giudice amministrativo per accedere, valutare e, se del caso, sostituire fatti e profili tecnici della decisione dell'AGCM.

---

178. Su cui si v., almeno, A. TRAVI, *Valutazioni tecniche ed istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, p. 1266; ID., *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti*, cit., p. 433; ID. *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., p. 439 ss.; L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit., p. 1727 ss.; ID., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit., p. 422 ss.



## Civil Procedure Review AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# 3

## A Regulação dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Nacional

The regulation of procedural contracts by the  
National Treasury Attorney's Office

**Murilo Teixeira Avelino**

Master in Civil Procedural Law from the Federal University of Pernambuco. National Treasury Attorney.

**RESUMO:** O novo CPC trouxe o autorregramento da vontade ao consagrar a cláusula de negociação processual em seu art. 190. Quebra-se com o dogma de que as normas processuais são inderrogáveis, admitindo-se adequar o procedimento às nuances do caso concreto. Uma análise acurada demonstra que a exigência de se admitir a autocomposição sobre o direito em discussão é, em si, vazio. É que, ao fim e ao cabo, todo direito pode ser em maior ou menor medida objeto de composição entre os interessados. Doutra sorte, em razão da plena eficácia dos atos praticados pelas partes no processo, tem-se por desnecessária – salvo norma em sentido contrário – a homologação do negócio pelo magistrado. Tudo isso faz concluir que a indisponibilidade do interesse público não representa qualquer impedimento para que a Fazenda Pública convencie sobre procedimento. Nesse sentido, as Portarias n° 360 e 742 regulam os negócios processuais no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional, que após recentes alterações legislativas têm reforçada a possibilidade de gerir com eficiência o crédito público. Os negócios processuais passam, assim, a servir como importante instrumento de atuação eficiente e redução de litigiosidade no Brasil.

**ABSTRACT:** The new CPC brought the self-regulation of will by enshrining the procedural negotiation clause in its art. 190. It brakes with the dogma that procedural rules are non-derogable, assuming that the procedure must be adapted to the nuances of each case. An accurate analysis shows that the requirement to admit self-composition to the right under discussion is itself empty. After all, every right can be more or less composed among the interested parties. On the other hand, due to the full effectiveness of the acts performed by the parties in the proceedings, it is unnecessary - unless otherwise stated - to the judge to approve the deal. All this leads to the conclusion that the unwillingness of the public interest does not represent any objection for the National Treasury to agree in terms of proceedings. Seen in these terms, Ordinances No. 360 and 742 regulate the procedural negotiations within the National Treasury Attorney’s Office, which, after recent legislative changes, had reinforced the possibility of efficiently managing public credit. The procedural negotiations thus serves as an important tool for efficient action and to reduce litigation in Brazil.

**PALAVRAS-CHAVE:** autorregramento da vontade; negócio processual; Procuradoria da Fazenda Nacional; indisponibilidade; autocomposição.

**KEYWORDS:** self-regulation of will; procedural negotiation; National Treasury Attorney’s Office; unwillingness; self-composition.

## 1. A PREVALÊNCIA DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO CPC

Nem sempre as regras de procedimento prévia e abstratamente fixadas pelo legislador são adequadas à tutela do direito material objeto do litígio. Ainda que haja *necessidade de certeza* do procedimento<sup>1</sup>, não se pode deixar de lado a sua também necessária *adequação*. O novo CPC, ao consagrar a cláusula geral de negociação processual (art. 190), relativizou o caractere *cogente* e *indisponível* das normas de processo<sup>2</sup>.

1. Piero Calamandrei, em suas *Instituições*, bem expõe a questão referente à necessidade de *certeza* do procedimento: “esta certeza não existiria se o indivíduo que pede justiça não soubesse exatamente quais são os atos que deve realizar para obtê-la, quais as vias a que deve recorrer para chegar ao juiz, para fazer-se ouvir por ele e para obter, concretamente, aquela garantia jurisdicional que a norma promete abstratamente. A regulamentação das formas processuais serve precisamente para isto: as regras do procedimento são, substancialmente, uma espécie de metodologia fixada pela lei para servir de guia a quem pede justiça(...)” CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil – vol. 1*. Campinas: Bookseller, 2003. p. 268.
2. Antonio do Passo Cabral trata do que chama de *falsa premissa de que toda norma processual é cogente, imperativa e inderrogável*. Nas palavras do autor: “É que o hiperpublicismo gerou ainda outro dogma, segundo o qual toda norma processual é cogente, imperativa e inderrogável, cimentando a falsa premissa de que as partes no processo só poderiam dispor das raras regras supletivas. Se todas (ou quase todas) as normas processuais são de ‘ordem pública’, estabelecidas para atender o

Pragmaticamente, significa que a forma de *pensar* o processo alterou-se drasticamente: se as normas processuais eram em regra *imperativas* e *inderrogáveis*, passaram a ser em regra *dispositivas* e *malleáveis*. Abandona-se uma perspectiva *procedimentalista* para se adotar uma perspectiva de adequação e eficiência técnica.

O processo é instrumento para a tutela dos direitos materiais, ao mesmo tempo em que é por ele preenchido, em uma relação de circularidade. Se ao processo cabe a função de concretização dos direitos materiais, o direito material põe-se como o valor regente da criação, interpretação e aplicação das regras de processo. Conforme aponta Fredie Didier Jr., “não há processo oco”<sup>3</sup>.

Tal constatação faz perceber que o processo não conforma um ambiente ideologicamente neutro, muito pelo contrário, o processo é informado pelas opções valorativas referentes à tutela do direito material e à proteção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

O raciocínio desenvolvido serve à compreensão da necessidade de superar a ideia de um processo formado eminentemente por normas cogentes e indisponíveis. Ora, se os princípios processuais inseridos na Constituição consagram direitos fundamentais processuais, tais direitos, ao mesmo tempo em que regem o legislador na construção de normas para um procedimento geral, instituem situações jurídicas subjetivas aptas a serem dispostas pelas partes. Assim, o *exercício pleno do contraditório* dependerá não somente das regras sobre procedimentos previstas na legislação, mas também de um movimento de *adaptação* do rito de acordo como cada caso concreto posto à jurisdição.

A doutrina tradicional, apesar de reconhecer o processo como instrumento à tutela do direito material, admitindo a sua *adaptabilidade* em certas situações, sempre o fez reconhecendo hipóteses *típicas* de adequação procedimental. Veja-se a ilustrativa posição de Giuseppe Chiovenda:

“Não existe, pois, um *processo convencional*, quer dizer, ao juiz e às partes não é permitido governar arbitrariamente o processo; mas em certos casos é livre às partes desatenderem a uma norma processual, já por acôrdo expreso ou tácito, já deixando

---

interesse público, não poderiam sofrer derrogações em razão da vontade das partes. Nessa toada, é comum ver a negação dos acordos processuais sob o argumento de que a lei invariavelmente impõe o processo e suas formalidades sobre os litigantes. (...)

Ora, trata-se de uma concepção que se tornou uma profissão de fé mas que, com a devida vênia, hoje em dia não pode mais ser difundida porque nem todas as regras e princípios processuais são imperativos e inderrogáveis. De fato, apesar dos interesses públicos, muitas normas processuais não são cogentes, mas sim estabelecidas no interesse dos litigantes, e portanto dentro de sua esfera de disponibilidade.

Hoje em dia, é tão absurdo pensar que no direito público não haveria flexibilidade, quanto que no direito privado não haveria regras imperativas. É possível haver direito privado cogente e direito público dispositivo”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 162-163.

3. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2014. pp. 26-28.

de assinalar-lhe a inobservância. Se as partes gozam ou não dessa liberdade, deve ressaltar dos termos expressos da lei ou do escôpo da norma determinada: na dúvida, as normas processuais devem reputar-se cogentes”<sup>4</sup>

O NCPC vai exatamente em sentido contrário a esta ideia e encampa a *atipicidade* dos negócios jurídicos processuais de forma expressa, tendo andado o legislador ao lado daqueles que advogam a disponibilidade das regras de procedimento. É que, se a liberdade é um dos direitos fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição da República, sua incidência não pode ser afastada do processo. O processo civil também “é regido por essa dimensão da liberdade. O princípio da liberdade também atua no processo, produzindo um subprincípio: o *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*”<sup>5</sup>.

Desvalorizar a vontade das partes no processo, através da ideia que por muito tempo vigorou de indisponibilidade do procedimento parece, para Antonio do Passo Cabral, um preconceito desconstruído pelos avanços proporcionados pelo NCPC. Para o autor “desconstrói-se mais um preconceito: não há óbice normativo para que admitamos que os acordos processuais são algo inerente ao processo civil, estão lançadas as bases teóricas para sustentar que no processo vige o *princípio do respeito ao autorregramento da vontade*”<sup>6</sup>.

Ainda que já se reconheça a existência de negócios processuais típicos desde as Ordenações, trata-se agora da possibilidade de flexibilização do procedimento a partir da *relevância da vontade dos sujeitos processuais* de forma muito mais ampla. Conforme anota Pedro Henrique Nogueira: “Os negócios processuais já existiam sob a égide da legislação antecedente, mas nunca se teve tamanho espaço de participação dos litigantes no desenrolar da atividade jurisdicional, a ponto de possibilitar que as partes construam, negocialmente, o próprio procedimento”<sup>7</sup>.

Sem olvidar a sua observância mesmo sob a égide do CPC/73<sup>8</sup>, a prevalência do *autorregramento da vontade* está disposta no *caput* do art. 190 do NCPC, ao consagrar a *atipicidade* dos negócios jurídicos processuais.

4. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 74.

5. E continua o autor, em importante constatação: “É certo que esse princípio não tem, no Direito Processual Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil. Por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto, mais restrito. Isso, porém, não diminui a sua importância, muito menos impede que se lhe atribua o merecido destaque de ser um dos princípios estruturantes do direito processual civil brasileiro, uma de suas *normas fundamentais*”. DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 1. Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2015. pp. 20-21.

6. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...* Ob. cit. p. 143.

7. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 225.

8. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de *et al.* No acordo de procedimento qual o papel do Juiz (codeclarante, mero homologador ou outro)? *Revista Brasileira de Direito Processual Civil – RBDPro, ano 23, n.91*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 321.

Conforme o próprio dispositivo, está aberta a possibilidade de estipulação a respeito do procedimento, com o escopo de adaptá-lo às especificidades da causa. Dito de outra forma, estão expressamente permitidos os chamados *acordos de procedimento* e as convenções sobre *ônus, poderes, faculdades e deveres processuais*, de forma a tornar o processo adequado à tutela do direito material.

## 2. FIRMANDO ALGUMAS PREMISSAS – OS REQUISITOS PARA A VALIDADE DA NEGOCIAÇÃO

Os requisitos que permitem a negociação processual estão postos no *caput* do art. 190: a) o objeto do processo deve ser direito que admita autocomposição; b) partes plenamente capazes; c) o negócio deve ser firmado antes ou durante o processo.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Sobre tais requisitos, é preciso uma análise detida.

O processo deve versar sobre *direito que admita autocomposição*. O preceito é vazio e não traz em si qualquer conteúdo normativo. Explique-se: todo e qualquer *direito* – como situação jurídica subjetiva, em maior ou menor âmbito – pode ser objeto de autocomposição<sup>9</sup>.

Não se pode confundir *direito indisponível* com *direito que não admita autocomposição*. Há uma enorme diferença. Confundir os conceitos é um erro comum, conquanto diferenciá-los seja de suma importância para compreender a questão.

A primeira nota que se deve fazer é a seguinte: não é possível identificar, com tranquilidade, o real conteúdo da expressão “*direito indisponível*”<sup>10</sup>. Com certa tranquilidade e sem intenção de esgotar a temática, permite-se afirmar que *direito indisponível* é toda situação jurídica subjetiva que não pode ter seu núcleo mínimo

9. É no mesmo sentido o pensamento de Lorena Miranda: “Embora não se exclua, em tese, a possibilidade de um direito que não admita autocomposição, a casuística processual civil não apresenta, quanto ao ponto, exemplos de fácil identificação. Partindo-se da premissa de que o descabimento de autocomposição implica a concomitante inviabilidade de renúncia do direito, de transação e de admissão (reconhecimento jurídico do pedido), conclui-se que, se vista apenas em sua função de limite objetivo à celebração de negócios processuais, a expressão legal ‘direito que admita autocomposição’ beira a inutilidade” BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 252-253.

10. Trazendo uma análise interessante dos aspectos *objetivos e subjetivos da indisponibilidade* e trabalhando o tema de direitos *indisponíveis mas transacionáveis* no âmbito da lei nº 13.140/2015, ver: MARTINS, Gabriela Freire. “Direitos indisponíveis que admitem transação”: breves considerações sobre a lei nº 13.140/2015. *Revista Caderno Virtual IDP*. Brasília, vol. 1, nº 33 (2016).



atingido por ato de vontade próprio ou de terceiros. Em outras palavras, direitos indisponíveis não podem ser reduzidos ao ponto de perderem seu *núcleo mínimo* de normatividade, nem mesmo pela renúncia de seu titular. O exemplo dos *direitos fundamentais* ajuda a esclarecer.

Tradicionalmente, tem-se que os *direitos fundamentais são indisponíveis*. Além disso, há proteção expressa contra alterações legislativas no art. 60, §4º, da Constituição da República, elevando-os ao patamar de cláusula pétrea. Isso não significa, contudo, que os seus titulares não possam *dispor* sobre o seu exercício e âmbito de proteção, ou que a lei venha a regular matéria a ele relativa. Apesar de existir um *direito fundamental à imagem*, os seus titulares podem reduzir seu espectro de incidência para participar de *reality shows*. Direito *indisponível* não é sinônimo de direito *absoluto*.

Assim, é possível *dispor* sobre direitos tradicionalmente compreendidos como *indisponíveis*. Por mais que pareça paradoxal, em termos semânticos significa que classificar um *direito* como *indisponível* não proíbe por completo a disposição de parcela da proteção conferida a seus titulares. Proíbe-se, em verdade, que se atinja o seu núcleo essencial, ou seja, que a situação material justificadora da proteção seja descaracterizada.

Perceba-se, nesse sentido, que após o advento da lei nº 13.140/2015, passou a ser expressamente autorizada a composição, em sede de mediação, a respeito de “direitos indisponíveis que admitam transação”. Veja-se o art. 3º:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Ainda que se refira à atuação da Administração Pública, a lição a seguir se aplica a qualquer *interesse indisponível*<sup>11</sup>. Veja-se:

No campo do estímulo à participação da Administração Pública em meios alternativos de solução de conflitos, a doutrina defende que, quanto aos interesses indisponíveis, há espaço para parcela de disponibilidade que permitem a transação e, por consequência, a arbitragem, por exemplo.<sup>12</sup>

Mais um exemplo: o *direito fundamental à liberdade* é indisponível, mas os seus titulares podem se submeter a internação voluntária em clínicas de reabilitação.

11. Não descuidamos do clássico debate a respeito da distinção entre interesses e direitos. No ponto, todavia, utilizamos os termos como sinônimos.

12. SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 648.

Da mesma forma, utilizando mais uma vez o exemplo dos *reality shows*, é possível concordar sobre o confinamento temporário em determinado ambiente.

Nesse sentido, *todo direito*, ao menos em abstrato, *admite autocomposição*, pois, em maior ou menor grau, seus titulares podem dispor dele. “Logo, as convenções sobre processo e os negócios processuais podem ter como objeto direitos indisponíveis”<sup>13</sup>.

Assim, o primeiro requisito listado no art. 190 não limita, por si só, as convenções processuais. Aponta a doutrina:

O acervo de direitos que admitem autocomposição é amplo. Assim, direitos que são indisponíveis podem ser objeto de negociação, a exemplo do que acontece com os compromissos de ajustamento de conduta que envolvam questões ambientais. Esta percepção do alcance do termo utilizado no art. 190 tem especial relevância quando se analisa a possibilidade de celebração de negócios processual pela Fazenda Pública.<sup>14</sup>

O segundo requisito é a exigência de *partes plenamente capazes* para a negociação processual. Aqui, deve-se adotar o conceito de *parte processual*. Não é possível outra compreensão e a razão é simples: legitimados extraordinários e representantes podem firmar negócios jurídicos processuais. Pensar em *partes capazes* do ponto de vista material, retiraria dos *legitimados extraordinários* a possibilidade de firmar convenções processuais, o que significaria excluir por completo a possibilidade de negócio processual no âmbito do processo coletivo, o que não é sequer questionado.

Em acréscimo, a incidência estrita deste requisito retiraria dos representantes legais a possibilidade, da mesma forma, de firmar convenções no interesse dos seus representados. Não se cogita qualquer impedimento<sup>15</sup>.

Assim, a *capacidade* mencionada como requisito no art. 190 deve ser entendida como uma *capacidade negocial processual*, inerente a todos aqueles que possuam capacidade processual, independentemente de estarem em juízo em nome próprio ou alheio, defendendo interesse próprio ou alheio. Esta compreensão estende a possibilidade de negociação processual aos legitimados ordinários, extraordinários e aos representantes<sup>16</sup>.

13. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios...* Ob. cit. p. 233. Ainda, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...* Ob. cit. pp. 274-278.

14. TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Coleção Repercussões do Novo CPC – vol. 3*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 289.

15. “O processualmente incapaz, desde que representado, pode celebrar negócios processuais, isso porque a representação suprirá a incapacidade. (...) A representação, por isso, possibilita à parte que necessite ser representada exercitar os seus direitos e faculdades no processo por meio de seu representante. Assim, v.g., o espólio, ou o condomínio, uma vez representados, estão aptos a celebrar negócios processuais” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios...* Ob. cit. pp. 234-235).

16. Sobre as diversas posições existentes a respeito do conceito de *partes plenamente capazes*, ver: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções...* Ob. cit. pp. 222-233.

O tanto quando afirmado sobre os dois requisitos acima elencados pode ser visto em um interessante exemplo: é plenamente válido o negócio jurídico processual que venha a beneficiar a situação processual de um menor em uma ação de alimentos, alterando o ônus da prova em seu favor.

Ora, o *direito aos alimentos* é indisponível; da mesma forma, o menor não é *plenamente capaz*. Todavia, a própria razão de eventual *invalidação* (defeito mais prejuízo) do negócio jurídico não se justifica no caso concreto, devendo-se manter incólume e reconhecer a validade da convenção. A um, apesar de o direito ser *indisponível*, houve reforço de sua garantia; a dois, o titular do direito (menor, parte material) não é capaz, conquanto seu representante legal o seja. A própria *ratio* da cláusula geral de negociação processual impõe, no caso, relativizar os requisitos do art. 190. Fredie Didier Jr., no mesmo sentido, entende que “se a convenção firmada recai sobre fatos ligados a direito indisponível tornando mais fácil para a parte a comprovação desses fatos, obviamente que ela não poderia ser invalidada”<sup>17</sup>.

Por último, as convenções podem ser firmadas *antes ou durante* o processo, ou seja, antes ou depois de instaurada a *litispendência*. Deve-se entender, por lógica, que a convenção deve tratar de atos ainda não praticados, mesmo que já iniciado o processo.

Atente-se a um detalhe: é possível que negócios jurídicos processuais sejam firmados *antes* do processo, ou seja, fora do ato complexo *procedimento*. O legislador expressamente admite que negócios processuais *endo e exoprocessuais*. Não é elemento necessário que o negócio seja aperfeiçoado como ato do procedimento, mas que seja apto a produzir efeitos dentro do feixe de relações jurídicas que é o processo<sup>18</sup>. “A ‘sede’ do ato é irrelevante para caracterizá-lo como processual”<sup>19</sup>, bastando que sirva como suporte fático de uma norma com *faceta processual*<sup>20</sup>. Assim,

17. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 2*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 87.

18. Tem-se a lição de Pontes de Miranda: “*Atos processuais* são todos os que constituem a seqüência de atos, que é o próprio processo, e todos aqueles que, dependentes de certo processo, se pratiquem à parte, ou autônomos, para finalidade de algum processo, ou com o seu fim em si mesmo – *em processo*”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – tomo III*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 16. A partir das mesmas lições de Pontes, Fredie Didier Jr. afirma: “O conceito de *ato processual* deve abranger não só os atos do procedimento como também os demais atos que interferiram de algum modo no desenvolvimento da relação jurídica processual”. DIDIER JR., Fredie. *Curso...* Ob. cit. pp. 262 – 263. Pedro Henrique Nogueira ao definir o *negócio jurídico processual*: “o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre (sic) dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Ob. cit.*, p. 137.

19. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 31.

20. Rejeitando a divisão entre *norma processual* e *norma material*, ver AVELINO, Murilo Teixeira. *O controle judicial da prova técnica e científica*. Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 83-106.

caso a prática de um ato (em sentido lato) se refira a uma situação jurídica processual (seja ela procedimental ou não), estaremos diante de um *ato processual*.

Por exemplo: a eleição de foro firmada em contrato é ato processual, pois ainda que firmada *fora do procedimento*, é *fattispecie* da norma que define a competência e, portanto, tem potencial de influenciar a relação jurídica processual eventualmente existente. Adotamos a posição de Antonio do Passo Cabral: “Qualquer efeito, principal ou acessório, direto ou indireto, que se produza ou se possa produzir em um processo é apto a definir a convenção como sendo processual, ainda que simultaneamente aquela mesma manifestação também repercuta no direito material”<sup>21</sup>. Trata-se de ato processual (em sentido lato), mas não *ato do procedimento* ou *ato processual em sentido estrito*.

Por outro lado, eventual convenção firmada para reduzir o prazo de apelação em face da sucumbência recíproca, é exemplo de negócio processual realizado *dentro* do processo (=como procedimento). Trata-se de ato processual (em sentido estrito), *ato do procedimento*.

Por isso, negócios jurídicos processuais podem ser firmados *dentro* ou *fora do processo*. O *negócio* receberá a qualificação de *processual* se tiver potencialidade de influenciar um processo presente ou futuro, se servir como *pressuposto* de um *suposto* em Direito Processual.

## 2.1. Plena eficácia dos negócios jurídicos processuais

Há negócios processuais em que o juiz é sujeito e negócios processuais em que somente as partes são sujeitos.

Naqueles onde não há disposição pelo juiz, ou seja, quando o juiz não é *sujeito* do negócio jurídico processual, ele somente atua no *controle de validade* da convenção. Pode-se utilizar como exemplo a convenção sobre a competência relativa (art. 63 do NCPC) ou escolha consensual do perito (art. 468 do NCPC), além daquelas situações em que o Código exige a *homologação* do juiz para que o negócio produza efeitos (arts. 198, parágrafo único; 331, §11; 484, III; 657, 957 e ss, dentre outros).

Para a boa compreensão, é preciso diferenciar *homologação* de *controle de validade*

A *homologação* é ato (praticado pelo juiz) indispensável à eficácia externa do ato das partes. Dá-se quando o ato das partes, ainda que plenamente válido e eficaz entre elas (eficácia interna), exige para a sua *produção de efeitos* no processo (eficácia externa) a homologação do juiz, como elemento integrativo. Esta é a função da homologação, *conditio iuris* para que o ato possa adentrar no plano da eficácia processual. Nas hipóteses em que não se fala em *homologação*, o negócio já está aperfeiçoado (=válido) pela manifestação volitiva das partes, produzindo eficácia

21. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...* p. 66.

interna e externa. A homologação, contudo, não é ato discricionário magistrado pois, verificando os requisitos de validade do negócio, *deve* homologar.

Perceba-se: o nosso sistema é construído para que os atos jurídicos sejam válidos e eficazes interna e externamente. Parafrazeando o *caput* do art. 200 do CPC, os atos são aptos, desde seu aperfeiçoamento, à constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas. Produzem todos os seus efeitos desde logo. “Isso quer dizer que os efeitos do ato processual, salvo disposição em contrário, são imediatos e não dependem de redução a termo nem de homologação judicial”<sup>22</sup>.

A regra é, pois, a *desnecessidade de homologação*. Somente a norma jurídica<sup>23</sup> pode exigí-la<sup>24</sup>. “A eficácia imediata dos negócios processuais é consequência direta da norma extraída do art. 200 do CPC/2015 e decorrência lógica do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo”<sup>25</sup>.

Por outro lado, quando a lei exige *homologação*, o faz para condicionar a produção de efeitos ao prévio exame da validade, ou seja, o *aperfeiçoamento* do ato (=validade) não implica a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas *no processo*. Para isso, é necessário que o magistrado examine seus elementos constitutivos para, só então, admitir a eficácia no processo. Ocorre, por exemplo, com a *desistência da ação*, que somente produz efeitos após a homologação (art. 200, p.ú.).

É este o raciocínio que se depreende da lição de Moniz de Aragão quando trata das hipóteses constantes do artigo 269, II, III e V do CPC/73: “Mas a sentença proferida

- 
22. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 481. No mesmo sentido: “o mais importante a notar é que o art. 190 do NCCP-2015 não condicionou a eficácia dos negócios jurídicos processuais à homologação judicial”. CIANI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 626.
23. A utilização do termo “norma jurídica” é proposital. As obras que cuidam do tema costumam mencionar a necessidade de *exigência legal* para a homologação. Não se pode olvidar, alguns autores defendem que a própria convenção processual pode exigir *homologação* para sua eficácia processual. Esta constatação não infirma em absolutamente nada as conclusões deste trabalho, mas pelo contrário, as reforça, pois, a própria exigência negocial de homologação decorre do exercício de autonomia plena dos negociantes. Não há exigência de homologação *sem lei* ou *sem norma convencional*. Deixaremos de abordar esta temática aqui e, por isso, seguiremos a linha de tratar da homologação como exigência legal. Para um aprofundamento do tema: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções...* Ob. cit. Ainda: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...* Ob. cit.
24. “o negócio jurídico, para surtir seus efeitos jurídicos, pode exigir ato integrativo (v.g., homologação de autoridade), quando expressamente previsto em lei” ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 267.
25. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções...* Ob. cit. p. 276.

em tal caso não julga a lide, composta através da transação; apenas verifica a validade da própria transação” e continua, “Como o reconhecimento e a transação, a renúncia importa em se extinguir o processo, composta a lide por ato das partes, sem que o juiz o faça através de sentença, a qual é meramente homologatória e se limita a examinar a validade da renúncia”<sup>26</sup>. Em outras palavras, ainda que as partes tenham resolvido a relação material, transacionando, a produção de efeitos *no processo* (=extinção da causa com exame de mérito) depende de um juízo prévio de validade.

A exigência de homologação *inverte a lógica*: se o controle de validade *puro e simples* impõe a decretação de invalidade e a consequente perda da eficácia; a exigência de homologação impõe o *acertamento* da validade para que possa produzir efeitos.

Tal desdobramento é de suma importância. É que o ato, *mesmo inválido*, produz seus efeitos até que se decrete a sua invalidade. Atos viciados podem produzir efeitos até que sejam *sancionados* pela invalidação<sup>27</sup>. Por outro lado, atos submetidos à homologação *não* produzem efeitos até que se dê a chancela pela análise judicial. Esta última hipótese é excepcional. Como anota Pedro Henrique Nogueira: “Os atos processuais *lato sensu* normalmente, quando praticados, produzem seus efeitos processuais típicos. Nem mesmo o vício obsta a que o ato seja eficaz (...) até a respectiva invalidação. Os atos processuais inválidos, portanto, ingressam no plano da eficácia”<sup>28</sup>.

No mesmo sentido:

Essa homologação, quando prevista na lei, é *condição de eficácia* do negócio celebrado pelas partes. Analiticamente, pode-se dizer que o ato de homologação funciona como elemento integrativo do suporte fático do acordo, fazendo com que ele gere alguma eficácia específica. Trata-se de uma condição legal (*conditio iuris*) que não infirma a validade do negócio porque se coloca no plano da eficácia: os efeitos pretendidos pelas partes só se produzem após a homologação.<sup>29</sup>

26. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. 2, arts. 154 a 269*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. pp. 427 e 430.

27. Para uma melhor compreensão da teoria das invalidades processuais, remetemos o leitor para: AVELINO, Murilo Teixeira. A simulação em dupla perspectiva: direito material e direito processual. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; KOEHLER, Frederico; PAULINO, Roberto; SILVA NETO, Francisco de Barros e; COSTA FILHO, Venceslau Tavares (coords). *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2017.

28. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios...* Ob. cit. p. 181.

29. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções...* Ob. cit. p. 233. No mesmo sentido, a homologação é compreendida como um dos “*elementos integrativos*, que também não compõem o suporte fático dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos, sendo atos praticados por terceiros, em geral autoridade pública, que integram o ato jurídico, repercutindo apenas no plano da eficácia, a fim de que se irradie certo efeito que se condiciona à eficácia normal dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos”. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Negócios...* Ob. cit. p. 267.



É esta a lição refletida em dois enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Conforme o Enunciado n° 133: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”. Ainda, o Enunciado n° 260: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

A exigência de homologação pelo legislador não desnatura a natureza do ato negocial. Quando exigida, reflete opção de dar uma maior regulação ou controle à emissão volitiva das partes<sup>30</sup>.

A homologação em *absolutamente nada* se confunde com o controle de validade da convenção consagrado no parágrafo único do art. 190. Em tais hipóteses, a função do magistrado é verificar se o negócio jurídico processual que lhe chega ao conhecimento está de acordo com o ordenamento jurídico. Assim, no exemplo da eleição de foro negocial, o juiz deve verificar se as partes são capazes, se o direito em disputa admite disposição, se a cláusula não é abusiva (art. 63, §3° do NCPC) e, obviamente, se não se trata de disposição a respeito de competência absoluta (expressamente vedada pelo art. 62 do NCPC).

Somente se verificar a abusividade ou o não preenchimento dos demais requisitos, o juiz negará eficácia ao ato. Em outras palavras, enquanto não houver o *controle de validade*, a cláusula de eleição de foro presume-se válida e produz seus efeitos<sup>31</sup>.

O controle de validade que o magistrado exerce sobre a cláusula de eleição de foro decorre do seu poder de controlar a sua própria competência, matéria sobre a qual as partes não podem dispor. Todavia, se válida a cláusula e ele foi o juiz eleito, há de continuar atuando no processo. Se não, deve remeter o processo ao juízo competente. Perceba-se que só haverá este controle porque a cláusula de eleição de foro produz eficácia externa (para além da esfera dispositiva dos sujeitos negociantes<sup>32</sup>)

30. Nesse sentido: “A necessidade de homologação judicial não descaracteriza o ato como negócio (...). A autonomia privada pode ser mais ou menos regulada, mais ou menos submetida a controle, mas isso não desnatura o ato como negócio. Todo efeito jurídico é, obviamente, consequência da incidência de uma norma sobre um fato jurídico; ora a lei confere à autonomia privada mais liberdade para a produção de eficácia jurídica, ora essa liberdade é mais restrita”. DIDIER Jr., Fredie. *Curso... vol. 1. Ob. cit. p. 379.*
31. Perceba-se, este exame a respeito da validade da eleição de foro relaciona-se intimamente à regra da *Kompetenz-Kompetenz*, ou seja, à possibilidade de o magistrado decidir a respeito de sua própria competência. Este poder do magistrado não pode ser dele retirado por negócio processual das partes. O que é possível, todavia, é convencenarem autor e réu, previamente, no que refere à competência territorial (disponível), onde será proposta a ação. Esta convenção produz seus efeitos, inclusive processuais, desde logo. A regra é a seguinte: prevalece a vontade das partes. Tanto é assim que o exercício da *Kompetenz-Kompetenz* é do juiz eleito pelas partes, que somente pode *julgar sua própria competência* porque a convenção processual possui plena eficácia.
32. Conforme anota Carlos Adriano Miranda Bandeira, “a vontade das partes não derroga a *Kompetenz-Kompetenz*, aquela inerente legitimidade do órgão julgador para decidir ao menos quanto à sua competência para julgar um caso que lhe seja apresentado”. BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. O



independentemente de homologação, vinculando a fixação de competência no juízo eleito, matéria que respeita somente à disposição das partes.

Trata-se de um negócio processual firmado fora do procedimento, ou seja, não é ato endoprocessual; não se submete à homologação; e não altera a posição jurídica do magistrado no processo, pois fixada previamente à própria propositura da demanda dentro do âmbito de autorregramento autorizado expressamente pela ordem jurídica.

É nesse sentido que o art. 190, parágrafo único, permite expressamente que o magistrado controle a validade das convenções sobre o procedimento, recusando-lhes aplicação em caso de invalidade ou abusividade. O controle do juiz reside, basicamente, em verificar a possibilidade de as partes regularem o procedimento da forma como desejam<sup>33</sup>.

Por tudo isso, é possível concluir o seguinte: quando se exige a *homologação*, o juiz atua somente para permitir que o negócio produza os seus efeitos específicos no processo, *conditio iuris* para a eficácia processual do ato; na hipótese geral de negócios sobre o procedimento, a disposição das partes presume-se válida e eficaz, cabendo ao magistrado somente atuar no controle de validade.

Assim, em respeito ao art. 200 do CPC, *não é juridicamente admissível* condicionar a eficácia da convenção processual à homologação quando norma jurídica não a exija. O magistrado não possui competência para condicionar, como regra, a eficácia dos atos das partes. Fazê-lo é incorrer em ilegalidade.

Quanto ao controle de validade, por outro lado, não se pode construir um critério apriorístico para determinar se o acordo sobre o procedimento é legítimo. É possível, não obstante, já afirmar algumas posições na doutrina, que nos parecem relevantes: a) os negócios processuais não podem afastar a incidência das normas fundamentais do processo<sup>34</sup>; b) no controle dos negócios deve-se levar em conta a noção de que só há *invalidade* quando existir defeito mais prejuízo; c) não é possível se valer de negócios jurídicos processuais para alterar os aspectos que tornam especial certo procedimento, como ocorre, por exemplo, nos Juizados Especiais; d) o magistrado deve tomar como parâmetro de controle as normas do Código Civil a respeito dos negócios jurídico<sup>35</sup>; e) não se pode estipular a interposição de recurso *per saltum* às cortes superiores, sob pena de ferimento à regras de fixação de competência absoluta.

---

papel do juiz no controle dos negócios jurídicos processuais e o art. 190 do novo código de processo civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8. Recife: Seção Jurídica de Pernambuco, 2015. p. 54.

33. C.f. Enunciado n° 261 do FPPC. (art. 190; art. 200) O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art.190.
34. Nesse sentido: Enunciado n° 6 do FPPC: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.”
35. Nesse sentido, diversos Enunciados do FPPC, como os de número: 403, 404, 405, 406, 407, 408, 410, 411.

De fato, razoabilidade e proporcionalidade, devem informá-lo. Tomemos como exemplo o *acordo sobre prazos peremptórios* – sem dúvida admitido pelo CPC. Não obstante as partes possam dispor de tais prazos, sendo essa disposição mesma um direito, o nosso ordenamento jurídico veda o *abuso de direito*. Assim, a atuação das partes que for de encontro à justa e eficiente prestação da atividade jurisdicional, é passível de controle pelo magistrado, através do permissivo dado pelo devido processo legal substancial e da economia processual, informadores da teoria das invalidades dos atos jurídicos. Tal entendimento pode ser balizado, inclusive, pelas disposições constantes do art. 139, incisos II e III do NCPC, na medida em que impõem ao juiz o dever de zelar pela duração razoável do processo e prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça.

Dessa forma, as partes podem dispor livremente dos prazos, desde que essa disposição não configure ato desproporcional, que a prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável e de forma eficiente seja protegida. Aprioristicamente, não se pode dizer qual prazo razoável ou não, devendo o exame restar ao caso concreto. Em hipóteses como esta, em que o negócio tem como sujeitos somente as partes, ao juiz cabe somente o seu controle.

Não se exige, nas hipóteses mencionadas, a manifestação de vontade do juiz para o aperfeiçoamento do negócio, tendo o magistrado “o dever de abster-se de contrariar o que foi convencionado (CPC/2015, art. 139, V), além de tomar medidas necessárias para implementar aquilo que foi objeto de convenção (CPC/2015, art. 3º, §3º)”<sup>36</sup>. Caso a parte prejudicada argua o descumprimento do tanto quanto negociado<sup>37</sup>, deve o magistrado ordenar a execução do tanto quanto convencionado entre as partes<sup>38</sup>.

Confirmando a lição, foi aprovado – por propositura nossa – o Enunciado nº 115 da II Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “O negócio jurídico processual somente se submeterá à homologação quando expressamente exigido em norma jurídica, admitindo-se, em todo caso, o controle de validade da convenção”.

Assim, não há de se requerer a homologação judicial em hipótese na qual norma jurídica (*legal ou negocial*) não a exija. O magistrado não possui competência para condicionar, como regra, a eficácia dos atos das partes. Fazê-lo indiscriminadamente, fora dos casos previstos, é incorrer em ilegalidade.

Por fim, e após a compreensão do tema, há de ser feita uma importante nota: o controle da *validade* do negócio pode ser feito de ofício ou a requerimento, nos termos do parágrafo único do art. 190; já o *descumprimento* do negócio deve ser

36. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios...* Ob. cit. p; 230.

37. Enunciado nº 252 do FPPC: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento”.

38. Nesse sentido, Enunciado nº 17 do FPPC: “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção.”

apontado pelo interessado, a quem incumbe requerer sua execução. No último caso, o magistrado não pode atuar de ofício.

Em outros termos, é dever do magistrado manifestar-se de ofício quanto à validade da convenção. Por outro lado, o inadimplemento de qualquer convenção válida é matéria que exige a provocação.

### 3. A FAZENDA PÚBLICA E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NÃO IMPOSSIBILITA CONVENCIONAR

A indisponibilidade do interesse público, tutelado no processo pelas procuradorias de representação dos Municípios, Estados e União, no âmbito da Administração Direta e Indireta, não desautoriza a Fazenda Pública em Juízo se submeter à solução consensual dos conflitos. O tema é objeto de interesse da doutrina, que se questiona inclusive a respeito do que significa mesmo o chamado *interesse público*. Em importante análise, anota Márcio Rocha:

Da mesma forma, dizer que o *interesse público*, em si, é *indisponível*, revela-se um tanto intangível, pois, o que é o interesse público em sua essência? Quem o estabelece? E, esse “alguém”, ao estabelecer o que é de interesse público da sociedade, não estaria *dispondo* dele? Esse “alguém” se encontraria na “posição original”, coberto pelo “véu de ignorância” como pretendeu Rawls? Inquietações e questionamentos quase que intermináveis podemos fazer.<sup>39</sup>

Tais questionamentos apenas reforçam que, na linha de tudo quanto afirmado anteriormente, a *indisponibilidade do interesse público* não impede genericamente que a Fazenda Pública participe de autocomposição<sup>40</sup>.

Tudo isso é corroborado pela lei n° 9469/97, que expressamente prevê a realização de acordos visando a prevenção ou resolução de conflitos envolvendo o Poder Público. A mesma lei dispõe também sobre a autorização de não propositura de ações e dispensa de recursos por parte da advocacia pública federal. No mesmo sentido, as leis n° 10.259/2001 e n° 12.152/2009, que autorizam os representantes judiciais da Fazenda Pública a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais. Ainda, a lei n° 10.522/2002, em seu art. 19, traz diversas hipóteses em que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional está autorizada a não contestar, não recorrer ou desistir dos recursos já interpostos.

39. ROCHA, Márcio Oliveira. *Sobre a Ordem Pública Processual, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 61.

40. “Ressalte-se que a indisponibilidade do interesse público, em si, marca do Direito Administrativo durante tempos, enfrenta questionamentos e não obsta a possibilidade de autocomposição”. *Idem. ib idem*. p. 99

Recentemente, duas fontes formais foram objeto de grande atenção, reforçando as perspectivas de que a gestão do crédito público pode, muitas vezes, significar a não persecução em juízo, a adoção de outras técnicas resolutivas e mesmo a possibilidade de *transação em matéria tributária*.

A lei nº 13.874/2019 (Declaração de Direito de Liberdade Econômica), alterando a lei nº 10.522/02, consagrou legalmente a política de redução de litigiosidade capitaneada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional desde a Portaria PGNF nº 502/2016, reafirmando que a postura de gestão judicial do crédito público deve ser eficiente e com vistas à preservação e recuperação do crédito público. Inclusive, está expressamente previsto que os posicionamentos administrativos devem se adequar à jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores<sup>41</sup>. No art. 19, §§ 12 e 13 da lei, há previsão expressa da possibilidade de a Fazenda Pública firmar convenções processuais tanto na cobrança administrativa quanto judicial:

Art. 19. §12. Os órgãos do Poder Judiciário e as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderão, de comum acordo, realizar mutirões para análise do

41. Redação atual do art. 19, *caput* e §1º, da lei nº 10.522/02:

“Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre:

I - matérias de que trata o art. 18;

II - tema que seja objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular;

III - (VETADO).

IV - tema sobre o qual exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular;

V - tema fundado em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por resolução do Senado Federal, ou tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo Supremo Tribunal Federal em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

VI - tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando:

a) for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo; ou

b) não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e

VII - tema que seja objeto de súmula da administração tributária federal de que trata o art. 18-A desta Lei.  
§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários; ou

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.”

enquadramento de processos ou de recursos nas hipóteses previstas neste artigo e celebrar negócios processuais com fundamento no disposto no art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 13. Sem prejuízo do disposto no § 12 deste artigo, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional regulamentará a celebração de negócios jurídicos processuais em seu âmbito de atuação, inclusive na cobrança administrativa ou judicial da dívida ativa da União.

Recentemente, ainda, foi editada a Medida Provisória nº 899, de 16 de outubro de 2019 (*MP do Contribuinte Legal*)<sup>42</sup>, dispondo expressamente sobre a possibilidade de *transação resolutiva de litígio tributário*. Trata-se de verdadeiro marco na gestão do crédito público no Brasil, pois põe ponto final na discussão a respeito da possibilidade ou não de autocomposição quando o direito debatido está protegido pelo *véu da indisponibilidade*.

A MP, regulando a disposição do art. 171 do CTN (que consagra a transação como forma de extinção do crédito tributário) prevê a transação (i) por proposta individual ou por adesão, na cobrança da dívida ativa; (ii) por adesão, nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário e (iii) por adesão no contencioso administrativo tributário de baixo valor (art. 2º).

Admite-se que o instrumento de transação disponha, alternativa ou cumulativamente, sobre (i) concessão de descontos em créditos inscritos em dívida ativa da União que, a exclusivo critério da autoridade fazendária, sejam classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, desde que inexistentes indícios de esvaziamento patrimonial fraudulento; (ii) prazos e formas de pagamento, inclusive diferimento e moratória; e (iii) oferecimento, substituição ou alienação de garantias e de constrições (art. 5º).

Nada obstante a proposta de transação não suspenda por si só a exigibilidade dos débitos por ela abrangidos nem o andamento das respectivas execuções fiscais (não atraindo a incidência do art. 151 do CTN), sendo o caso, permite-se que as partes convençionem sobre a suspensão do processo, nos termos do inciso II do art. 313 do CPC (art. 6º).

Em suma: é possível transacionar em matéria tributária, *direito material indisponível*. Superada – por *fonte formal* – a discussão, não há razão para se justificar qualquer limitação de plano à realização de negócios processuais pela Fazenda Pública.

Merece ser destacada uma interessante previsão, constante no art. 4º, IV, da MP em questão<sup>43</sup>:

Art. 4º A proposta de transação deverá expor os meios para a extinção dos créditos nela contemplados e estará condicionada, no mínimo, à assunção dos seguintes compromissos pelo devedor: (...)

42. Assinada pelo Presidente da República no mesmo dia em que este texto foi remetido para análise à revista, qual seja, 16 de outubro de 2019.

43. O texto está presente também no art. 14, §2º, I, da MP.

IV - renunciar a quaisquer alegações de direito, atuais ou futuras, sobre as quais se fundem ações judiciais, incluídas as coletivas, ou recursos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação, por meio de requerimento de extinção do respectivo processo com resolução de mérito, nos termos da alínea “c” do inciso III do caput do art. 487 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.

Condiciona-se a *transação resolutiva de litígio tributário*, pois, à renúncia, pelo contribuinte, do tanto quanto discutido e discutível judicialmente a respeito dos valores objeto da transação. Assim, deverá o contribuinte requerer – como condição prévia à realização da transação, frise-se – a extinção do(s) eventual(is) processo(s) existente(s), com resolução de mérito, em razão da *renúncia* à pretensão formulada na ação, ou seja, ao direito discutido em juízo.

Não há falar, aqui, de extinção do feito nos termos do art. 487, III, “b”. Em outros termos, o juiz não homologará transação. Uma razão prática: é que, quando do momento da renúncia à pretensão formulada na ação, sequer haverá *transação*, em vista que a renúncia é mesmo condição ou pressuposto para ela.

Quando o magistrado extingue o processo com resolução de mérito pela transação (art. 487, III, “b”, apenas reconhece eficácia externa ao ato praticado pelas partes. Pressupõe-se, pois, que a transação seja prévia à extinção do feito. Eis a razão de falar, exatamente, em “homologação”. A autocomposição (=transação) já deve ter ocorrido e produzido efeitos na relação jurídica material entre os interessados. O negócio jurídico deve estar resolvido.

Hipoteticamente, todavia, caso a transação seja levada à cabo fora do processo e não seja trazida à baila, nada impede que as partes (ou uma delas) requeria a extinção do feito sem resolução de mérito pela desistência, por exemplo. Assim, nem sempre a *transação* implicará extinção do feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, III, “b”.

O tema gira em torno da eficácia da transação para o processo. Se a transação é feita no bojo do processo, atrairá a incidência do 487, III, “b”. Mas, sendo realizada fora dele, pode atrair a incidência de qualquer hipótese de extinção, inclusive as do art. 485 do CPC (extinção do feito sem resolução de mérito).

A *transação para resolução de litígio tributário* - feita fora do processo e nas condições previstas na MP nº 899/2019 – não preenche o suporte fático da regra do 487, III, “b”, ou seja, não atrai sua incidência. Isso se dá, exatamente, pelo fato de se colocar a renúncia à pretensão formulada na ação como pressuposto da própria transação. Há uma relação temporal: primeiro se dá a renúncia, depois o feito é extinto com mérito, depois se realiza a transação.

Andou bem o legislador na previsão, especialmente em razão de a transação para resolução de litígios tributários poder prever o pagamento do tributo em parcelas e também hipóteses de rescisão da convenção o que, ocorrendo, permitirá a propositura da respectiva execução fiscal.

Em acréscimo, o próprio CPC, em seu art. 174, prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Mais um exemplo:

O objeto litigioso de uma ação de improbidade pode vir a ser objeto de acordo de leniência, com disposição, pelo Poder Público, do exercício de sua prerrogativa sancionatória. À vista de um espaço de consensualidade dessa magnitude, não se poderá negar a admissibilidade de a Fazenda Pública valer-se do art. 190 do CPC/2015 para, por exemplo, regram aspectos procedimentais daquela demanda, voltados a melhor conformar o processo às peculiaridades do caso concreto. Segue-se a lógica de que “quem pode o mais pode o menos”.<sup>44</sup>

Não há como eventualmente se justificar, pois, que a indisponibilidade do interesse público impediria as convenções processuais. A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico, pode se submeter à autocomposição. Quanto ao ponto, *não resta qualquer dúvida*<sup>45</sup>.

Nesse sentido, o enunciado n° 135 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

Mais uma vez, parece uma lição tranquila na doutrina. A Fazenda Pública pode se submeter à audiência prévia de autocomposição (art. 334 do CPC) e, do mesmo modo, firmar negócios jurídicos processuais. “Desta forma, a exigência de que o direito admita autocomposição não é, por si só, um fato que impeça a Fazenda Pública de celebrar negócios processuais”<sup>46</sup>.

A compreensão restou acertada em diversos fóruns dedicados a debater o CPC. O enunciado n° 256 do FPPC dispõe: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”. No mesmo sentido, o enunciado n° 9 do I Fórum Nacional do Poder Público: “A cláusula geral de negócio processual é aplicável à execução fiscal”.

Recentemente, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado n° 17 na Primeira Jornada de Direito Processual Civil: “A Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC”.

44. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções...* Ob. cit. pp. 92-93. A autora, no capítulo primeiro da obra faz aprofundado estudo da *consensualidade administrativa no direito brasileiro*, anotando as diversas mudanças legislativas que implantaram a ideia de *administração gerencial* em nossa ordem jurídica.

45. No mesmo sentido: “Não há, assim, qualquer óbice a que a Fazenda Pública, em tese, participe de negócios processuais ou de convenções sobre o processo. A indisponibilidade do interesse público não é impedimento a isso, inclusive por ser possível a celebração de um negócio jurídico que fortaleça as situações jurídicas processuais do ente público” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios...* Ob. cit. p. 233)

46. TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. *Negócios...* Ob. cit. p. 289.



É possível a formalização, pela Fazenda Pública, de negócios que versem sobre causas repetitivas, atingindo eventuais lides que sequer foram ajuizadas. Negociação sobre questões de massa, marcação de audiências públicas, formalização de Termos de Ajustamento de Conduta (art. 174, III do CPC), formalização de termos de cooperação institucional, instituição de arbitragem (lei nº 13.129/15), etc., são vários exemplos de negócios jurídicos processuais (*exoprocessuais*) que podem ser firmados.

Assim, a tutela do interesse público indisponível não representa por si só qualquer impedimento aos negócios jurídicos processuais. Eventual vedação deve ser expressa. Em outros termos:

Especificamente quanto às ações envolvendo a Fazenda Pública, não devem ser permitidos os negócios processuais que acarretem prejuízos concreto ao interesse e ao patrimônio público, como aqueles que importem renúncia aos bens e direitos pertencentes ao Poder Público, sem que haja autorização legislativa para tanto. Porém, se a negociação não acarretar qualquer restrição indevida aos bens e direitos pertencentes à Fazenda, nem violar o interesse público, deve ser admitida.<sup>47</sup>

Da mesma que forma, o advogado público responsável pelo processo não poderá firmá-lo caso haja vedação em ato infralegal que regule sua atuação (pareceres, súmulas administrativas, e demais orientações internas), pois só assim a conduta do *servidor* estará vinculada nesse sentido. Da mesma forma não se pode admitir, em concreto, convenção que viole o interesse público. Neste caso, não há como fixar parâmetros prévios e estritos. O servidor público advogado é encarregado, dentro de sua autonomia técnica, pela avaliação, sem embargos de sua responsabilidade funcional<sup>48</sup>.

Interessante é a previsão constante na MP nº 899/2019, ao dispor que os agentes públicos que participarem do processo de composição do conflito, judicial ou extrajudicialmente, somente poderão ser responsabilizados, civil, administrativa ou penalmente, inclusive perante os órgãos públicos de controle interno e externo, quando agirem mediante dolo ou fraude visando a obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem (art. 19). Pune-se, assim, apenas a atuação dolosa.

Um ponto é certo, todavia: os atos administrativos, quando existirem, devem ser *proibitivos*, pois a regra é a permissão. Jamais o contrário.

47. PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. *Fazenda Pública e Execução*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 129.

48. “Quem deve fazer o controle dessas questões, em um primeiro momento, é o próprio representante judicial da Fazenda Pública, que deve se negar a celebrar negócios jurídicos processuais vedados pela lei, ou cujos termos sejam redigidos em desatendimento às restrições legais ou ainda quando violem o interesse público”. *Idem. Ib idem*. p. 132.

#### 4. SOBRE AS PORTARIAS PGFN N° 360/2018 E N° 742/2018

No âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, após o advento do novo CPC, diversas normas internas passaram a prever e regular a realização de negócios jurídicos processuais. A regulação inicialmente tímida, vem ganhando ares bastante positivos de *liberalidade e responsabilidade* na atuação da PGFN para a realização de convenções.

Deve-se apontar, desde logo, que as convenções processuais não guardam relação com a *transação tributária* ou com a *autocomposição*, institutos eminentemente materiais<sup>49</sup> e previstos, para o direito tributário, na recentemente editada *MP do Contribuinte Legal*. Trata-se aqui, em verdade, de adequação procedimental cuja possibilidade, abstratamente considerada, já fora reconhecida institucionalmente. Outros pareceres e portarias da PGFN (em sua maioria de conteúdo protegido por sigilo) já haviam sinalizado a utilização dos negócios processuais visando a redução da litigiosidade, a eficiência e a redução de custos (temporais e financeiros) do processo.

Tais previsões se ocuparam em regular a prática de convenções processuais pela Fazenda Pública de forma tímida, sempre condicionando à previsão de balizas por ato normativo infralegal. Cabe aqui, desde logo, uma nota: havia uma inversão de valores; os atos normativos infralegais (como portarias e pareceres) acabavam por ter um peso maior na atuação da advocacia pública do que o próprio CPC.

Trocando em miúdos: a doutrina é tranquila em admitir a negociação *processual* pela Fazenda Pública, restando clara a perspectiva de que se trata de *adequação do procedimento* às nuances do caso concreto. Todavia, na prática, entendia-se *melhor evitar*. Visando afastar prejuízos à União, a diretriz parecia ser aguardar a definição de parâmetros infralegais. O novo CPC, por si só, não era suficiente; a autonomia *técnica* do Advogado Público, bandeira tão defendida e valorizada, era posta ao lado. A *suposta* intenção de proteção e garantia do *interesse público* acabava, via transversa, por maculá-lo<sup>50</sup>.

Mesmo com todas essas ressalvas, a intenção de permitir à Fazenda Pública a alteração negocial do procedimento. Tal diretriz está inserida em uma sistemática

49. Reforça-se a perspectiva de que as convenções processuais não podem implicar *disposição do crédito público ou de suas garantias* (conforme previsto no CTN). Sem dúvida, dispor sobre *garantias constitucionais materiais do crédito tributário* ou mesmo sobre elementos de sua *constituição, suspensão, extinção, higidez, liquidez e certeza*, não é *negociar para adequar o procedimento*. A cláusula geral do art. 190 do CPC não trata ou permite inferir autorização para tratar desses temas. A possibilidade de *transação tributária* pela Medida Provisória n° 899/2019 (MP do Contribuinte Legal) reforça que a natureza pública do interesse tutelado não impede a autocomposição. Todavia, tratam-se de institutos distintos.

50. “O agir conforme o interesse público exige certo grau de coragem do agente público, que muitas vezes opta por medidas menos econômicas simplesmente para assim evitar o risco de ser acusado da prática de favorecimento a determinada pessoa ou do risco de ser questionado perante os órgãos de fiscalização de suas atividades”. TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios... Ob. cit. p. 288.

muito maior de racionalização da cobrança do crédito público. No âmbito da PGFN está em pleno vapor a implementação de um “novo modelo de cobrança da DAU”, adotando-se procedimentos pré-executivos vocacionados a, dentre outras medidas, i) protesto de CDAs; ii) seleção dos créditos a serem executados; iii) desenvolvimento de técnicas de investigação patrimonial; iv) estudos sobre *rating* de crédito, impactando sensivelmente no aumento da arrecadação<sup>51</sup>; iv) indisponibilidade administrativa de patrimônio, mormente com as recentes alterações promovidas na lei nº 10.522/2002; v) instalação de *núcleos de redução de litigiosidade*, etc.

Soma-se a isso a alteração para melhor nos paradigmas de atuação da defesa da Fazenda Nacional em juízo, iniciada com a Portaria PGFN nº 502<sup>52</sup> – que regulamentou as hipóteses de *desistência de recursos* e *dispensa de contestar e recorrer* – e continuada com o *Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos* (RDCC), responsável por construir parâmetros de persecução judicial do patrimônio de devedores, “classificando-os” em escala de valores e recuperabilidade da dívida ativa da União. A atuação da PGFN passa a ser pautada, assim, em critérios de eficiência, efetividade e redução da litigiosidade. Há de se aplaudir tais iniciativas.

Duas previsões iniciais denotando uma tendência de *abertura* da PGFN aos negócios processuais estão dispostas nas Portarias nº 985/2016 e nº 502/2016. A primeira trata da atuação judicial dos Procuradores da Fazenda Nacional no âmbito do microsistema dos Juizados Especiais Federais<sup>53</sup>; a segunda dispõe sobre a atuação contenciosa judicial e administrativa dos Procuradores da Fazenda Nacional<sup>54</sup>.

51. Como anotou o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, em seu discurso na cerimônia da assinatura no Palácio do Planalto, em 16 de outubro de 2019, quando da edição da MP do Contribuinte Legal: “Há alguns anos a PGFN mantém um rating da Dívida Ativa da União, partindo dos créditos com maior chance de recuperação àqueles com menor chance de recuperação. Em torno de 33% do estoque é rating A e B, porque correspondem a contribuintes que existem, que são produtivos, que têm patrimônio e que possuem dívidas recentes. O restante são contribuintes não localizados, sem produção, sem patrimônio, com dívidas antigas, em recuperação judicial ou, até mesmo, falidos. A PGFN, desde 2016, concentra-se no primeiro grupo, com resultados palpáveis de incremento de arrecadação do estoque da Dívida Ativa e, de quebra, sendo forte fator de desjudicialização. Isso porque são ajuizadas execuções fiscais apenas no primeiro grupo, ou seja, porque vieram a ser identificados contribuinte e patrimônio. Em 2016, foram recuperados R\$ 14,5 bilhões; em 2017, R\$ 26,1 bilhões; em 2018, R\$ 23,88 bilhões. Portanto, a abordagem qualitativa levada a efeito a partir do rating efetivamente resultou números positivos muito expressivos”.
52. No mesmo sentido, há as Portarias nº 487 e 488 da AGU.
53. Em seu artigo 9º, autorizada a realização de negócios jurídicos processuais entre as unidades da PGFN e os Juizados Especiais Federais, objetivando a racionalização da atuação em demandas de massa, que versem exclusivamente sobre matéria de direito, prevendo-se a citação por Portaria do Juízo e o arquivamento de contestação padrão s ser lançada nos autos.
54. Em seu art. 12, fica recomendada a realização de mutirões, inclusive mediante a celebração negócios jurídicos processuais quanto à intimação por lote de temas, nos termos dos arts. 190 e 191 do Código de Processo Civil, objetivando a racionalização da atuação em demandas de massa para análise do enquadramento de processos ou recursos nas hipóteses reguladas na Portaria.

A postura inicialmente tímida se inverteu com a edição das Portarias nº 360/2018 e nº 742/2018. A Portaria nº 360/2018 autoriza a realização, no âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, de modalidades específicas de negócio jurídico processual, inclusive calendarização. Já a Portaria nº 742, disciplina, nos termos do art. 190 do CPC, a celebração de negócio jurídico processual em sede de execução fiscal, para fins de equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União.

A Portaria nº 360/2018 (alterada pela Portaria nº 515/2018) autoriza a celebração, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de diversas modalidades específicas de negócio jurídico processual: i) fixação de calendário para a prática de atos processuais; ii) forma e tempo de cumprimento de decisões judiciais; iii) forma e tempo para confecção ou conferência de cálculos; iv) interposição, prazo e desistência de recursos; v) forma de inclusão do crédito fiscal e FGTS em quadro geral de credores, quando for o caso; vi) sobre prazos processuais; vii) sobre ordem de realização de atos, inclusive em relação à produção de provas.

Algumas limitações são trazidas, vedando-se a celebração de negócio jurídico processual: i) cujo cumprimento dependa de outro órgão, sem que se demonstre a sua anuência prévia, expressa e inequívoca; ii) que preveja penalidade pecuniária; iii) que envolva qualquer disposição de direito material por parte da União, ressalvadas as hipóteses previstas Portaria PGFN Nº 502, de 12 maio de 2016, e na Portaria PGFN Nº 985, de 18 de outubro de 2016; iv) que extrapole os limites dos arts. 190 e 191 do Código de Processo Civil; ou v) que gere custos adicionais à União, exceto se aprovado prévia e expressamente pela Procuradoria-Geral Adjunta competente.

As convenções firmadas nos termos da portaria devem ser previamente autorizadas pelo Procurador-Chefe de Defesa da respectiva Procuradoria-Regional e/ou do Procurador-Chefe de Dívida Ativa da respectiva Procuradoria-Regional, a depender de seu objeto.

Não se exige como regra a homologação judicial da convenção processual, nada obstante seja possível, facultativamente e diante do caso concreto, que os próprios termos do negócio (=norma jurídica negocial) prevejam a necessidade de prévia submissão à homologação do órgão jurisdicional competente, quando não for caso de sua atuação como partícipe.

A Portaria deixa aberta a possibilidade, ainda, de que os Procuradores-Regionais da Fazenda Nacional complementem e regulamentem o tema, atendendo às peculiaridades locais.

A Portaria 742/2018 segue a linha de verter os olhos apenas para negócios processuais, deixando clara a vedação de que as celebrações de convenções processuais sirvam à redução do montante dos créditos inscritos ou impliquem renúncia às

garantias e privilégios do crédito tributário. O foco se dá no procedimento dos feitos executivos fiscais<sup>55</sup>.

O negócio jurídico processual firmado nos seus termos para equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União poderá versar sobre: i) calendarização da execução fiscal; ii) plano de amortização do débito fiscal; iii) aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias; iv) modo de constrição ou alienação de bens.

A celebração de negócios processuais fica condicionada à demonstração de interesse da Fazenda Nacional, podendo a PGFN exigir a celebração de escritura pública de hipoteca ou penhor sobre os bens que comporão as garantias do acerto.

A regulação avança significativamente ao prever uma forma específica de o contribuinte apresentar sua proposta de convenção processual à PGFN, cabendo sua análise à unidade da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional do domicílio do devedor, nos casos de negócio que objetive estabelecer plano de amortização do débito fiscal ou à unidade da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional responsável pelo acompanhamento das execuções fiscais ajuizadas, nos demais casos.

Como forme de ampliar a cooperação, para celebração do negócio processual poderão ser agendadas reuniões para discussão da proposta do devedor ou apresentação de contraproposta da PGFN, nas quais participarão, respeitada a abrangência territorial: i) o Procurador-Regional, o Procurador-Chefe da Dívida Ativa, o Procurador-Chefe ou o Procurador-Seccional, tratando-se de acordo celebrado perante a unidade Regional, Estadual ou Seccional, ou outro procurador por estes designado; ii) o administrador, o procurador ou o representante legal da pessoa jurídica requerente, esse último munido de procuração com poderes específicos.

Havendo aceitação da proposta feita pelo devedor ou da contraproposta apresentada pela PGFN, a unidade responsável deverá redigir os termos do negócio, contendo a qualificação das partes, as cláusulas e condições gerais do acordo, os débitos envolvidos com indicação das respectivas execuções fiscais e os juízos de tramitação, o prazo para cumprimento, a descrição detalhada das garantias apresentadas e as consequências em caso de descumprimento.

Não se exige a necessária previsão de homologação judicial. Será possível requere-la, sendo o caso, quando previsto na própria convenção. Quando se reputar necessária a homologação judicial e houver mais de uma execução fiscal contra o mesmo devedor, o Procurador da Fazenda Nacional deverá requerer a reunião dos processos no juízo prevento, nos termos do art. 28 da Lei nº 6.830/80 (LEF), ou de eventual cláusula de modificação da competência territorial prevista na própria convenção. O negócio processual – em previsão tecnicamente boa – produzirá efeitos enquanto pendente

---

55. Mais uma vez, reforce-se que a previsão da *transação tributária* é posterior às Portarias que ora tratamos, tendo sido prevista na Medida Provisória nº 899/2019 (MP do Contribuinte Legal), assinada em 16 de outubro de 2019.

de homologação judicial, devendo o requerente promover as medidas necessárias ao seu integral cumprimento.

## 5. CONCLUSÃO

De fato, não se pode negar a evolução pela qual vem passando a cobrança do crédito público, mormente através de iniciativas inovadoras com o escopo de dar maior eficiência e efetividade à atuação do Procurador da Fazenda Nacional. Trata-se de uma mudança de paradigma em termos de tutela do crédito público<sup>56</sup>, que já impacta sensivelmente no dia-a-dia das procuradorias, inclusive com a realização de negociações e acertamento de diversos negócios jurídicos processuais. Há um giro de cento e oitenta graus, de uma atuação eminentemente adversarial, para uma atuação cooperativa.

A PGFN deixa de lado a timidez em sua atuação, passando a contextualizar a negociação processual no rol de técnicas de eficiência na recuperação dos créditos públicos, utilizando-se efetivamente deste instrumento previsto no NCPC. Até agosto de 2019 já haviam sido celebrados mais de 15 negócios jurídicos processuais pela Procuradoria, em todas as cinco Regiões<sup>57</sup>.

No sentido de proteger o interesse público, institui-se um *vetor interpretativo* interessante: a celebração de negócios jurídicos processuais deve ser pautada na recuperação do crédito público e na proteção de suas garantias e privilégios. A nós, parece que é este o elemento nuclear do que entendemos por *clausula geral de negociação processual* pela Fazenda Pública.

As perspectivas, daqui em diante, são bastante positivas para a redução de litigiosidade e tratamento eficiente da *coisa pública* no âmbito de atuação da PGFN.

## BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. 2, arts. 154 a 269*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios*

56. Reforçada, em 16 de outubro de 2019, com a edição da MP do Contribuinte Legal, que permitiu a transação tributária. Como anotou o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, em seu discurso na cerimônia da assinatura no Palácio do Planalto: “Agora, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, o Governo de Vossa Excelência dá um passo de ainda maior amplitude. Um passo que aponta para uma radical mudança de cultura na atuação da Advocacia Pública. É uma verdadeira mudança de paradigma: de uma relação de confronto para uma relação de cooperação. Admite-se, aqui, transação em matéria tributária. Portanto, em certas circunstâncias, a Fazenda e o contribuinte poderão dialogar e, à luz de critérios legais, rigorosamente republicanos; poderão negociar obrigações tributárias”.

57. Agradecemos à disponibilidade da Procuradora-Chefe da Defesa, Dra. Maíra Silva da Fonseca Ramos, pela disponibilização de tais informações.



- jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- \_\_\_\_\_. *et al.* No acordo de procedimento qual o papel do Juiz (codeclarante, mero homologador ou outro)? *Revista Brasileira de Direito Processual Civil – RBDPro, ano 23, n.91*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- AVELINO, Murilo Teixeira. *O controle judicial da prova técnica e científica*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- \_\_\_\_\_. A simulação em dupla perspectiva: direito material e direito processual. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; KOEHLER, Frederico; PAULINO, Roberto; SILVA NETO, Francisco de Barros e; COSTA FILHO, Venceslau Tavares (coords). *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. O papel do juiz no controle dos negócios jurídicos processuais e o art. 190 do novo código de processo civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 8*. Recife: Seção Jurídica de Pernambuco, 2015.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais – entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre-docência em Direito apresentada à Congregação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco. São Paulo: 2015.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil – vol. 1*. Campinas: Bookseller, 2003.
- CIANI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIDIER JR. Fredie.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- \_\_\_\_\_.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 2*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- \_\_\_\_\_. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 1. Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MARTINS, Gabriela Freire. “Direitos indisponíveis que admitem transação”: breves considerações sobre a lei nº 13.140/2015. *Revista Caderno Virtual IDP*. Brasília, vol. 1, nº 33 (2016).
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – tomo III*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. *Fazenda Pública e Execução*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ROCHA, Márcio Oliveira. *Sobre a Ordem Pública Processual, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Coleção Repercussões do Novo CPC – vol. 3*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.





Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

## A interpretação do título executivo como matéria de defesa na execução<sup>1</sup>

The interpretation of the enforceable title as a defense allegation  
in the enforcement procedure

### Leonardo Carneiro da Cunha

Professor at the Federal University of Pernambuco, Brazil.  
PhD (Pontifical Catholic University of São Paulo, Brazil), Post-Doc (University of Lisbon, Portugal).

### João Otávio Terceiro Neto

PhD candidate at the Federal University of Pernambuco, Brazil.  
Master of Laws (Federal University of Pernambuco, Brazil).

**RESUMO:** O artigo faz uma análise dogmática da alegação de questões relativas à interpretação do título executivo por meio das defesas do executado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Defesas do executado. Interpretação do título executivo.

1. Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Teoria Contemporânea do Direito Processual”, vinculado à Universidade Federal de Pernambuco, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4344783989787184](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4344783989787184). O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

**ABSTRACT:** The article analyzes the allegation of questions related to the interpretation of the enforceable title by the defendant in the enforcement procedure.

**KEYWORDS:** Defense. Interpretation of the enforceable title.

## 1. INTRODUÇÃO

O título executivo é documento indispensável para a instauração do procedimento executivo: a partir dele, são aferidos a causa de pedir, o pedido, a legitimidade, o interesse de agir etc.<sup>2</sup> Sem título, não há execução válida.

Todos os títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais, possuem uma característica comum: expressam-se por meio da linguagem. Por isso, a cognição exercida pelo juiz, na execução, sempre envolve a interpretação do título executivo.<sup>3</sup> Qualquer título precisa ser interpretado, por mais claro que seja o seu significado. Um sentido óbvio é também um sentido e, portanto, variável dependente da interpretação.<sup>4</sup> Para se verificar a clareza de um texto, é preciso, primeiro, interpretá-lo.<sup>5</sup>

No direito brasileiro, há diversas normas sobre interpretação dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais. O Código de Processo Civil prevê, no seu art. 489, § 3º, normas para a interpretação da decisão judicial. No Código Civil, há normas sobre interpretação dos negócios jurídicos nos seus artigos 112, 113, 114, 421-A, 423, 819 e 843. Já o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor regula a interpretação dos contratos de consumo. Ainda como exemplo, o art. 12 da Lei nº 7.357/1985 estabelece regras sobre a interpretação do cheque.

Diante disso, é comum que, na execução, surjam controvérsias acerca da interpretação do título executivo. Isso ocorre, em especial, quando o executado, em sua defesa, contesta o significado atribuído ao título pelo exequente.

Embora não haja previsão expressa acerca da possibilidade de contestação da interpretação do título executivo nos artigos 525, § 1º, 535 e 917 do CPC, como se verá, é admissível, em certas hipóteses, que o executado suscite questões prejudiciais relativas à interpretação do título.

O presente artigo visa a examinar dogmaticamente a arguição de questões atinentes à interpretação do título executivo como matéria de defesa na execução, abarcando tanto os títulos judiciais como os extrajudiciais.

2. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 5, p. 256.
3. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 189.
4. GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. 2 ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2006, p. 129.
5. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 57.

## 2. A INTERPRETAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO COMO QUESTÃO PREJUDICIAL

### 2.1. Generalidades

Os embargos à execução constituem o meio de defesa do executado na execução fundada em título executivo extrajudicial. Na petição inicial dos embargos, o executado pode alegar “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento” (CPC, art. 917, VI). Assim, não há, em princípio, qualquer limitação cognitiva no processo dos embargos.

Por outro lado, a impugnação ao cumprimento de sentença, como defesa cabível na execução fundada em título judicial (cumprimento de sentença), possui uma limitação cognitiva decorrente da coisa julgada e da sua eficácia preclusiva. Desse modo, somente as matérias elencadas no rol do art. 525, § 1º, do CPC podem ser suscitadas pelo executado. No referido dispositivo, não há menção à interpretação do título executivo judicial.

Em alguns casos, porém, é possível que a resolução da questão principal levantada na defesa do executado dependa de uma questão prejudicial incidental relativa à interpretação do título executivo, seja ele judicial, seja extrajudicial. Nessas hipóteses, impõe-se ao juiz que, ao julgar a defesa do executado, solucione primeiro a questão interpretativa e atribua ao título o sentido que se conforme às normas sobre interpretação incidentes, para, só então, resolver a questão principal. Ou seja, a solução da questão interpretativa determina o modo como a questão principal deva ser resolvida.

A seguir, serão analisadas as situações em que isso pode ocorrer.

### 2.2. Excesso de execução como questão subordinada à questão interpretativa

Segundo o art. 917, § 2º, I a V, do CPC, há excesso de execução quando: a) o exequente pleiteia quantia superior à do título; b) ela recai sobre coisa diversa daquela declarada no título; c) ela se processa de modo diferente do que foi determinado no título; d) o exequente, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adiantamento da prestação do executado; e) o exequente não prova que a condição se realizou. Embora tais disposições estejam inseridas no regramento dos embargos à execução, elas também se aplicam, *mutatis mutandis*, à impugnação ao cumprimento de sentença, por força do art. 771 do CPC.

Nos casos em que o executado alega excesso de execução, tanto na impugnação ao cumprimento de sentença como nos embargos à execução, é possível que a questão principal tenha seu julgamento condicionado à prévia resolução de uma questão incidental atinente à interpretação do título executivo. Isto é, para fundamentar a afirmação de excesso de execução, o executado questiona a interpretação dada pelo exequente ao título executivo, exigindo do julgador uma solução para a controvérsia interpretativa. O juiz, então, deve precisar a interpretação correta do título executivo (questão prejudicial incidental), para, só depois, decidir se há excesso de execução (questão principal).

A título de exemplo, é comum que o executado questione o *quantum debeat*, baseando sua discordância na atribuição de um significado ao título executivo distinto daquele dado pelo exequente.

Nesse sentido, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em caso anterior à Lei nº 11.232/2005, assentou que “é possível alegar, pela via dos embargos à execução judicial, excesso de execução com base na interpretação da sentença exeqüenda, sem que isso signifique revolver as questões já decididas no processo de conhecimento”<sup>6</sup>.

A 4ª Turma do STJ também já decidiu que, “em situações até bastante ocorrentes, mostra-se perfeitamente cabível e necessário, no âmbito de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento de sentença, suscitar o executado a discussão acerca dos precisos termos da decisão condenatória, objeto de execução, sem que isso importe pretensão de afronta à coisa julgada, sobretudo quando as partes divergem acerca de interpretações possíveis para o mesmo título”<sup>7</sup>.

Esse entendimento já foi ratificado pela Corte Especial do STJ<sup>8</sup>.

Se é verdade que a interpretação da sentença transitada em julgado pode ser questionada na defesa do executado, sem que isso implique ofensa à coisa julgada, outra não pode ser a conclusão no tocante aos títulos executivos extrajudiciais – mesmo porque, como visto, não existe limitação cognitiva nos embargos à execução.

Dessa forma, não há, nesse ponto, distinção entre os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença: em ambos, é admissível que o executado suscite questão prejudicial incidental relativa à interpretação do título executivo como fundamento da alegação de excesso de execução.

A questão interpretativa também pode ser suscitada como prejudicial principal, em vez de incidental, tanto nos embargos à execução como na impugnação ao cumprimento de sentença. Em tal hipótese, há cumulação de pedidos declaratórios: um relativo à interpretação do título executivo, e outro atinente ao excesso de execução. A dedução da questão interpretativa como principal ou como incidental determinará o regime da coisa julgada, conforme se verá no item 4.

### **2.3. Inexistência de título executivo como questão subordinada à questão interpretativa**

Tanto o art. 525, § 1º, III, como o art. 917, I, do Código de Processo Civil preveem a “inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação” como matéria de defesa alegável na execução.

6. STJ, 3ª Turma, REsp 818.614/MA, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.10.2006, DJ 20.11.2006, p. 309.

7. STJ, 4ª Turma, REsp 1243701/BA, rel. Min. Raul Araújo, j. 4.10.2011, DJe 12.3.2012.

8. STJ, Corte Especial, AgRg nos REsp 505.944/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 18.3.2009, DJe 2.4.2009.

Há inexigibilidade quando pende condição ou termo que inibe a pretensão do exequente, bem como na hipótese de o título executivo judicial fundar-se em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF ou na aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tido pelo STF como incompatível com a Constituição (CPC, art. 525, § 12).

Por outro lado, “há *inexequibilidade* quando a decisão judicial não é *título executivo*. Há falta de título ou ausência dos atributos da respectiva obrigação (certeza e liquidez)”<sup>9</sup>. Araken de Assis cita alguns exemplos de inexequibilidade: a) decisão judicial impugnada por recurso com efeito suspensivo; b) decisão judicial não submetida à remessa necessária (CPC, art. 496); c) documento particular assinado pelo devedor, mas sem a assinatura das testemunhas (CPC, art. 784, II); d) decisão judicial que não reconheceu obrigação a cargo de vencido (CPC, art. 515, I)<sup>10</sup>.

O executado, ao defender-se na execução, pode suscitar questão prejudicial incidental acerca da interpretação do título, a fim de fundamentar a alegação de que o documento que lastreia o procedimento executivo não estabelece obrigação certa e líquida em face do executado e, por isso, não é título executivo. Isto é, pode-se questionar a interpretação conferida ao título pelo exequente e concluir que o seu texto não prevê obrigação a ser cumprida pelo executado. Nesse caso, a interpretação do título (questão prejudicial incidental) condiciona o julgamento acerca da sua exequibilidade (questão principal).

#### **2.4. Questões relativas à validade da sentença arbitral subordinadas a questões interpretativas**

A defesa do executado, na execução de sentença arbitral, possui amplitude cognitiva maior do que nas execuções fundadas em outros títulos executivos judiciais. Isso porque, segundo o art. 33, § 3º, da Lei nº 9.307/1996, a decretação da nulidade da sentença arbitral pode ser requerida na impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do art. 525 do CPC.

Dessa forma, os vícios que ensejam ação anulatória de sentença arbitral, previstos no art. 32 da Lei de Arbitragem, podem ser arguidos na defesa do executado. É necessário, contudo, que a impugnação que verse sobre tais matérias seja apresentada dentro do prazo decadencial de noventa dias, estabelecido no art. 33, § 1º, da referida Lei<sup>11</sup>.

A verificação da ocorrência de alguns dos vícios previstos no art. 32 da Lei nº 9.307/1996 pode depender da prévia fixação do sentido preceptivo da sentença

9. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, ob. cit., p. 543.

10. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1270.

11. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 373-375.

arbitral, de modo que, em tais casos, é dado ao executado ventilar questão prejudicial incidente relativa à interpretação do título executivo. Tais hipóteses residem nos incisos III e IV do art. 32.

De acordo com o art. 32, III, da Lei de Arbitragem, é nula a sentença arbitral se não contiver os requisitos do art. 26, isto é, relatório, fundamentação, dispositivo e a data e o lugar em que foi proferida. Assim, por exemplo, é possível que o réu, na execução da sentença arbitral, apresente impugnação em que questione a interpretação do título e conclua ser insuficiente a fundamentação decisória. Em tal caso, para decidir se a fundamentação é deficiente, o juiz deve, primeiro, resolver a questão interpretativa incidental. A solução desta determinará a validade da sentença arbitral (questão principal).

Já o inciso IV do art. 32 da Lei nº 9.307/1996 dispõe ser nula a sentença arbitral se for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Nessa situação, caso o réu suscite questão prejudicial incidental sobre a interpretação da sentença, será necessário que o juiz interprete não só a decisão, mas também a convenção arbitral e até o termo de arbitragem (que, uma vez firmado por todos, integra a convenção, de acordo com o art. 19, § 1º, da Lei de Arbitragem), para aferir se houve violação aos limites objetivos anteriormente fixados.

Em ambas as situações, a questão principal relativa à validade da sentença arbitral tem seu julgamento condicionado à prévia resolução da questão prejudicial incidental atinente à interpretação do título executivo judicial.

### **3. RESOLUÇÃO DA QUESTÃO INTERPRETATIVA**

#### **3.1. Competência**

Suscitada questão prejudicial interpretativa na defesa do executado, cabe ao juiz resolvê-la, para depois solucionar a questão subordinada. Assim, em princípio, compete ao juízo da execução interpretar o título executivo.

Entretanto, caso o título executivo extrajudicial seja contrato que contenha cláusula compromissória, competirá ao árbitro ou tribunal arbitral interpretá-lo, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem. O mesmo ocorrerá nas hipóteses em que tiver havido compromisso arbitral.

Por outro lado, sendo o título executivo uma decisão judicial, costuma-se afirmar que o cabe ao Poder Judiciário fazer uma “interpretação autêntica” do próprio ato decisório. Cabe frisar que essa interpretação é autêntica em função da identidade institucional, e não da pessoa do juiz, de sorte que vários órgãos jurisdicionais podem ser considerados um sujeito idêntico<sup>12</sup>. Assim, “é equivocado afirmar que o juiz

---

12. BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 148.

sentenciante produz ou faz interpretação mais legítima do que a interpretação de qualquer outro juiz que venha a conduzir a execução”<sup>13</sup>.

Portanto, do mesmo modo que, por exemplo, cabe ao juiz da execução interpretar o título executivo judicial quando este for um acórdão, caberá ao tribunal interpretar a decisão de primeiro grau, caso seja interposto recurso contra a decisão de primeira instância que julgou a defesa do executado. A competência para interpretar a decisão judicial só depende da fase em que se encontra o processo.

### 3.2. Aplicação das normas sobre interpretação: questão interpretativa como questão de direito

O direito positivo brasileiro, como visto, contém diversas normas sobre interpretação dos atos jurídicos. Cabe ao juiz, ao interpretar o título executivo, aplicar tais normas.

Como ressalta Emilio Betti, a vantagem de se estabelecer uma disciplina legal para a interpretação dos atos jurídicos consiste em reduzir a incerteza da tarefa hermenêutica à margem mais estreita possível, na medida em que as normas têm caráter preceptivo e valor vinculante, obrigando a atividade interpretativa em um determinado sentido<sup>14</sup>. Em outras palavras, as normas sobre interpretação são impostas, e não meramente sugeridas<sup>15</sup>.

Significa dizer que, no sistema jurídico atual, a atividade interpretativa resulta conforme o direito quando se ajusta às normas legais sobre interpretação, e não simplesmente quando reconstrói a vontade do(s) agente(s)<sup>16</sup>. Assim, deixar de seguir uma regra ou um princípio sobre interpretação ou mesmo aplicá-los indevidamente representa violação a norma jurídica<sup>17</sup>. As questões interpretativas, portanto, são questões de direito<sup>18</sup>.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que “a interpretação da sentença, que é um ato do processo, constitui questão de direito que pode ser dirimida na via do recurso especial”<sup>19</sup>. O STJ, portanto, em tais situações, afasta a aplicação do

13. STJ, 3ª Turma, REsp 818.614/MA, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.10.2006, DJ 20.11.2006, p. 309.

14. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*: teoria generale e dogmatica. Milão: Giuffrè Editore, 1949, p. 139-140.

15. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

16. ALPA, Guido. “Il controllo giudiziale del contratto e l’interpretazione”. *L’evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*. Milão: Giuffrè Editore, 2013, v. 7, p. 31.

17. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 289-290.

18. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005, t. 1, p. 743.

19. STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 909.286/PR, rel. Min. Ari Pargendler, j. 7.8.2008, DJe 5.11.2008.



enunciado 7 da sua súmula, admitindo recurso especial que verse sobre a interpretação da sentença transitada em julgado<sup>20</sup>.

Todavia, contraditoriamente, o mesmo STJ, em regra, não admite recurso especial que verse sobre interpretação de cláusula contratual, ainda que se trate de título executivo extrajudicial. Para o STJ, a controvérsia acerca da compreensão do contrato constitui questão de fato, insuscetível de análise por meio de recurso especial. Tal entendimento está consolidado no enunciado nº 5 da sua súmula de jurisprudência, editado em 1990: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”.

Em ensaio anterior<sup>21</sup>, já se evidenciou que o referido enunciado sumular, réplica do antigo verbete 454 da súmula do STF, de 1964, precisa ser cancelado.

Isso porque ele se baseia na falsa premissa de que as normas sobre interpretação contratual não contêm “mandamento prático armado de sanção, embora contenham indicações, às vezes não despiciendas, ao intérprete e ao juiz”,<sup>22</sup> como já decidiu o STF. Ou seja, tais normas seriam, na verdade, meros conselhos. Assim, as questões interpretativas seriam sempre fáticas, por não haver verdadeiras normas jurídicas a serem aplicadas na sua solução.

Essa concepção, contudo, fundava-se no antigo dogma da vontade, fruto da ideologia liberal do século XIX. Nesse período, muitos civilistas da Europa continental consideravam que a vontade era a verdadeira fonte geradora de efeitos jurídicos, sendo a declaração mero indício ou sinal da sua existência. Por isso, o sentido da declaração subordinava-se à vontade interna do(s) declarante(s); os efeitos jurídicos somente poderiam ocorrer se queridos pelo agente<sup>23</sup>. Logo, não fazia sentido considerar vinculantes as normas sobre interpretação, na medida em que, se a atividade hermenêutica não conduzisse exatamente ao significado desejado pelo(s) declarante(s), o negócio seria considerado nulo. A vontade interna era, então, o único vetor interpretativo admissível.

Tal ideia, entretanto, já se encontra superada.

Na França, onde o dogma da vontade imperou a partir do Código Civil de 1804, ele foi paulatinamente podado pela jurisprudência e pela doutrina, que caminharam rumo a uma posição intermediária, colhendo elementos da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*), conforme historia Antonio Junqueira de Azevedo<sup>24</sup>.

20. STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1360424/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.2.2014, *DJe* 11.3.2014.

21. CUNHA, Leonardo Carneiro da; TERCEIRO NETO, João Otávio. “Recurso especial e interpretação do contrato”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 275, p. 257-270, 2018.

22. STF, 2ª Turma, AI 14.624, rel. Min. Orosimbo Nonato, j. 19.12.1950, *DJ* 19.1.1951, p. 567.

23. WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Turim: UTET, 1925, v. 1, p. 235-237.

24. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 73-82.

Na Itália, segundo Luigi Mosco<sup>25</sup>, remonta à vigência do Código Civil de 1865 a investigação da natureza das normas sobre interpretação dos negócios jurídicos. Ainda durante sua vigência, foi superada a discussão doutrinária que perquiria se tais normas seriam autênticas normas jurídicas ou meros conselhos oferecidos pelo legislador. Antes mesmo do advento do Código Civil italiano de 1942, a discussão doutrinária em torno desse tema já estava praticamente superada. Na Itália, não há mais dúvida sobre a normatividade dos enunciados legislativos sobre interpretação dos negócios jurídicos<sup>26</sup>. Justamente por isso, Carnelutti defendeu que a inobservância das normas sobre interpretação das declarações de vontade constitui violação à lei para fins de cabimento de recurso de cassação<sup>27</sup>.

Semelhantemente, Rui Pinto Duarte destaca que, desde a década de 1960, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal superou o entendimento de que a interpretação contratual seria mera questão de fato<sup>28</sup>.

No Brasil, a doutrina, a partir do art. 85 do Código Civil de 1916, sempre defendeu que o intérprete deveria buscar não a vontade interior, que o sujeito poderia ter manifestado, mas aquela efetivamente exteriorizada, pois o que não foi externado não entra no mundo jurídico<sup>29</sup>. Sempre se buscou, portanto, a vontade objetivada<sup>30</sup>.

Já na vigência do Código Civil de 2002, o próprio STJ chegou a reconhecer isso expressamente:

Aplica-se, no particular, a correta hermenêutica do art. 112 do Código Civil de 2002, que não se apegou nem à vontade psíquica do agente nem à literalidade da manifestação, mas à intenção consubstanciada nas declarações. Assim, o intérprete deve partir das declarações externadas para alcançar, na medida do possível, a manifestação efetivamente desejada, sem conferir relevância, dessa forma, à vontade omitida na declaração.<sup>31</sup>

Desse modo, hoje, com a superação do dogma da vontade, negar a normatividade das disposições legais sobre interpretação dos negócios jurídicos é atitude arbitrária e *contra legem*. Tais normas possuem suportes fáticos e preceitos definidos

25. MOSCO, Luigi. *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*. Nápoles: Jovene Editore, 1952, p. 33.

26. Cf. SANGERMANO, Francesco. *L'interpretazione del contratto: profili dottrinali e giurisprudenziali*. Milão: Giuffrè Editore, 2007, p. 16-18.

27. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 427-428.

28. DUARTE, Rui Pinto. *A interpretação dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 22-24.

29. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Atual. Wilson Rodrigues Alves. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2001, t. 3, p. 377.

30. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: RT, 1989, p. 177.

31. STJ, 4ª Turma, REsp 1.182.533/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.5.2015, DJe 30.6.2015.

e, estando previstas em lei em sentido formal, não podem ser simplesmente desconsideradas.

Note-se, ainda, que a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é incoerente com o reconhecimento da normatividade dos dispositivos que tratam da interpretação das decisões judiciais. Não faz sentido considerar jurídica a questão relativa à interpretação da sentença e, ao mesmo tempo, afirmar ser fática a questão relativa à interpretação do contrato.

Há um importante precedente do Superior Tribunal de Justiça que confirma a necessidade de superação do enunciado 5 de sua súmula de jurisprudência.

Ao julgar o REsp 1.013.976/SP, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, em 17 de maio de 2012, a 4ª Turma do STJ conheceu de recurso especial interposto com fundamento em violação ao art. 112 do Código Civil de 2002<sup>32</sup>. No caso, em uma execução por quantia certa fundada em título extrajudicial (contrato de mútuo assinado por duas testemunhas), o banco exequente pretendia redirecionar a execução contra sócio da sociedade devedora, o qual figurara, no contrato, como “avalista-interveniente”. O TJSP reconheceu a impossibilidade de responsabilização patrimonial do sócio, considerando que o aval é instituto típico de direito cambiário, inaplicável ao contrato de mútuo. Interposto recurso especial pela instituição financeira, o STJ, reconhecendo a ofensa ao art. 112 do Código Civil de 2002, deu-lhe provimento, para, reinterpretação do instrumento contratual, determinar que a expressão “avalista-interveniente” não fosse interpretada literalmente, mas sim conforme a intenção manifestada, que, no caso do sócio, era de coobrigar-se. Além disso, acresceu, com base no art. 113 do Código Civil, ser necessário observar os usos do tráfego bancário. Destacou ser comum a prática de os sócios assumirem a posição de garantes pessoais das obrigações contraídas pela sociedade, de modo que o contrato não poderia ser interpretado de forma distinta. Assim, reconheceu a sua responsabilidade patrimonial, analisando a vontade consubstanciada na declaração.

No referido julgado, o STJ reconheceu não só a possibilidade de o executado utilizar a interpretação do título executivo extrajudicial como matéria de defesa, como também que a questão interpretativa é de direito, podendo, portanto, ensejar a interposição de recurso especial.

#### **4. DECISÃO INTERPRETATIVA E COISA JULGADA**

Por fim, cumpre examinar a formação da coisa julgada sobre a decisão que, ao julgar a defesa do executado, resolve questão relativa à interpretação do título executivo.

---

32. STJ, 4ª Turma, REsp 1.013.976/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.5.2012, *DJe* 29.5.2012.

De acordo com o art. 503, *caput*, do Código de Processo Civil, a coisa julgada material recai sobre a resolução da questão principal expressamente decidida (*thema decidendum*).

Logo, se a questão interpretativa for ventilada pelo executado como principal, a sua resolução tornar-se-á imutável e indiscutível, nos termos do art. 502 do CPC. Assim, além de não se poder rediscutir a interpretação daquele título executivo em outro processo que envolva as mesmas partes, impõe-se também que a resolução da questão seja observada pelo juiz em processo posterior, caso o ponto surja como prejudicial. Em outras palavras, havendo coisa julgada, são produzidos seus efeitos negativo e positivo.

Sucedem que o atual CPC, além da regra geral do art. 503, *caput*, instituiu um segundo regime para a coisa julgada material, aplicável à resolução da questão prejudicial decidida incidentalmente.

Os §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC estabelecem que a coisa julgada estende-se à resolução das questões prejudiciais decididas expressa e incidentalmente no processo, desde que: a) dessa resolução dependa o julgamento do mérito; b) a seu respeito tenha havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; c) o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolver a questão como se principal fosse; d) não haja, no processo, restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial. Ainda, há a necessidade de, nos casos do art. 496 do CPC, haver julgamento da remessa necessária, para que se forme a coisa julgada material sobre a resolução da questão prejudicial incidental<sup>33</sup>.

Para efeito do art. 503, § 1º, do CPC, a questão prejudicial é aquela que poderia ser objeto de uma ação declaratória autônoma, nos termos do art. 19, I e II, do CPC, isto é, aquela que diz respeito à existência, inexistência ou modo de ser de relação jurídica ou à autenticidade ou falsidade de documento<sup>34</sup>. Fora desses casos, como a questão não pode ser principal, não se forma a coisa julgada material sobre a sua resolução. Por exemplo, a declaração judicial sobre a ocorrência de um fato não produz coisa julgada – salvo a autenticidade ou a falsidade documental, como visto.

Sendo o título executivo extrajudicial, não há dúvida de que é possível deduzir a questão interpretativa como principal nos embargos à execução, pois o art. 917 do CPC não impõe qualquer limitação cognitiva. Em geral, a interpretação dos títulos executivos extrajudiciais pode ser objeto de uma ação autônoma, compondo, pois, o seu mérito. Nesse sentido, o STJ mantém entendimento pacífico sobre a possibilidade

33. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 597.

34. SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 301-303.

de a interpretação de um contrato ser questão principal de demanda declaratória, tendo, inclusive, editado o enunciado nº 181 da sua súmula de jurisprudência, ainda na vigência do CPC de 1973: “É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual”.

Isso ocorre porque a declaração judicial, nesses casos, recai sobre o modo de ser da relação jurídica<sup>35</sup>. A interpretação determina os efeitos que o ato jurídico produz<sup>36</sup>. O juiz, ao interpretar um contrato, por exemplo, emite uma certificação acerca do modo de ser da relação jurídica decorrente do negócio jurídico, e essa declaração será acobertada pela coisa julgada, na forma do art. 503, *caput*, do CPC.

Isso permite concluir que, se a questão interpretativa for suscitada como prejudicial incidental nos embargos à execução, incidirá o regramento dos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC, podendo-se formar a coisa julgada material, caso preenchidos os pressupostos vistos acima.

Como já se defendeu em trabalho anterior<sup>37</sup>, a mesma conclusão pode ser estendida para os títulos executivos judiciais.

Uma decisão que certifica uma relação jurídica substancial pode, em razão da equivocidade do texto decisório, deixar certos aspectos obscuros ou ambíguos, relativos ao modo de ser da relação material. O juízo de acerto, por ser expresso em linguagem natural, pode não ser exato, a exigir clarificação. A ação interpretativa não serve, então, para rediscutir os pontos fáticos e jurídicos do primeiro processo, mas sim para fixar, de forma cogente, um dos possíveis significados do texto da decisão, de acordo com as normas sobre interpretação dos atos processuais, e, conseqüentemente, certificar o modo de ser da relação jurídica lá afirmada. Portanto, ela tem pedido e causa de pedir distintos da ação que ensejou a decisão interpretada<sup>38</sup>.

Podem ser objeto de demanda de interpretação, em geral, decisões que admitam mais de um sentido. Nesses casos, há certificação da existência de uma relação jurídica, mas o grau de certeza não é suficiente, em razão da linguagem por que se exprime a decisão. É preciso, por isso, precisar algum aspecto do modo de ser da relação, entre as possibilidades significativas do texto.

Pressupõe-se, assim, que tenha havido julgamento, embora dotado de certo grau de obscuridade. Há sentido, apesar de indeterminado. Indeterminação não é o mesmo que inexistência de significado. Assim, a decisão interpretativa não cria um

35. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 292.

36. DANZ, Erich. *La interpretación de los negocios jurídicos*. Tradução de Francisco Bonet Ramon. 3 ed. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 244-245.

37. TERCEIRO NETO, João Otávio. *Interpretação dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 144-150.

38. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 114.

novo julgamento para as questões do primeiro processo, apenas delimita aquilo que era impreciso. Ela está presa aos limites semânticos do texto decisório interpretado, adstringindo-se a filtrar os significados possíveis e selecionar aquele que se ajusta às normas sobre interpretação dos atos processuais.

Portanto, sendo admissível ação declaratória que tenha por objeto a interpretação de uma decisão judicial, é de se concluir que, sendo a questão interpretativa suscitada como prejudicial incidental, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a sua resolução também fará coisa julgada material, se presentes os pressupostos dos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC.

## 5. CONCLUSÕES

Nos embargos à execução e na impugnação ao cumprimento de sentença, é admissível que o executado suscite questão prejudicial relativa à interpretação do título executivo, seja para fundamentar alegação de excesso de execução, seja para embasar alegação de inexecuibilidade do título.

Na execução fundada em sentença arbitral, também é possível ventilar questão incidental que seja prejudicial à alegação de invalidade do título executivo, nas hipóteses do art. 32, III e IV, da Lei nº 9.307/1996.

Em geral, compete ao juízo da execução interpretar o título executivo, ao julgar a defesa do executado. Entretanto, caso o título executivo extrajudicial seja contrato que contenha cláusula compromissória, ou caso tenha sido celebrado compromisso arbitral, competirá ao árbitro ou tribunal arbitral interpretá-lo.

A questão relativa à interpretação do título executivo, judicial ou extrajudicial, não é fática, mas jurídica, na medida em que envolve a aplicação das normas sobre interpretação.

Caso a questão interpretativa seja ventilada pelo executado como principal, a sua resolução ficará acobertada pela coisa julgada material, na forma do art. 503, *caput*, do CPC. Caso a questão seja deduzida como prejudicial incidental, em embargos à execução ou em impugnação ao cumprimento de sentença, também se formará a coisa julgada, desde que satisfeitos os pressupostos dos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. “Il controllo giudiziale del contratto e l’interpretazione”. *L’evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*. Milão: Giuffrè Editore, 2013, v. 7.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- \_\_\_\_\_. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*. Milão: Giuffrè Editore, 1949.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005, t. 1.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; TERCEIRO NETO, João Otávio. “Recurso especial e interpretação do contrato”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 275, p. 257-270, 2018.
- DANZ, Erich. *La interpretación de los negocios jurídicos*. Tradução de Francisco Bonet Ramon. 3 ed. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 5.
- DUARTE, Rui Pinto. *A interpretação dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2016.
- GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. 2 ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2006.
- KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: RT, 1989.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2001, t. 3.
- MOSCO, Luigi. *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*. Nápoles: Jovene Editore, 1952.
- SANGERMANO, Francesco. *L'interpretazione del contratto: profili dottrinali e giurisprudenziali*. Milão: Giuffrè Editore, 2007.
- SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- TERCEIRO NETO, João Otávio. *Interpretação dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Turim: UTET, 1925, v. 1.





Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

O discurso indizível, ou o estilo possível  
pela Lei da Boa Razão

---

The unspeakable speech, or the possible “estilo”  
in the “Lei da Boa Razão”

**Paula Costa e Silva**

Full Professor, Faculty of Law of the University of Lisbon  
Researcher, Lisbon Centre for Research in Private Law - CIDP

**Ana Caldeira Fouto**

Auxiliary Professor, Faculty of Law of the University of Lisbon;  
Researcher, Legal Theory and History - ULisboa Research Centre (THD-ULisboa)

**Resumo:** O tratamento do *estilo* que resulta da *Lei da Boa Razão* revela uma tensão mais profunda entre poder político e poder judicial inerente à representação ideológica do despotismo esclarecido que perpassa a legislação pombalina. É essa dimensão que pretendemos demonstrar através da análise da evolução do *estilo* enquanto fonte e parte integrante do desenvolvimento histórico da figura do *assento*, dos antecedentes da reforma pombalina na reorganização das jurisdições superiores e da restrição do poder de produzir assentos e do impacto dos postulados jurracionalistas aplicáveis ao tratamento do *estilo* na legislação régia. Pretende-se aferir, de uma perspectiva menos explorada como a da solução pombalina para o *estilo*, a determinação da relevância da *Lei da Boa Razão* para a redefinição do quadro de fontes de acordo com o cânone jurracionalista, bem como a influência subsequente do *usus modernus*

*pandectarum* na doutrina jurídica vertida no *Comentário crítico* de Correia Telles à *Lei da Boa Razão*.

**Palavras-chave:** Estilo, legislação pombalina, despotismo iluminado, jusracionalismo.

**Abstract:** The solution found in the *Lei da Boa Razão* for *estilo* reveals a deeper tension between political and judicial power intrinsic to the ideologic representation of the enlightened despotism which underlies Pombal’s legislation. It is this dimension that we intend to demonstrate through the analysis of the evolution of *estilo* as a source of law and a part of the historical process of development of the *assento*, the antecedents of Pombal’s reform of the organization of superior jurisdictions and the restrictions to the power to produce *assentos*, as well as the impact of the postulates of legal rationalism in the treatment of *estilo* in the king’s legislation. We intend to determine, from the less explored perspective of Pombal’s solution to *estilo*, the relevance of the *Lei da Boa Razão* to the redefinition of the system of sources of law in accordance to the rationalist cannon, as well as the subsequent influence of *usus modernus pandectarum* in the legal doctrine of Corrêa Telles’ *Comentário crítico* to the *Lei da Boa Razão*.

**Keywords:** *Estilo*, Pombal’s legislation, enlightened despotism, legal rationalism.

*“Uma das Leis mais notáveis do feliz Reinado do Senhor D. José, é a Lei de 18 de Agosto de 1769. Denomino-a a Lei da BOA RAZÃO, porque refugou as Leis Romanas, que em BOA RAZÃO não forem fundadas.”*

José Homem Corrêa Telles, *Commentario Crítico á Lei da Boa Razão*  
em data de 18 de Agosto de 1769<sup>1</sup>

## I. INTRODUÇÃO

1. Quando Corrêa Telles justificou o seu comentário crítico à Lei de 18 de Agosto de 1769, pouco mais de cem anos passados sobre a data daquele diploma, identificou como *animus* daquele que ficaria como um dos mais expressivos exemplos da legislação pombalina o fundamento do direito e das regras da sua interpretação e aplicação: a *boa razão*.

O influxo do jusnaturalismo racionalista e do *usus modernus pandectarum* determinava o enquadramento ideológico de uma intencionada reforma profunda do direito aplicável. O panorama do direito pátrio – à data, extremamente deficiente

---

1. José Homem CORRÊA TELLES, *Commentario Crítico á Lei da Boa Razão em data de 18 de Agosto de 1769*, Tipografia de M. P. de Lacerda, Lisboa, 1824; usámos aqui a 3.ª edição, de 1865, p.3.

– explica que um tal efeito fosse prosseguido com uma lei que visava alterar o quadro do direito subsidiário, determinado pelas *Ordenações* e que pretendia, muito relevantemente, introduzir uma nova hermenêutica<sup>2</sup>.

2. A par da reforma do ensino do direito, prosseguida pelos *Estatutos* pombalinos de 1772, a *Lei da Boa Razão* reflecte na determinação de uma renovada metodologia um propósito político claro: perspectivar o direito como instrumento ao serviço do progresso, no que é também uma das marcas-de-água do despotismo iluminado.

A revogação das “*Leis Romanas*” e, talvez mais relevantemente, da jurisprudência medieval que a partir delas estruturara o *ius commune*, era entendido como um passo fundamental na modernização do direito aplicável. Esta teria sido impedida pela sobrevivência anormal de resquícios abundantes de tempos obscuros e incivilizados que mantinham o reino subjugado aos mesmo erros, por um imobilismo que o mantinha no passado e que evitava o progresso que caracterizava o futuro.

3. A transformação do quadro de fontes do direito subsidiário imposto pela Lei da Boa Razão tem sido um dos objectos preferenciais dos estudos jus-historiográficos. É muito justamente. É nossa intenção contribuirmos neste estudo para a análise de um outro elemento, talvez menos explorado, que se situa no quadro das fontes primárias do direito pátrio: a dimensão processual que a Lei pombalina visou alterar e que se reflecte, no plano das fontes, na determinação do *estilo*.

Como referimos, as deficiências do direito pátrio (denunciadas desde há muito entre os juristas portugueses antes da intervenção de Pombal) subvertiam na prática o quadro que havia sido definido desde as *Ordenações Afonsinas*<sup>3</sup>, com poucas alterações nas compilações de legislação do reino que se seguiram. Além dessas deficiências – resquício de um sistema pluralista que não via como problemática a integração do direito aplicável no reino por direito *supra regna* – a formação jurídica tradicional, assente exclusivamente no estudo de direito romano-canónico e das respectivas tradições prudenciais, contribuía decisivamente para o desconhecimento do direito pátrio ou para a sua desconsideração, quando conhecido, em clara contravenção do que dispunham as *Ordenações*.

A aplicação de direito, que não tinha origem numa determinação do poder político que se identificava com a jurisdição nacional, punha em causa a representação ideológica do poder, característica do despotismo esclarecido.

Todavia, a dissociação intolerável não era apenas geográfica, era também temporal. Aplicar outros direitos poderia representar uma fragilidade do poder que dentro das suas fronteiras reconhecia outras jurisdições e, assim, outros poderes. Mas esse argumento não era decisivo, como bem se vê quando na *Lei da Boa Razão* se

- 
2. Guilherme BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, in *Obras Esparsas*, vol. II, Universidade de Coimbra, 1981, p. 389.
  3. *Ordenações Afonsinas*, livro II, tít. IX. *Quando a Lei contradiz a Decretal qual delas se deve guardar*.

admitia como boa a aplicação supletiva do direito das “Nações Christãs iluminadas, e polidas”<sup>4</sup>. É *o passado que ressalta como lugar estranho, é o direito do passado que é intolerável, porque irracionalmente aplicado – por inércia, atavismo, ignorância e não por “boa razão”*.

Não nos podemos debruçar aqui sobre o significado que o “*sentimento do passado*”<sup>5</sup> teve na revolução epistemológica da modernidade, e muito especialmente o impacto que teve na crítica da metodologia jurídica que desde o humanismo acusava a falta de conhecimento (ou mesmo de reconhecimento) do passado como uma falha irreparável da tradição prudencial medieval. Todavia, temos de deixar aqui nota deste que é um dos elementos caracterizadores do *usus modernus pandectarum* e que perpassa todo discurso em que se sustenta a Lei de 18 de Agosto de 1769.

4. Neste quadro, visando a lei pombalina essencialmente alterar as regras de interpretação e integração de lacunas do direito pátrio<sup>6</sup>, que tratamento é dado às fontes desse direito?

E, muito particularmente, qual a perspectiva ideológica que subjaz aos novos critérios então definidos para a interpretação e aplicação de direito pátrio?

Sem dúvida que a solução definida para o estilo é um dos mais eloquentes na resposta a estas interrogações, porque toca muito directamente a dimensão problemática do poder, projectada no momento-chave da realização do direito – o momento da sua aplicação em contexto *processual*. E este é um momento -chave que traz consigo o factor de tensão que nos vai interessar: o da intervenção de um novo actor, o juiz.

5. A natureza particular do estilo, enquanto *costume processual*, coloca-nos perante duas grandes dificuldades da perspectiva ideológica do despotismo iluminado que tão bem caracterizam a intervenção de Pombal no plano jurídico.

Por um lado, o costume, enquanto fonte que (ao menos aparentemente) dispensa a mediação de um poder na formulação da regra, enquanto fonte espontânea de regras criadas directa e imediatamente pela própria dinâmica da comunidade que é a destinatária dessas mesmas regras, é expressão máxima de uma concepção de direito que foge ao figurino do instrumento ao serviço do poder esclarecido na conformação da sociedade, e ao figurino do próprio poder político – *despótico porque esclarecido* – na relação que se quer com a sociedade.

Por outro lado, o estilo, enquanto costume criado por uma sociedade específica – a dos que controlam a realização do direito no exercício da jurisdição e que controlam a identificação ou determinação da existência de uma tal regra – confronta o legislador

4. *Lei da Boa Razão*, §9.

5. Peter BURKE, *The Renaissance Sense of the Past*, Edward Arnold, 1969.

6. Guilherme BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., p. 390.

iluminista perante um outro poder: o dos juízes. *Não é por isso de estranhar que na Lei da Boa Razão o problema do estilo seja tratado também em articulação com o da limitação dos poderes dos tribunais superiores.*

Da progressão argumentativa da *Lei da Boa Razão* – mas também da sua subsequente aplicação – emerge a imagem clara do processo como relação e tensão de forças, mas em que *a palavra final cabe sempre ao juiz e a concretização da solução jurídica faz-se continuamente noutra forum.*

6. Não foi acaso que o plano traçado para o direito pelo despotismo esclarecido tivesse sido historicamente continuado e concretizado pelo liberalismo, como se nota na continuidade metodológica subjacente às reformas iluministas e à codificação do século XIX. A organização do momento de definição da regra jurídica como momento-chave da definição do poder traduz-se num discurso que *legitima a criação da regra na expressão não de uma razão científica sustentada na autoridade dos juristas, mas de uma vontade política* – fosse a de um monarca esclarecido, fosse a da nação soberana representada numa assembleia. De comum, manteve-se a ideia de uma nova legitimidade para a definição de regras jurídicas: o discurso da ciência política não é o da metodologia jurídica.

Mas se o poder pretendeu redefinir ideologicamente os critérios de interpretação e aplicação do direito – considerando para tal necessário limitar também a margem de autonomia criadora dos tribunais -, basta atentar no Assento da Casa da Suplicação de 9 de Abril de 1772<sup>7</sup>, que *reintroduzia a aplicação do direito prudencial medieval pela mão do próprio critério pombalino da boa razão, para perceber que a criação de um discurso legitimador da determinação de um critério estava igualmente – senão mesmo decisivamente – nas mãos do juiz.*

Esta incómoda constatação é ainda a que se projecta sob outras vestes na teorização liberal do *princípio/mito da separação de poderes*. Em França, o problema da posição do poder judicial viria a ser resolvido após a Revolução com a concretização da figura subordinada do *juiz automático* de Montesquieu no *Code* civil napoleónico, afirmando a primazia da lei e do legislador através da definição dos critérios metodológicos de interpretação e – elemento decisivo – de integração de lacunas. Mas que a representação não consegue aderir à realidade logo se demonstra perante contingência inelutável de ser o Direito *linguagem ordenadora da realidade*.

7. O dilema jurídico do iluminismo encontra-se, como bem apontou Tomás y Valiente, no equilíbrio difícil entre *inovação e conservação*. Se o projecto político

7. No assento da Casa da Suplicação de 9 de Abril de 1772, discutindo-se a obrigação de alimentos entre irmãos e citando-se a Glosa, sobre ela lê-se: *“cuja opinião e sentença depois seguida por Bartolo e pelo comum dos Doutores, não só foi recebida nestes reinos, como devia ser, pela especial autoridade, que as nossas Leis Pátrias deram às Sentenças da Glosa e de Bartolo nos casos omissos n’ellas e não determinados pelas Leis Romanas, mas também conseguiu prevalecer em todas as Nações civilizadas dos últimos séculos, e assim se continuar a observar n’estes Reinos”.*

passava pelo progresso<sup>8</sup>, era claro que a sua concretização exigia a permanência do direito herdado – a natureza do direito enquanto fenómeno social e histórico impediria a possibilidade da *tabula rasa* total a partir da qual se recriasse *ex novo* uma outra ordem jurídica.

O esforço por manter formalmente o direito antigo traduziu-se na sua adequação a um novo modelo abstracto de criação do direito e no desenvolvimento de uma *crítica*, mais que na alteração substancial das soluções jurídicas historicamente consolidadas<sup>9</sup>. **Não muda a substância mas a forma de que a sua revelação se reveste; a dificuldade do poder político não está na aventura de criar soluções mais adequadas para os casos mas na necessidade de iludir o autor da sua identificação e decantação. Permanece incólume o sistema interno, tudo mudando, na concepção do déspota iluminado e déspota porque iluminado, no sistema externo.**

8. **É esta dificuldade**, subjacente à relação entre poder político e poder judicial, traduzida numa série de alterações metodológicas, que a *Lei da Boa Razão* consagra, que cremos ressalta no tratamento do *estilo* na lei pombalina e que aqui pretendemos analisar.

Primeiramente, pela determinação da relevância política da definição do quadro de fontes enunciado nas *Ordenações Afonsinas*<sup>10</sup> e da organização tardo-medieval e moderna do processo e das jurisdições, enquadrando também assim o *estilo* no processo de desenvolvimento da figura do *assento*, processo em que a influência do direito romano-canónico foi determinante.

De seguida, pela análise dos antecedentes da reforma pombalina na reorganização das jurisdições superiores e da restrição do poder de produzir assentos, em especial a reforma filipina.

Por fim, na determinação do impacto dos postulados jusracionalistas aplicáveis ao tratamento do *estilo* na legislação régia, o que permitirá aferir a relevância da *Lei da Boa Razão* na redefinição do quadro de fontes de acordo com o cânone jusracionalista, bem como a influência subsequente do *usus modernus pandectarum* na doutrina jurídica vertida no *Comentário crítico* de Correia Telles à Lei da Boa Razão.

## II. O ESTILO: COSTUME JUDICIÁRIO ESPECIAL?

9. A autonomização do *estilo* na doutrina jurídica do *ius commune* enquanto costume especial (judiciário), que ocorre a partir do final do século XIII, não se fez

8. Patente nas reformas que em Portugal afectam, sobretudo a partir da década de 1760, diversos âmbitos da vida jurídica e política; vide António Manuel HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 358-360.

9. Francisco TOMÁZ Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4.ª ed. (reimpr.), Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p.383-384.

10. *Ordenações Afonsinas*, livro II, tít. IX. *Quando a Ley contradiz a Degratat qual delas se deve guardar.*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998.

sem discussão. Releva particularmente o problema da distinção entre *costume* e *estilo*, quanto ao âmbito deste, por um lado, e o da aplicação dos pressupostos do costume ao estilo, por outro (em particular, quanto à determinação da antiguidade, da competência e da eficácia do estilo).

Assim, os civilistas medievais, sobretudo pela mão de comentadores como Pierre de la Belleperche ou Cino de Pistóia, discutiram e delimitaram o estilo à formação de regras pelo uso adoptado pelo juiz, reconduzindo progressivamente o conceito à formação de regras de natureza processual. Do seu âmbito ficará excluído o costume judiciário em matérias de carácter substantivo<sup>11</sup>. Entre os canonistas, porém, desenvolveu-se um critério distinto, embora partindo da definição inicial de Pierre de la Belleperche: o estilo seria um uso passado a escrito, designadamente o uso registado pela Cúria Romana, enquanto chancelaria; de fora ficariam os usos, ainda que passados a escrito, dos tribunais<sup>12</sup>.

Não houve, pois, uma definição uniforme de estilo no *ius commune*. No que importa à experiência histórica portuguesa, a influência da opinião de Bártolo<sup>13</sup> reflecte-se no entendimento prevaemente de *estilo* adoptado no reino e vertido nas primeiras *Ordenações*.

- 
11. Bártolo definiu a distinção entre *costume* e *estilo*: “*dico differentia esse talem, quia consuetudo indicitur per actus iudiciarios et exempla (...) et stylus solum per actus iudiciarios earum (rerum) quae in iudicio versantur*”. A delimitação do *estilo* enquanto costume judicial atinente às matérias processuais e não substantivas subjaz também à autonomização, no direito português, das *façanhas* e dos *alvidros*. Vide Ruy de ALBUQUERQUE, Martim de ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, vol. I, 10.<sup>a</sup> edição, Lisboa, 1999, p. 228-230; António Pedro BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal 1640-1820*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 296-297; Pedro CARIDADE DE FREITAS, “O Estilo da Corte – Do Século XIII à Lei da Boa Razão”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, vol. I, Faculdade de Direito da universidade de Lisboa, Coimbra Editora (Coimbra 2003) pp. 741-803, p. 746-747; em sentido divergente, Marcello CAETANO, *História do Direito Português [1140 – 1495]*, Editorial Verbo, 3.<sup>a</sup> edição, 1992, p. 548.
  12. Mesmo esta delimitação da definição de *estilo* entre canonistas e civilistas não é estanque, como se percebe da posição de um civilista tão destacado como Baldo, que não seguiu a opinião do seu mestre Bártolo e adoptou uma definição mais próxima da canonista, identificando o *estilo* com uma decisão escrita da Cúria Romana. Para um estudo mais detalhado, vide Luigi PROSDOCIMI, “Tra civilistie canonisti dei sec. XIII e XIV: a propósito della genesi del concetto di “stylus”, in Danilo SEGALONI et al. (eds.), *Bartolo da Sassoferrato – studi e documenti per il VI centenario*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 413-430; Pedro CARIDADE DE FREITAS, “O Estilo da Corte – Do Século XIII à Lei da Boa Razão”, cit., pp. 741-803.
  13. Confirmada pela carta régia de 1426, que conferiu valor normativo à tradução oficial do comentário de Bártolo ao *Codex*, e pelo Regimento Quatrocentista da Casa da Suplicação, de data incerta mas situada entre o início do reinado de D. Duarte, em 1433, e a conclusão das Ordenações Afonsinas, em 1446; vide especialmente Martim de ALBUQUERQUE, *O Regimento da Casa da Suplicação*, separata dos Arquivos do Centro Cultural Português, Paris, 1980, reeditado em Estudos de Cultura Portuguesa, vol. 2, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2000; Idem, *Bártolo e Bartolismo na História do Direito Português*, separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1981; Idem, *História do Direito Português*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1983, pp. 32-52.



10. De facto, a organização das fontes, determinada pelas *Ordenações Afonsinas*, consagraria como fonte imediata, a par da lei do reino e do costume antigo, o *estilo da corte*<sup>14</sup>. A remissão frequente para os *estilos*<sup>15</sup>, sem que se ofereça uma definição, não denota apenas a conformidade à técnica compilatória do tempo, mas traduz também um entendimento pacífico e constante sobre o significado que o termo recebia no discurso jurídico usado no país.

É importante notar que a apresentação das fontes de aplicação imediata não estabelece nenhuma hierarquia, pelo que o estilo surge em posição destacada, com primazia – pelo menos em teoria – sobre o direito romano, o direito canónico e o direito prudencial. As suas características colocam-no compreensivelmente nessa posição: trata-se, por um lado, de um tipo de costume, e por outro lado, é uma fonte facilmente reconduzível à esfera régia. Isto porque, enquanto costume judiciário, ele é limitado ao que é emanado dos tribunais superiores – que são tribunais régios, como exprimiam de resto as fórmulas usualmente adoptadas (“*estilo da nossa Corte*”, ou “*estilo he d’antigamente usado em nossa Corte*”).

11. Mais relevante, ainda, é a sistemática do tratamento das fontes na compilação quatrocentista – a questão é tratada como um problema de conflito de jurisdições, o que justifica a sua introdução no Livro II das *Ordenações*, dedicado aos direitos régios, à administração, aos direitos da Igreja, privilégios da Nobreza e ao estatuto jurídico de Judeus e Mouros. Uma questão política, portanto, colocada mais precisamente como um problema de conflito entre duas jurisdições – a régia e a canónica (*Quando a Lei contradiz a Decretal*) em que sobressai a definição das fontes também como prerrogativa régia.

Semelhante perspectiva vai manter-se nas *Ordenações Manuelinas* (embora no título V e com uma diferente epígrafe que denota já outro enquadramento: “*Como se julgaram os casos que nom forem determinados por Nossas Ordenaçõens*”), só se

14. *Ordenações Afonsinas*, livro II, tít. VIII. *Quando a Ley contradiz a Degratal qual delas se deve guardar: “Estabelecemos, e poemas por Ley, que quando alguõ caso for trazido em prática, que seja determinado por algũa Ley do Regno, ou estillo da nossa Corte, ou custume dos nossos Regnos antigamente usado, seja por eles julgado, e desembargado finalmente...”*.

15. Veja-se, a título de exemplo, *Ordenações Afonsinas*, livro I, tít. XXXVIII, § 8: “*Em Todos estes casos susoditos de buscas, nom se contem buscas dos primeiros seis mezes, salvo dalli em diante, porque segundo o estillo da Corte, depois que passam os seis mezes, nom pode falar ao feito, ataa que a parte seja novamente citada.*”; livro III, tít. CX. *Como se devem executar as Sentenças do Corregedor da Corte, e Ouvidores, ou Sobre-Juizes, se dellas he sopricado em forma devida: “Estilo he d’antigamente usado em nossa Corte, e da Caza do Civel, que tanto que as Sentenças sam dadas em feitos Civees por o Corregedor, ou Ouvidores, ou Sobre-Juizes da dita Caza, e passam per nossa Chancellaria, loguo devem ser executadas, assy como se ouvessem passado em couza julgada...”*; livro III, tít. CXX. *Do Orfão meor de vinte cinco annos, que impetrou graça d’ElRey, per que fosse avido por maior: “Estillo he d’antigamente usado em a nossa Corte, que tanto que o Orfão baraõ chega a vinte anos, e a femea á dezoito, loguo pode impetrar graça de Nós...”*.

alterando já no século XVII, com as *Ordenações Filipinas*, em que a determinação das fontes passa para o Livro III, reservado à matéria do processo civil<sup>16</sup>.

### III. O REFORÇO DA JURISDIÇÃO RÉGIA E A TRANSMUTAÇÃO DO ESTILO

12. Da breve exposição dos termos essenciais da definição do *estilo* no direito tardo-medieval e, em especial, do tratamento – sistemático e substantivo – que recebe nas fontes portuguesas é perceptível já a relação estreita entre a identificação do *estilo* no elenco de fontes e o *desenvolvimento de tribunais superiores como parte de um processo político de organização e afirmação da jurisdição régia*. De acordo com a investigação de José Artur DUARTE NOGUEIRA (que reviu a tradicional datação da introdução daqueles elementos no século XIII<sup>17</sup>), este processo tem origem ainda no século XII quando já se detecta a existência de *superjudices* e de dois distintos graus de jurisdição, patente na prática dos recursos; estes *superjudices* estavam presentes localmente e era em relação aos juízes locais que se determinava a sua posição *superiustitiam*<sup>18</sup>.

Atendendo às especificidades da constituição das jurisdições senhoriais em Portugal e aos mecanismos progressivamente usados pelos monarcas da primeira dinastia para controlar e reverter as apropriações abusivas e a conseqüente extensão das terras privilegiadas – com particular expressão na usurpação de jurisdição – percebe-se como o estabelecimento de tribunais superiores na esfera régia visava também um propósito político. O mecanismo jurisdicional dos recursos, originário do direito romano imperial, produto e factor de um modelo jurídico de centralização do poder, prestava-se especialmente àquela tarefa.

No reinado de D. Sancho II verifica-se a existência permanente de dois graus de jurisdição, como indicia o nome que recebem os magistrados com a função de relatar os recursos de todo o reino – os *sobrejuízes*<sup>19</sup>. Este processo não só denota a influência do direito romano-canónico (designadamente através dos juristas letrados junto da cúria régia) como será, por sua vez, um importante catalisador da influência crescente deste direito no reino. Isto porque conhecimento e aplicação desse direito era residual fora das jurisdições superiores. A autonomização progressiva da função

16. *Ordenações Filipinas*, livro III, tít. LXIV. *Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações*

17. Henrique da GAMA BARROS, *História da administração pública em Portugal nos séculos XII a XV*, Impr. Nacional, Lisboa, 1885-1934; Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, “La Curia Regia Portuguesa. Siglos XII y XIII”, in *Investigaciones y Documentos sobre Instituciones Hispanas*, Santiago do Chile, 1970.

18. José Artur Anes DUARTE NOGUEIRA, *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média. Dos primórdios ao Século da Universidade (Contribuição para o seu estudo)*, Lisboa, 1994.

19. Ruy de ALBUQUERQUE, Martim de ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, vol. I, cit., pp. 561-568; Marcello CAETANO, *História do Direito Português*, cit., p. 309.

jurisdicional da cúria régia – depois *corte* – daria origem ao tribunal de recurso que cedo tomou o nome de *Casa do Cível*<sup>20</sup>.

13. A estreita relação entre o *estilo* e o desenvolvimento das jurisdições superiores consolida-se numa dinâmica que é jurídica – a da recepção do direito justinianeu que estrutura o *ius commune* – mas que é igualmente política, e em dois tempos: o da progressiva centralização régia, que se consolida sobre as jurisdições locais e muito especialmente sobre as senhoriais; e o da recondução do poder judicial à esfera do poder régio, que se exprime, desde logo, na definição historicamente prevalecente de *estilo* enquanto costume judiciário dos tribunais superiores (da *Casa da Suplicação*, da *Casa do Cível* e posteriormente das Relações) e também na tendência que se verifica ao longo do período moderno de limitar o âmbito de competência desses mesmos tribunais para a criação de direito.

Esta tendência concretizou-se, com particular relevância para a solução que a *Lei da Boa Razão* viria a instituir para o *estilo*, no processo de reorganização das jurisdições superiores e na correlativa restrição do poder de produzir *assentos*, marca moderna da relação entre poder régio e poder judicial que as reformas filipinas tão bem corporizam. Se as *Ordenações Filipinas*, em vigor em 1603, não alteraram o quadro de fontes definido nas *Ordenações Manuelinas* e, portanto, mantiveram o *estilo* entre as fontes de aplicação primária, já a reforma de Filipe I de 1582 – que criou a Relação do Porto, extinguiu a *Casa do Cível* e deu um novo Regimento à *Casa da Suplicação*<sup>21</sup> – teve um forte impacto na criação de direito pelos *estilos*, já que a partir do século XVII se restringiria a introdução de novos estilos e o seu valor normativo passaria a depender da sua confirmação por *assento da Casa da Suplicação*<sup>22</sup>.

20. A *Casa do Cível*, que se autonomiza a partir da orgânica jurisdicional do reinado de D. Afonso IV – mas em cujo reinado apenas se mencionam os “*sobrejuizes do nosso cível*”, aparecendo a designação *Casa do Cível* só após a década 1360 – tinha jurisdição sobre os recursos em matéria cível mas também nas causas criminais do local onde estivesse sediado, sendo integrado para tal pelos sobrejuizes e dois *ouvidores do crime*; um outro tribunal, a *Casa de Justiça da Corte*, acompanhava o rei nas suas deslocações, sendo portanto um tribunal ambulante, com competência nas causas de apelação ou *suplicação*, mas também nas causas que fossem à corte em primeira instância e das causas que tivesse lugar onde o rei se encontrasse. Vide Ruy de ALBUQUERQUE, Martim de ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, vol. I, cit., pp. 570-571; Armando Luís de CARVALHO HOMEM, *O Desembargo Régio (1320-1433)*, Porto, 1985, pp. 300-314; Marcello CAETANO, *História do Direito Português*, cit., p. 309-311.

21. *Regimento da Casa da Suplicação* de 27 de Julho de 1582.

22. Carta Régia de 7 de Junho de 1605, §8: “*E porque convém e importa muito, que os estilos antigos da dita Casa da Suplicação se guardem, sem se permitir introduzirem-se outros novos, nem praticas particulares, assim no Despacho dos Feitos, como no fazer das Audiências, encomendo, e encarrego muito ao Regedor, e Chancellor della, que procurem saber, e averiguar bem quaes são os ditos estilos antigos, informando-se para isso dos Officiaes de mais pratica e experiencia; e que os fação inviolavelmente guardar e conservar; e que movendo-se sobre eles alguma duvida, ou alteração ouvidos os Ministros antigos da dita Casa, e ainda os que servirem de fóra della, que deles tenham conhecimento, se tome na Meza Grande, perante o Regedor, a resolução que parecer, que mais*

14. Não cabendo aqui desenvolver o instituto dos *assentos* na história jurídica portuguesa, impõe-se determo-nos ainda que brevemente na sua evolução entre as reformas manuelina e filipina a propósito da conformação dos *estilos*.

Por alvará de 1518, D. Manuel atribuiu à *Casa da Suplicação* poderes de interpretação autêntica de leis que suscitasse dúvida (poderes que até então cabiam ao rei<sup>23</sup>), vinculando apenas no caso. Nas *Ordenações Manuelinas*<sup>24</sup>, ficaria consagrada esta solução, *mas alargando-se o valor normativo dos assentos para além do caso*<sup>25</sup>. Com a extinção da *Casa do Cível* e a conseqüente criação da Relação da Casa do Porto em 1582, os desembargadores do novo tribunal passaram a atribuir-se o poder de proferir *assentos* à imagem dos desembargadores da *Casa da Suplicação*. Semelhante mimetismo viria a verificar-se aquando da criação de outras Relações em Goa, na Baía e no Rio de Janeiro, criando-se uma situação de abuso e de incerteza que a *Lei da Boa Razão* se encarregaria de corrigir<sup>26</sup>.

---

*convém á boa administração da Justiça; e se faça disso Assento no Livro da Relação, para d'ahi em diante se guardar assim, e se não tornar a dar na mesma duvida."*

23. Situação que se verificava anteriormente (como demonstram os assentos registados na *Casa do Cível* e no "livrinho" da *Casa da Suplicação* assinados pelos monarcas ou tomados na sua presença) e que ficara reconhecida nas *Ordenações Afonsinas*, livro II, tít. VIII, *in fine*. Excepcionalmente, porém, já se havia registado em 1488 um assento tomado sem a presença do rei. Vide Ruy de ALBUQUERQUE, Martim de ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, vol. II, cit., pp. 76-77; Nuno Espinosa GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, 2.<sup>a</sup> edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991, pp. 294-295; Guilherme BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., pp. 391-397; António Pedro BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus...*, cit., pp. 292-294.
24. *Ordenações Manuelinas*, livro V, título LVIII. *Dos Desembargadores, e Julgadores, que nom guardam as Ordenaçõs, ou as interpretam. E que tomam conhecimento dos feitos que lhe nom pertencem.*
25. A interpretação autêntica fora entendida tradicionalmente como uma prerrogativa régia, traduzida na máxima escolástica "*illius est interpretari cuius est condere*" e concretizada na acção do monarca quando presidia às sessões dos tribunais superiores. Com o desenvolvimento de uma administração progressivamente mais complexa, característica da organização política que se acentua desde o início da idade moderna, o rei deixaria de presidir regularmente às sessões dos tribunais, o que punha em causa o exercício da interpretação autêntica. A solução gizada por D. Manuel foi a de transferir a sua prerrogativa para a *Casa da Suplicação*, reservando-se apenas o seu exercício nos casos em que permanecesse a dúvida para o próprio tribunal e que o Regedor, por isso, levasse ao rei. O cuidado em assegurar a consolidação da interpretação das *Ordenações*, determinando o valor normativo destes *assentos*, é justificada pelo soberano quando determina "*mandará o Regedor escrever no liurinho pera despois nom viir em duuida.*" (*Ordenações Manuelinas*, livro V, título LVIII. *Dos Desembargadores, e Julgadores, que nom guardam as Ordenaçõs, ou as interpretam. E que tomam conhecimento dos feitos que lhe nom pertencem*, 1). Vide Guilherme BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., pp. 391-39; António Pedro BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus...*, cit., pp. 273-278.
26. *Lei da Boa Razão*, §. 8.º "Item: Attendendo a que a referida Ord. l. i. Tit. «§. 5. não foi estabelecida para as Relações do Porto, Bahia, Rio de Janeiro, e Índia, mas sim, e tão sómente para o Supremo Senado da Casa da Supplicação: E attendendo a ser manifesta a differença, que ha entre as dictas Relações Subalternas, e a Suprema Relação de Minha Corte; a qual antes pela Pes«soal Presidência dos Senhores Reis Meus predecessores; e depois pela proximidade do throno, e facilidade de recorrer a elle; pela auctoridade de seu Regedor, e pela maior experiência dos seus doutos, e provectoros

15. Se se atender ao facto de que a Carta Régia de 7 de Junho de 1605 impunha que se reconduzisse a vigência de estilos aos “antigos” da Casa da Suplicação, “sem se permitir introduzirem-se outros novos”, determinando que para valerem normativamente fossem ainda confirmados por *assento*, é clara a intenção régia de conter e delimitar não só a prerrogativa de interpretação autêntica, mas também a da própria criação de direito através da forma especial de costume judiciário que era o *estilo*. Apesar de a autonomização do *estilo* se manter nas fontes, e de materialmente sempre se distinguir quanto ao seu conteúdo, aquilo a que se assiste é à recondução dos *estilos* à figura dos *assentos*, desenvolvendo-se por sua vez uma nova “modalidade de assentos para definição de estilos antigos da Casa da Suplicação”<sup>27</sup>. Também por isso, a motivação subjacente seria tão consentânea com o espírito do legislador de 1769, que remeteria para a reformação seiscentista o critério de determinação do valor normativo dos *estilos*<sup>28</sup>.

#### IV. DIZER O DIREITO É TER A ÚLTIMA PALAVRA

16. Os aspectos que focámos na apreciação da evolução histórica do *estilo* no quadro das fontes e das reformas de jurisdição no período que medeia entre o final da

---

*Ministros; não só mereceu a justa confiança, que d’ella fizeram sempre os dictos Senhores Reis Meus Predecessores (bem caracterizada nos sobredictos §§. da Ord. do Reino, e Reformação d’ella) para a interpretação das Leis; mas também constitue ao mesmo tempo nos Assentos, que nella se tomam sobre esta importante materia toda quanta certeza póde caber na providencia humana para tranquillizar a Minha Real Consciência, e a justiça dos Litigantes sobre os seus legítimos direitos: Mando, que dos Assentos, que sobre as intelligencias das Leis forem tomados em observância d’esta nas sobredictas Relações Subalternas; ou seja por effeito das glosas dos Chancelleres; ou seja por duvidas dos Ministros; ou seja «por controvérsias entre os Advogados; haja recurso «á Casa da Supplicação, para nella na presença do Regedor se approvarem, ou reprovarem os sobredictos Assentos por efeitos das contas, que d’elles devem dar os Chancelleres das respectivas Relações, onde se tomarem. Aos quaes Chancelleres Mando outrosim que nas primeiras occasiões, que se lhes offerecerem, remetiam indispensavelmente os dictos Assentos, anotes de se escreverem nos seus Livros, em Cartas fechadas ao dicto Regedor da Casa da Supplicação, para nella se tomarem os respectivos Assentos definitivos na fôrma da Ord. L. 1. Tit. 5. §. 5., e se determinar por elles o que for justo; e se responder aos sobredictos Chancelleres recorrentes com as copias authenticas dos Assentos tomados na Casa da Supplicação; para então serem lançados nos Livros das dictas Relações Subalternas, e se ficarem observando nellas como Leis geraes, e impreteriveis. No caso em que as partes prejudicadas nos sobredictos Assentos das Relações Subalternas quizerem também d’elles agravar para a mesma Casa da Supplicação, o poderão fazer livremente, e nella lhes será deferido por Assentos tomados em presença do Regedor, na sobredicta forma.”*

27. Pedro CARIDADE DE FREITAS, “O Estilo da Corte – Do Século XIII à Lei da Boa Razão”, cit., p. 772.
28. *Lei da Boa Razão*, §. 5.º. “Item: Quanto ao §8 da Reformação do anno de 1605: Mando que as interpretações ou transgressões dos estylos da casa da Supplicação nelle estabelecidos por Assentos tomados na forma, que para eles está determinada, sejam da mesma sorte observados como Leis: excitando a pratica de levar o Chancellor as Cartas, e Sentenças, em que eles foram ofendidos, com as suas glosas á presença do Regedor, para elle mandar proceder na mesma conformidade acima ordenada: E ordenando que em todos os casos de Assentos sejam convocados por Avisos do Guarda Mór da Relação os Ministros de fóra d’ella que ao Regedor parecer convocar.”.

Idade Média e o início do século XVII são essenciais na reafirmação do problema que suscitámos na introdução deste texto: o dilema do iluminismo no equilíbrio difícil entre *inovação* e *conservação*, recuperando uma vez mais as palavras de Tomás y Valiente.

Há um discurso caracteristicamente iluminista e jusracionalista projectado no texto da *Lei da Boa Razão*. E, todavia, as soluções prescritas a propósito do *estilo* e dos *assentos* – dois elementos-chave na criação de direito não determinada pelo rei e com significativa expressão na sua dimensão prática (como demonstra a produção dos *praxistas* sobre a matéria e a discussão da sua doutrina no *Commentario*<sup>29</sup>) – reproduzem em grande medida as soluções da reforma filipina do século XVII.

Pode apontar-se a afinidade metodológica entre o jusracionalismo setecentista e o programa do humanismo jurídico, aquele como fruto tardio deste – mas o discurso legitimador é distinto e incorpora uma dimensão política que perpassa o texto da lei. Pode apontar-se então que a interpretação do poder régio do despotismo iluminado setecentista é decorrência natural do percurso de construção da soberania moderna que culminaria na afirmação de modelos de poder absoluto. Todavia, lendo os textos legais em causa, de um e de outro século, *percebemos que a função e o lugar da concepção de poder no discurso jurídico é distinto*. O que subsiste de comum é mesmo a solução, que uma lei com uma tão assumida feição inovadora como é a *Lei da Boa Razão* não se inibe de recuperar de uma outra com mais de um século.

17. Uma tal interpretação permite olhar para aquilo que a lei pretende resolver como um problema não estritamente do despotismo esclarecido setecentista, mas um problema transversal da construção moderna do Estado. Ele passa também pela conformação absoluta da *jurisdição* como um factor de identidade política e uma função de soberania, que na sua configuração moderna não admite poderes concorrentes. *Há uma percepção clara de que o direito também se diz – também se cria – quando se interpreta a regra para aplicá-la ao caso*. Por muito que se afirme a subordinação funcional dos juízes à aplicação da lei, expressão da vontade soberana, é precisamente por se reconhecer a inevitabilidade do poder do juiz naquele que é o último momento – e em que portanto cabe ao juiz a última palavra na definição do direito – que se insiste na construção de uma outra explicação, de uma outra legitimação.

29. A propósito dos elementos do *estilo*, escreveu José Homem CORRÊA TELLES: “Portanto é de nenhum uso o que disse Pegas no Com. á Ord. L. 1. T. 1. §. 37. n. 13., que os estylos devem ter sido observados por mais de dez annos, para se deverem guardar. Nunca obrigam com força de Lei, em quanto não estão confirmados por Assentos; e em quanto o não estão, não pôde o Chanceller glosar Sentença alguma, sob pretexto de ser contraria a estylo. E visto que a maior parte dos estylos, que compilou João Martins da Cosia, não estão confirmados por Assentos, não lhes attribuo maior auctoridade, que a que dou á practica de Mendes, ou outro qualquer Praxista.”; *Commentario...*, cit., 23, p. 18. Para uma análise detalhada da construção do *estilo* na obra dos *praxistas* e dos comentadores das Ordenações dos séculos XVI e XVII, vide Pedro CARIDADE DE FREITAS, “O Estilo da Corte – Do Século XIII à Lei da Boa Razão”, cit., p. 762-769; António Pedro BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus...*, cit., pp. 296-317.



18. A equiparação dos *estilos* à lei (“*sejam da mesma sorte observados como Leis*”) corresponde ao figurino do jusracionalismo iluminista que toma a lei não só como *paradigma* da fonte de direito mas também como *criadora* da fonte de direito. Ao contrário da solução das *Ordenações*, que não estabeleciam nenhuma hierarquia entre fontes de aplicação primária, a *Lei da Boa Razão* subordina as restantes fontes à lei – ao seu critério legal, desde logo: o estilo vale nos termos que a lei determinar; e deixa de valer por si, para valer “*como Lei*”<sup>30</sup>.

A equiparação identificada entre estilo e lei e a limitação dos *assentos* como fonte de *estilos* no quadro legalista jusracionalista promove o controlo régio da produção de direito e adequa-se ao modelo político subjacente. Porém, e uma vez mais confrontados com a solução material posta pela lei, sobressai a continuidade das soluções da reforma filipina. Afinal, trata-se de legitimar a subsistência da solução antiga através de um discurso novo – trata-se de superar a barreira do *tempo*.

19. A lei pombalina estabeleceu a reorganização do elenco de fontes – primárias e subsidiárias – dentro do cânone jusracionalista, desenvolvendo uma fundamentação da prevalência da *lei* enquanto expressão da *boa razão*. Nesse quadro a recondução do valor normativo das restantes fontes à lei surge como natural – valer *como lei* e *nos termos da lei* asseguraria que a *boa razão*, que sustentava a lei, operaria como critério de validade das restantes fontes. A dificuldade de articulação deste discurso e do modelo político subjacente com o modelo jurídico do *ius commune* é notória, não tanto quanto às soluções materialmente consideradas, mas quanto à respectiva legitimação.

O sistema do *ius commune* assentava no processo histórico de construção de um direito *supra regna*, de origem académica e baseada na *autoridade* dos textos justinianeus e do *corpus* prudencial que sobre eles se constituiu, bem como na *probabilidade* como regra prudencial<sup>31</sup>, expressa na evolução operada no modelo das *Ordenações* (teoricamente) da autoridade individual para a colectiva, demonstrada na consagração da *communis opinio doctorum* na compilação manuelina.

20. Foi essa dificuldade que exigiu uma reforma mais profunda que alterasse não só aspectos normativos, mas o modo de *pensar o direito*. Logo em 1767 a *Dedução*

30. Como apontou BARBAS HOMEM, a valorização da função dos tribunais superiores é essencial para a compreensão do absolutismo monárquico. A maior autonomização dos tribunais superiores e da sua função serviu como contraponto ao progressivo apagamento das *Cortes* como órgão representativo – papel que migraria para aqueles tribunais e, com ele, a função legislativa que historicamente lhes era reconhecida. Esta ideia não punha em causa, porém, o arquétipo de poder que absolutismo encarnava, já que a supremacia do poder do soberano se traduzia, na relação com os tribunais, na afirmação da titularidade régia do poder judicial, que nomeia todos os magistrados, e do dever de obediência dos magistrados às leis do rei – como a *Lei da Boa Razão* viria inequivocamente impor. Vide António Pedro BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus...*, cit., pp. 88-92.

31. Usando a expressão de Nuno Espinosa GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991, p. 322.



*Chronológica e Analytica* apresentara de forma ostensiva o projecto de renovação da Universidade, que passava em primeiro lugar por corporizar num inimigo – os Jesuítas – os vícios metodológicos a superar<sup>32</sup>. A acção de Pombal prosseguiria com a criação da *Junta de Providência Literária*, em 1770, tendo em vista a preparação das reformas necessárias, e com o programa metodológico exposto no *Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos denominados jesuítas*, de 1771.

A concretização do projecto anunciado far-se-ia com a entrada em vigor dos novos Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772. É claro que não bastava alterar, pela via legislativa, o sistema de fontes se não se alterasse a formação de quem as aplicaria – as dinâmicas seriam aí mais lentas e o conforto do que é conhecido seria sempre um obstáculo difícil de remover.

A valoração da opinião de Bártolo é um caso expressivo desta dificuldade. A *Lei da Boa Razão* afasta Bártolo e Acúrsio, os representantes máximos do *corpus* prudencial medieval, cujas opiniões haviam sido acolhidas nas *Ordenações* como fontes subsidiárias, por terem sido “*destituídos não só da instrução da História Romana, sem a qual não podião bem entender os Textos que fizeram os assumptos dos seus vastos escriptos, e não só dos conhecimentos da Philologia e da Boa Latinidade em que forão concebidos os referidos Textos; mas também das fundamentaes regras de Direito Natural e Divino, que devião reger o espirito das Leis, sobre que escreverão*”.

A acusação segue a crítica humanista, de que o juracionalismo setecentista é tributário, apontando as deficiências filológicas e históricas dos jurisperitos medievais como entraves inultrapassáveis à boa interpretação dos textos romanos. A consequência, que o legislador pombalino regista, teria sido a de que “*sendo igualmente certo que para suprirem aquellas luzes que lhes faltavam; ou porque na falta dellas ficarão os seus juizos vagos errantes e sem boas razões a que as contrahissem; vierão a introduzir na Jurisprudência (cujo character formão a verdade, e a simplicidade) as quasi innumeráveis questões metafisicas com que depois daquela Escola Bartolina se tem illaqueado e confundido os direitos e dominios dos litigantes intoleravelmente: mando que as glosas e opiniões dos sobreditos Accursio e Bartholo não possuão mais ser alegadas em juízo nem seguidas na pratica dos julgados*”.

Mas, apesar desta implacável invectiva, a conclusão parece comprometer-se com a permanência do direito prudencial: “*e que antes muito pelo contrario em hum e outro caso sejião sempre as boas razões assim declaradas, e não as autoridades daqueles, ou de outros semelhantes Doutores da mesma Escola as que hajão de decidir no foro os casos ocorrentes*”<sup>33</sup>.

32. Como recorda Nuno Espinosa GOMES DA SILVA, o exagero da estratégia da *Dedução Cronológica e Analytica* levaria Alexandre HERCULANO a comentar que “*attribue aos jesuítas as epidemias, e não sei se as chuvas nocivas e as tempestades*”; *História do Direito Português*, 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991, p. 365.

33. *Lei da Boa Razão*, §13.

21. Corrêa Telles denunciaria no seu *Commentario Crítico* a dificuldade da intenção reformadora quando confrontada com a impossibilidade de prescindir do direito até então usado: *“A meu ver a revogação da Ord., que neste § se fez, deixou a Jurisprudencia nacional em um arbitrario mais amplo, que antes era. Havendo como há em Direito tantas controvérsias, e um Codigo de Leis tão insuficiente para as decidir, que foi necessario buscar refugio nas dos Romanos, e outras outrossim reconhecidas por defeituosas, e obscuras; quanto melhor não era mandar seguir as opiniões de taes ou taes DD. reconhecidos por melhores; do que deixar as decisões no arbitrio da boa razão! (...) He verdade que Accursio e Bartholo não foram bons interpretes das Leis Romanas nem era possível que o fossem attento o século em que viverão. Mas se das suas opiniões não resultava perigo para a salvação eterna, quanto melhor segui-las, que vagar na incerteza! Conviria pois que a nossa Lei desautorizando Accursio, e Bartholo, lhes substituísse outros DD. de melhor nota, a fim de ficar menos campo ao perigoso arbitrio dos Julgadores.”*<sup>34</sup>.

22. Ainda, e apesar das *luzes que lhes faltavam* e das *confusões* introduzidas pelos Doutores, a lei admitia afinal a possibilidade de *boas razões* sustentarem as soluções propostas por aqueles Doutores. O obstáculo à permanência da *opinio Doctorum* como fonte era metodológico – o que não se admitia era a invocação do argumento de *autoridade* como fundamentação da solução jurídica, porque a *autoridade* fugia ao figurino iluminista de legitimação – jus-filosófica e política – da definição do direito.

E, no entanto, o próprio legislador não conseguiria manter-se integralmente fiel ao seu propósito de renovação metodológica, já que por lei de 9 de Setembro de 1769 se reconhecia *“fundada na boa razão a opinião Bartholo”*, firmando-se, assim, pela mão da própria legislação pombalina o princípio da *equidade bartolina*<sup>35</sup>.

23. A jurisprudência rapidamente trataria de desenvolver a ideia e temperar o fervor juracionalista da proscricção dos prudentes medievos com a sensibilidade da prática e do hábito.

O Assento da *Casa da Suplicação* de 9 de Abril de 1772 viria compatibilizar a doutrina da lei pombalina com a sobrevivência de Bártolo e de Acúrsio, quando justificava a invocação da Glosa, *“cuja opinião e sentença depois seguida por Bartholo e pelo comum dos Doutores, não só foi recebida nestes reinos, como devia ser, pela especial autoridade, que as nossas Leis Pátrias deram às Sentenças da Glossa e de Bartholo nos casos omissos n’ellas e não determinados pelas Leis Romanas, mas também conseguiu prevalecer em todas as Nações civilizadas dos últimos séculos, e assim se continuar a observar n’estes Reinos”*.

34. José Homem CORRÊA TELLES, *Commentario*, cit., pp. 87-88, 193.

35. Guilherme BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., p. 412.

O apego ao argumento de autoridade permanece: não se demonstram as *boas razões* intrínsecas à solução, como exigia a lei, mas demonstra-se a *autoridade*, agora actualizada pelo critério da prática das *Nações civilizadas*.

Mais interessante se torna esta constante “entrada e saída e entrada de novo em cena” da opinião de Bártolo e da Glosa de Acúrsio na história das fontes do direito português se se atentar no critério que a impõe: o afastamento pombalino da *autoridade*, por prevalência metodológica da *boa razão*, estando ao gosto do tempo, traz todavia à memória a justificação quatrocentista da consagração do direito prudencial como fonte de direito: “*porque somos bem certo, que assy foi sempre usado, e praticado (...); e ainda nos parece, polo que já algũas vezes vimos, e ouvimos a muitos Letrados, que sua opiniom comunalmente he mais conforme aa razom, que a de nenhuũ outro Doutor*”<sup>36</sup>.

O *perigoso arbítrio dos Julgadores* teria ficado, na prática, limitado pela tendência jurisprudencial, sancionada pela Lei e pelo Assento, de continuidade da invocação da *autoridade* de Bártolo como fundamento da decisão judicial. Apenas se garantia a coerência do sistema de feição jusracionalista do pombalismo com a solução de compromisso que era o artifício da recondução genérica da opinião de Bártolo à *boa razão*.

24. A preocupação do legislador de 1769 com o *perigoso arbítrio dos Julgadores*, que Corrêa Telles apontava, manifesta-se no tratamento dado ao *estilo*, uma das fontes em que esse arbítrio mais facilmente se revelava. Isto porque se trata de um costume especial que emanava da comunidade dos julgadores e de o seu objecto ser a matéria processual – mais reservada, portanto, à actividade judicial. Daí que a *Lei da Boa Razão* tenha recuperado as soluções da reforma filipina de 1605 e a tenha mantido como referência – e, diríamos também, como fonte de *legitimação* – das restrições que agora se vinham introduzir.

No plano da teoria das fontes, é clara a função jurídica e política da recondução do valor dos *estilos* à *lei*: mais do que assegurar o real controlo legal da produção de direito (o que seria inviável), afirma-se a supremacia da lei duplamente: subordinando a admissibilidade do *estilo* aos termos definidos pela lei, por um lado, e mantendo a lei como referência do seu valor normativo, por outro. Deste modo, e ainda que no plano discursivo, elimina-se o valor autónomo do *estilo* enquanto fonte<sup>37</sup>.

36. *Ordenações Afonsinas*, livro II, tít. VIII. *Quando a Ley contradiz a Degratal qual delas se deve guardar*:

37. *Lei da Boa Razão*, “5.ª. Item: Quanto ao §8 da Reformação do anno de 1605: Mando que as interpretações ou transgressões dos estylos da casa da Supplicação nelle estabelecidos por Assentos tomados na forma, que para eles está determinada, sejam da mesma sorte observados como Leis: excitando a pratica de levar o Chancellor as Cartas, e Sentenças, em que eles foram ofendidos, com as suas glosas á presença do Regedor, para elle mandar proceder na mesma conformidade acima ordenada: E ordenando que em todos os casos de Assentos sejam convocados por Avisos do Guarda Mór da Relação os Ministros de fóra d’ella que ao Regedor parecer convocar.”

25. Antes de mais, a restrição faz-se pela determinação de um processo próprio de registo e decisão dos dissensos quanto à interpretação dos *estilos*, repetindo e acrescentando às determinações de seiscentos<sup>38</sup>. O primeiro efeito da imposição deste processo é a residual formação de estilos válidos à luz da Lei de 1769, decorrência directa também dos pressupostos da formação de Assentos, como resulta da análise de CORRÊA TELLES<sup>39</sup>.

O processo descrito serviria ainda como mecanismo de consolidação do *corpus* de estilos, servindo para depurar o ordenamento jurídico dos estilos formados sem observância da confirmação por Assento – mesmo daqueles formados antes desta imposição ter sido prescrita<sup>40</sup>.

38. *Lei da Boa Razão*, §. 6.º “Item: Mando, que não só quando algum dos Juizes da Causa entrar em duvida sobre a intelligencia das Leis, ou dos estylos, a deva propor ao Regedor para se proceder á decisão d’ella por Assento na fôrma das sobredictas Ord., e Reformação; mas que também se observe igualmente o mesmo, quando entre os Advogados dos Litigantes se agitar a mesma duvida; pertendendo o do Auctor, que a Lei se deva entender de um modo; e pertendendo o do Réo, que se deva entender de outro modo. E nestes casos terá o Juiz Relator a obrigação de levar os Autos á Relação, e de propor ao Regedor a sobredicta controvérsia dos Advogados, para sobre ella se proceder na forma das dictas Ordenações, e Reformação d’ellas, a Assento, que firme a genuína intelligencia da Lei antes que se julgue o direito das partes.”
39. José Homem CORRÊA TELLES, *Commentario*, cit., 28., p. 20, a propósito do: “Desde o anno de 1769 até 1800 apenas se contam 58 Assentos da Casa da Supplicação; o desde então para cá poucos mais se teem tomado. Isto prova a pouca observância d’essa Lei; e a necessidade que ha de estender a providencia d’ella, concedendo a todos os Julgadores o poderem requerer Assentos. Quantas causas decididas pelas interpretações arbitrarias, que não sobem á Supplicação, ou por falta de meios das partes, ou porque não excedem as alçadas inferiores!”
40. “24. Quando pois algum Desembargador da Casa da Supplicação quizer fundar-se em estylo, que não esteja tomado por Assento, deverá primeiro requerel-o ao Regedor. E se o Chancellor vir Sentença fundada em tal estylo, pôde glosal-a, afim de que se tome Assento, que confirme ou reprove esse estylo. 25. Se os estylos antes de confirmados não teem força de Lei, será barbaridade condemnar alguém pela inobservância d’elles, porque pena sem Lei é effeito sem causa. Lembro-me que sendo Juiz de Fora da Figueira fui multado em 4\$000 réis para as despesas da Relação do Porto, porque na resposta de um Aggravo fallei neutralmente, conforme ensina Gomes Flaviense no seu Manual, 1. p. cap. 14. n. 22. Tomaram por fundamento os três Senadores, que me condemnaram, que eu havia omitido o tractamento devido á soberania d’aquella Mesa. Mas não havia estylo confirmado; e ainda agora estou capacitado que a practica ensinada por Gomes é mais racionavel; porque o Juiz quando responde ao aggravo, não faz de supplicante, expõe as razões, que o moveram a julgar daquelle modo, menos para indigitar aos superiores o direito em que se fundou, do que para dissuadir o aggravante de seguir seu aggravo. 26. Quando mesmo aquelle estylo estivera confirmado, ainda a transgressão d’elle soffreria indulgência; porque não só não lia uma colleccção authentica dos estylos, mas nem das Leis extravagantes! Espalhadas como ellas se acham, algumas manuscritas, e outras conservadas no arcano; v. gr. o Regimento da Mesa da Consciência, o das Mercês, o do Sancto Officio da Inquisição, e outros muitos, é impossivel a um principiante ter noticia exacta da Legislação do Reino; portanto subscrevo á opinião dos que julgam desculpavel a ignorância das Leis extravagantes, quando não tenham sido apontadas ao Juiz da causa. Vid. Repert, da Grd. art.—Ignorância—Tom. 3. pag. 15. Fortun. de Mr. Nat. L. 1. p. 1. §. 197. A Ord. L. 1. Tit. 5. §. 4. somente condemna os Julgadores, que não cumprem e guardam as Ordenações — sendo-lhes allegadas —: por maioridade de razão não merecerão condemnação os que não cumprirem Leis extravagantes, ou estylos não allegados.”; José Homem CORRÊA TELLES, *Commentario*, cit., 23., p. 18-19.

Este processo consome também o pressuposto da antiguidade na determinação da formação do estilo: *“E para ter força de Lei, é preciso i.º que os estylos sejam da Casa da Supplicação, porque os das outras Relações não são estytos da Corte: e 2.º que sejam confirmados por Assentos; assim se deduz d’este §. da nossa Lei, e melhor ainda do §. 14. infra. Portanto é de nenhum uso o que disse Pegas no Com. á Ord. L. 1. T. 1. §. 37. n. 13., que os estylos devem ter sido observados por mais de dez annos, para se deverem guardar. Nunca obrigam com força de Lei, em quanto não estão confirmados por Assentos; e em quanto o não estão, não pôde o Chanceller glosar Sentença alguma, sob pretexto de ser contraria a estylo. E visto que a maior parte dos estylos, que compilou João Martins da Cosia, não estão confirmados por Assentos, não lhes attribuo maior auctoridade, que a que dou á practica de Mendes, ou outro qualquer Praxista.”*<sup>41</sup>

26. Igualmente importante para o efeito limitador da *Lei da Boa Razão* é a recondução do *estilo* ao *costume*, fazendo aplicar-lhe desde logo o critério ubíquo da conformidade à *boa razão*.

Esta associação entre *estilo* e *costume* é reforçado pela sistemática da lei, que trata dos requisitos das duas fontes num mesmo parágrafo, e não autonomamente<sup>42</sup>. Por outro lado, a associação é clara na interpretação que sustenta o *Commentario*, que também por isso reafirma a desconfiança quanto à valia do critério de adequação à *boa razão*: *“197. Sobre os estylos vejase o que notei ao §. 5. supra. Parece que o estylo não differe do costume, senão no objecto: este respeita ao modo de julgar, aquelle ao modo de ordenar o processo. O estylo é relativo á practica do direito; o costume é uma parte do mesmo direito. (...) Porém algumas vezes estylo, e costume se tomam*

41. José Homem CORRÊA TELLES, *Commentario*, cit., 23., p. 18.

42. *Lei da Boa Razão*, §. 14.º *“Item: Porque a mesma Ord. e o mesmo preambulo della, na parte em que mandou observar os Estylos da Corte, e os costumes d’estes Reinos, se teem tomado por outro nocivo pretexto para se fraudarem as Minhas Leis; cobrindo-se as transgressões dellas, ou com as doutrinas especulativas, e practicas dos differentes Doutores, que escreveram sobre costumes, e estylos; ou com Certidões extrahidas de alguns Auditórios: declaro que os Estylos da Corte devem ser somente os que se acharem estabelecidos, e approvados pelos sobredictos Assentos da Casa da Supplicação: e que o costume deve ser somente o que a mesma Lei qualifica nas palavras—longamente usado, e tal, que por direito se deva guardar— cujas palavras Mando que sejam sempre entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tractar, os três essenciaes requisitos: de ser conforme ás boas razões, que deixo determinado que constituam o espirito de Minhas Leis: de não ser a ellas contrario em cousa alguma: e de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem anos. Todos os outros pertencos costumes (...) desaprovo, e Declaro por corruptélas, e abusos: prohibindo que se alleguem, ou por elles se julgue, debaixo das mesmas penas acima determinadas. não obstantes todas, e quaesquer disposições, ou opiniões de Doutores, que sejam em contrario: e reprovando como dolosa a supposição notoriamente falsa, de que os Principes Soberanos são, ou podem ser sempre, informados de tudo o que passa nos fòros contenciosos em transgressão das suas Leis, para com esta supposição se pretextar a outra igualmente errada, que presume pelo lapso do tempo o consentimento, e aprovação que nunca se estendem ao que se ignora; sendo muito mais natural a presumpção, de quo os sobredictos Principes castigariam antes os transgressores das suas Leis, se houvessem sido informados das transgressões d’ellas nos casos occurrentes.*

pela mesma cousa. V. Ord. L. 4. Tit. 1. 198. Sobre os requisitos, que a nossa Lei exige a respeito do costume, que tem força de Lei, cumpre notar: **primeiro, que o costume seja conforme á boa razão, justo é; mas quando o seja, é muito arbitrário.**<sup>43</sup>.

27. Conformemente à solução prescrita na *Lei da Boa Razão* para o costume, a validade do *estilo* dependeria ainda do requisito, confirmado por Assento, de conformidade à lei: “*Um estylo não deve ser contrario a Lei alguma do Reino; sendo-o, reputa-se corruptela. Ass. de 20 de Dez. 1783.*”<sup>44</sup>.

Não se trata de um aspecto linear. Em primeiro lugar, se este requisito é perfeitamente coerente com o espírito da *Lei da Boa Razão*<sup>45</sup>, delineado nos cânones do jusracionalismo iluminista, ele não é inovação da lei pombalina. Como já vimos, mais que a *solução*, é a *justificação* que caracteriza esta lei à luz dos postulados metodológicos das *Luzes*, pelo que não se retira significado à afirmação deste requisito como típico do arquétipo legalista que Pombal queria ver concretizado.

Mas importa chamar a atenção para o facto de *a conformidade à lei como requisito de validade do costume ter sido uma das características do estilo mais discutidas pela doutrina jurídica antes de 1769*. Atendendo à doutrina portuguesa dos séculos XVI a XVIII (para nos limitarmos aos que escrevem já dentro do sistema das *Ordenações*), pode identificar-se uma tendência para a afirmação da não contradição com a lei ser um requisito de validade do *estilo*. Citando CABEDO, “*stylus, praxis § longa consuetudo senatus ita obtinuerat, ut qui prior possessionem accepisset, is praeterendus esset, qui quidem stylus § longa consuetudo senatus pro lege debebat servari*”<sup>46</sup>.

28. Também relativamente a outras fontes, conquanto este fosse entendimento dominante – mas não único – entre a doutrina, já no século XVIII a jurisprudência da *Casa da Suplicação* sancionava o entendimento contrário.

A propósito do reconhecimento da habilitação dos bacharéis formados para advogarem em instâncias inferiores, firmou o notável Assento de 27 de Novembro

43. José Homem CORRÊA TELLES, *Commentario*, cit., 197-198., p. 89 (sublinhado nosso).

44. José Homem CORRÊA TELLES, *Commentario*, cit., 23., p. 18.

45. Esta exigência de conformação à lei seria aqui expressão de uma característica fundamental da interpretação na teoria jurídica do jusracionalismo: nas palavras de António Manuel HESPANHA, “*a determinação fiel da vontade do legislador avulta como o primeiro critério da interpretação. Por um lado, porque, ela constitui a origem, ou causa eficiente do direito positivo. Depois, porque, embora sujeito às leis naturais, o imperante goza de uma larga margem de arbítrio na sua adaptação aos “momentos” da sociedade civil. E finalmente, porque se presume que é ele quem dispõe da melhor informação, quer sobre essas circunstâncias concretas, quer sobre o conteúdo da lei natural.*”; António Manuel HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia.*, cit., p. 357.

46. JORGE DE CABEDO, *Praticarum Observationum sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae, Prima Pars*, Lisboa, Ex Officina Georgii Rodriguez, 1602, *Decisio III*, 5., p. 11 (sublinhado nosso). Para uma análise detalhada da definição do estilo na doutrina jurídica portuguesa dos séculos XVI a XVIII, vide Pedro CARIDADE DE FREITAS, “O Estilo da Corte – Do Século XIII à Lei da Boa Razão”, cit., p. 765-779.



de 1711 o seguinte: “*porque, a seu respeito, attendendo-se aos agravos, que delles se interpunham mais favoravelmente para os sictos Procuradores; principalmente constando ser Estylo, com todas as qualidades por Direito requeridas, e longuissimamente observado, não dependendo os Bachareis para advogarem no seu Juizo mais, que de exhibirem e appresentarem n’elle as suas Cartas, requerendo se lhes mandassem continuar vista dos autos, em que são constituídos Procuradores, como depozeram todos os seus Escrivães, e ainda algum d’esta Casa mais antigo, de conhecida verdade e experiencia, sendo chamado a esta Masa, cuja asserção faz legal prova, e qualifica o dicto Estylo, não só para interpretar a Lei, mas também para a revogar: e que reassumindo, ou removendo os Senhores Regedores as dictas Portarias, aos Bachareis concedidas, não era visto prohibir-lhe mais que o procurar na Casa da Suplicação, por ser somente o para que os capacitava, e o exercício, que lhes permitiam (...)*”<sup>47</sup>. Como observa PEDRO CARIDADE DE FREITAS, este Assento reveste-se de especial importância para uma caracterização do *estilo* no início do século XVIII: por um lado, vem contrariar o entendimento maioritário na doutrina de que o *estilo* para valer tem de se conformar à lei, além de lhes reconhecer expressamente valor interpretativo da lei; por outro lado vem admitir como prova do *estilo* não só o depoimento dos Desembargadores, mas também o dos Escrivães<sup>48</sup>.

29. Como se vê, o Assento da *Casa da Suplicação* traça ainda no século XVIII uma imagem da compreensão do *estilo* consentâneo com o enunciado tradicional das fontes primárias nas *Ordenações* – marcado pela plena equiparação de *lei*, *estilo* e *costume*<sup>49</sup>. A perspectiva da legislação pombalina seria, apenas décadas volvidas, radicalmente distinta.

## V. CONCLUSÃO

30. O tratamento do *estilo* na *Lei da Boa Razão*, centrado em dois elementos essenciais, denuncia uma preocupação que, não sendo nova, era do tempo, e se fundamenta metodologicamente ao gosto do tempo. A racionalidade e a segurança exigiam *controle*.

O primeiro elemento respeita ao problema processual. O modo de formação do *estilo* prescrito, se recuperava as reformas filipinas, ao aprofundar a exigência de mediação da *Casa da Suplicação*, através da confirmação por Assento, reconfigurava a expressão do direito pelos Julgadores por força da *centralização* como mecanismo de

47. Vide a transcrição integral do Assento de 27 de Novembro de 1711 *apud* Pedro CARIDADE DE FREITAS, “O Estilo da Corte – Do Século XIII à Lei da Boa Razão”, cit., p. 768-769.

48. Pedro CARIDADE DE FREITAS, “O Estilo da Corte – Do Século XIII à Lei da Boa Razão”, cit., p. 769.

49. *Ordenações Afonsinas*, livro II, tít. VIII. *Quando a Ley contradiz a Degratat qual delas se deve guardar*; *Ordenações Manuelinas*, livro II, tít. V. *Como se julgaram os casos que nom forem determinados por Nossas Ordenaçoes*; *Ordenações Filipinas*, livro III, tít. LXIV. *Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações*.



*proximidade* ao rei. E na *proximidade* estaria pelo menos uma aparência de *controlo* que, politicamente, seria suficiente.

31. A necessidade de controlo sobre o estilo seria tão mais importante quanto a percepção da especificidade deste costume judiciário. Percebe-se a compreensão do momento da realização da justiça no caso como o momento último de definição do direito: pretendendo estabelecer-se um sistema subordinado à lei, seria vital não deixar de fora a determinação de *como julgar* – o reduto último mas decisivo da *realização* (e por isso mesmo da *identificação/criação*), do direito solução do caso.

Espreita a sombra do *juiz automático* que a codificação revelará, como CORRÊA TELLES esclarecia paradoxalmente ao identificar a solução adoptada para o *estilo* como concretização do princípio da separação de poderes e da sua referência iluminista na Lei emblemática do despotismo esclarecido em Portugal: “Quando se tracta de uma interpretação autentica, que ha de servir de Lei, **justo é sejam ouvidos os votos dos mais sábios e prudentes. Parece mesmo prudente, que não votem nos Assentos aquellos Juizes, que teem a julgar a causa, por occasião da qual se toma o Assento: podem ter paixão por alguma das partes, e nunca convém que o poder Legislativo, e executivo se reunam na mesma pessoa.** Montesq. *Espr. des L. Liv. 1-1. art. 5.*<sup>50</sup>

32. Identificação paradoxal, mas não contraditória – juridicamente, quer o despotismo esclarecido quer o liberalismo concretizam uma mesma unificação do jurídico e do político, reconduzindo a legitimação de um a outro, mudando apenas a *vontade* que legitimamente se exprime<sup>51</sup>. Como se de um jogo se tratasse entre a *boa utopia* (a tentativa de controlo político como garantia) e a concretização da solução jurídica, o que transparece da Lei da Boa Razão no tratamento do *estilo* é ainda o reconhecimento do *processo* como *relação de forças* – porque se reconhece, a final, que o mundo não está na lei.

33. O segundo elemento é o que trata da hierarquização das fontes e a função que esta desempenha no programa metodológico que a *Lei da Boa Razão* vinha impor.

Mais que a determinação do modo de formação do *estilo* a seguir, tentava-se também a superação do dilema temporal que se traduzia no impasse entre *inovação* e *conservação*. A recondução do direito à expressão de uma vontade – absoluta e

50. José Homem CORRÊA TELLES, *Commentario*, cit., 27., p. 19 (em comentário ao §5. da *Lei da Boa Razão*).

51. Confluência que resulta das *autonomias modernas*, que CASTANHEIRA NEVES identifica como criadoras da configuração contemporânea do direito: a autonomia do *normativo* e do *político* que, na substituição das velhas vinculações (à ontologia e à ética) pelo *princípio da razão pura*, se conjugam num novo sistema jurídico-político assente na *lei* como *expressão necessária do direito* e numa estrutura institucional que traduzia a *intenção político-jurídica* da *função legislativa*. Vide A. CASTANHEIRA NEVES, O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais, Coimbra Editora, 1.ª edição (reimpressão), Coimbra, 2014, pp. 527-528. Sobre a paradoxal continuidade da autonomização da função dos tribunais do projecto político absolutista ao modelo constitucional liberal, vide António Pedro BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus...*, cit., p. 92.

esclarecida – atribuía à lei o papel central e subordinante no plano das fontes. O historicismo, herança metodológica da crítica humanista, cumpria assim a função de legitimar a *reconstrução* do direito vigente a partir de uma revisão do passado – o ponto de partida de uma actualização do direito historicamente conformado que foi a tarefa assumida do *usus modernus pandectarum*.

A afirmação da supremacia definitiva da lei projectar-se-ia não apenas para o futuro, mas pretendia garantir também a coerência plena de um sistema jurídico de formação histórica, longa e complexa, reconduzindo todo o ordenamento a uma determinação *no* e *do* presente, pois que a vontade política existe na reafirmação permanente.

Um programa ambicioso – desmesuradamente ambicioso, como relembra CORRÊA TELLES – que parece denotar uma vez mais aquela tensão sobre o controlo último do processo que vem reconhecer o que se tenta radicalmente esconder – que a definição última do direito na cabe à lei nem ao legislador – o outro discurso da Lei da Boa Razão que é um *discurso indizível*.

34. A disposição final da *Lei da Boa Razão* concretiza aquela ambição de forma inequívoca, fazendo *tábua rasa* do direito passado que subsistia nas fontes que até então competiam com a lei. Por isso, a determinação representa um fecho de ciclo superando na enunciação mimética aquela primeira definição das fontes primárias nas *Ordenações*, fechando com as fontes tradicionais – e deixando também ao *estilo*, na sua derradeira submissão, um destaque final:

*“Pelo que Mando á Mesa do Desembargo do Paço, «Real Mesa Censoria, Regedor da Casa da Supplicação, Conselho da Minha Real Fazenda, e do Ultramar, Mesa da Consciência e Ordens, Governador da Relação c Casa do Porto, Governadores das Relações dos Meus Domínios Ultramarinos, Senado da Gamara, e todos os Corregedores, Provedores, Ouvidores, Juizes, Justiças, Officiaes, c mais Pessoas dos Meus Reinos e Senhorios, que cumpram e guardem esta Minha Carta de Lei, como nella se contém, e lhe façam dar a mais inteira observância, sem embargo de outras quaesquer Leis, ou disposições, que se opponham ao conteúdo nella, que todas Hei por derogadas, havendo-as aqui por expressas, como se d’ellas fizesse litteral, e especifica menção; sem embargo de quaesquer estylos, usos, e costumes contrários, que da mesma sorte derogo em forma especifica, como se aqui fossem expressos; e sem embargo também de quaesquer opiniões de Doutores, que como sediciosas, e perturbativas do socego publico Hei por abolidas, e proscriptas.”<sup>52</sup>*

Resta a lei, iluminada e esclarecida porque vontade de um déspota iluminado e esclarecido.

Mas, de que nos serve a lei, na sua forma muda e estática, se é preciso dizê-la para que se faça Direito? A pergunta reflecte uma tensão eterna entre legislador

52. *Lei da Boa Razão*, § final.

e decisor. Há um tempo, pudemos percebê-la na evolução do brocardo *iura novit curia*, em particular, na razão da expressão *curia*: esta não deveria ser permutada por outra, sob pena de a carga filosófica, ideológica e metodológica que se alberga naquele brocardo tardio, se perder.<sup>53</sup> Desta tensão tinha plena consciência o Imperador que, na Constituição, dispunha que nenhum jurisprudente se atrevesse, no futuro, a acrescentar os seus comentários ao Dígesto, obra feita com a ajuda de Deus, de modo a que opiniões contraditórias não reinstalassem a confusão que reinara quanto ao Direito vigente. Para três anos mais tarde, reafirmar a mesma proibição na Constituição *Tanta*, acrescentando nova injunção: sendo o Direito humano um ser em mutação, nada contendo que não sofra alteração, surgindo novos assuntos que estes fossem submetidos ao Imperador pois nele depusera Deus o poder de tudo ajustar à novidade. Não obstante a invocação do poder divino, não obstante a legitimação divina de todo o seu trabalho, o Imperador sabe que o que diz dificilmente poderá ser aceite. Não hesita, recorre, ostensivamente, a falácia argumentativa: em abono da sua posição e, conseqüentemente, da concentração na sua pessoa do monopólio na criação do Direito, invoca múltiplos precedentes. O tempo era de *cognitio* – ou *cognitiones* – extra ordinem, o Imperador, titular da competência para julgar a apelação, tinha a palavra final. O Sistema era circular: primeira e última palavra eram – ou podiam ser – ditas pelo mesmo Poder.

Mas e agora? E o estilo no seu tempo?

Agora, a lei. Silente. A eloquência do decisor dirá o Direito.

---

53. PAULA COSTA E SILVA, A prova do Direito em processo arbitral. *Iura novit curia*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Ano 5, 9 (Janeiro a Junho de 2019)



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

Intervenção de *amicus curiae* em  
processo apto à formação de precedente  
administrativo obrigatório<sup>1</sup>

Amicus curiae's intervention in the  
formation of administrative precedents

**Fredie Didier Jr.**

Professor of Civil Procedure at the Federal University of Bahia, Brazil, Lawyer

**Palavras-chave.** Processo administrativo. Tribunais administrativos. Precedentes administrativos obrigatórios. Possibilidade de intervenção de *amicus curiae* (art. 15, Código de Processo Civil brasileiro).

**Key-words.** Administrative proceeding. Administrative courts. Administrative precedents. Amicus curiae. Brazilian Civil Procedure Code.

1. Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>). Email: [frediedidier@gmail.com](mailto:frediedidier@gmail.com)

**Resumo.** O Direito brasileiro vem desenvolvendo um sistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios no âmbito administrativo. A qualidade do precedente administrativo depende muito da amplitude do debate. Defende-se a possibilidade dogmática de intervenção de *amicus curiae* em processo administrativo brasileiro, a partir da aplicação do art.15 do CPC.

**Abstract.** Brazilian law has been developing a system for the formation and application of mandatory precedents in the administrative sphere. The quality of the administrative precedent is highly dependent on the breadth of the debate. The dogmatic possibility of *amicus curiae* intervention in Brazilian administrative proceedings is defended, based on the application of article 15 of the Brazilian Civil Procedure Code.

## I. INTRODUÇÃO: GENERALIDADES SOBRE A INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*.

1. Uma questão dogmática importante tem passado despercebida da doutrina brasileira, tanto a que cuida do Direito administrativo, quanto à processualística: a partir do desenvolvimento, no Brasil, de um sistema de formação e respeito aos precedentes *administrativos* obrigatórios, sobretudo após as Leis n. 13.655/2018 (reforma da LINDB) e 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica), é possível admitir a intervenção de *amicus curiae* em processo administrativo? Este texto é uma tentativa de apresentar uma resposta a essa pergunta.

2. A intervenção do *amicus curiae* está regulada, em termos gerais, pelo art. 138 do CPC. O *amicus curiae* é o terceiro que, espontaneamente, a pedido da parte ou por provocação do órgão jurisdicional, intervém no processo para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão a ser proferida. A intervenção do *amicus curiae* passou a ser possível em qualquer processo, desde que se trate de causa relevante, ou com tema muito específico ou que tenha repercussão social (art. 138, *caput*, CPC). Esses pressupostos objetivos são alternativos<sup>2</sup>. *Generalizou-se a intervenção do amicus curiae*.

3. O *amicus curiae* pode ser pessoa natural<sup>3</sup>, pessoa jurídica ou órgão ou entidade especializado. A opção legislativa é clara: ampliar o rol de entes aptos a ser *amicus*

---

2. Nesse sentido, o enunciado n. 395 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Os requisitos objetivos exigidos para a intervenção do *amicus curiae* são alternativos”.

3. No talvez mais emblemático julgamento do STF em tema de direitos humanos (STF, Pleno, HC 82.424, redator do acórdão Min. Maurício Correa, j. em 17.09.2003), em que se discutiu a relação entre racismo e antisemitismo, o Prof. Celso Lafer, Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e membro da Academia Brasileira de Letras, foi aceito como *amicus curiae*, em razão de seus conhecidos estudos sobre a história dos direitos humanos – e seu memorial foi amplamente mencionado pelos ministros em seus votos. O STF admitiu a intervenção de *amicus curiae* a despeito de à época não existir regra expressa no processo penal neste sentido. Trata-se de julgamento

*curiae*. Exige-se, porém, que tenha *representatividade adequada* (art. 138, *caput*, CPC). Ou seja, o *amicus curiae* precisa ter algum vínculo com a questão litigiosa, de modo a que possa contribuir para a sua solução.

4. A adequação da representação será avaliada a partir da relação entre o *amicus curiae* e a *relação jurídica litigiosa*. Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar, por exemplo, com questões relacionadas aos povos indígenas; uma entidade de classe pode ajudar na solução de questão que diga respeito à atividade profissional que ela representa etc.

5. A relação entre a participação do *amicus curiae* e a formação de precedentes obrigatórios, no Direito brasileiro, é evidente. Além da previsão genérica de intervenção de *amicus curiae* no art. 138 do CPC, há outras regras que autorizam essa intervenção: *a*) incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal (art. 950, §§ 1º, 2º e 3º, CPC); *b*) no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983, *caput* e § 1º, CPC); *c*) no procedimento de análise da repercussão geral em recurso extraordinário (art. 1.035, § 4º, CPC); *d*) no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 1.038, CPC); *e*) no incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos (art. 896-C, §8º, CLT). Em todos esses casos, autoriza-se a intervenção do *amicus curiae* em incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios, exatamente para que se possa qualificar a formação desse precedente. Não é por acaso, portanto, que o legislador expressamente atribui legitimidade recursal ao *amicus curiae* para impugnar decisão proferida em julgamento de casos repetitivos (art. 138, § 3º, CPC)<sup>4</sup>.

6. A possibilidade de participação de *amicus curiae* é, aliás, característica marcante do sistema brasileiro de formação de precedentes obrigatórios<sup>5</sup>.

## II. SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS OBRIGATÓRIOS.

7. Paralelamente, consolida-se, no Direito brasileiro, um sistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios no âmbito administrativo.

---

também por este aspecto histórico, pois serviu de paradigma para que se permita a intervenção de *amicus curiae* sempre a que a relevância da causa assim impuser, mesmo sendo pessoa natural – entendimento que o CPC encampou no art. 138.

4. Em razão da existência de um microsistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC), a permissão de interposição de recursos deve estender-se ao julgamento de *recursos especiais ou extraordinários repetitivos*. Nesse sentido, o enunciado n. 391 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar recursos repetitivos”.
5. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 15ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, v. 2, p. 583; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, v. 3, p. 748-753.

8. A expansão e o fortalecimento dos tribunais administrativos (Tribunais de Contas, CADE, CVM, tribunais de contribuintes etc.), que resolvem conflitos de modo imparcial e por heterocomposição, é uma das principais causas que justificam a criação desse sistema de respeito aos precedentes administrativos. A *cognoscibilidade do Direito*, dimensão da segurança jurídica que garante a todos saber como o Direito é compreendido e aplicado, e a *igualdade*, que garante aos administrados o direito de ser tratado de modo semelhante pela Administração Pública<sup>6</sup>, o que significa ser tratado de modo isonômico perante as decisões administrativas, impõem o desenvolvimento desse sistema de formação e aplicação de precedentes administrativos<sup>7</sup>.

9. Também a necessidade de a Administração Pública, na condição de litigante habitual, estruturar a sua litigância de acordo com os precedentes advindos do Poder Judiciário, e, com isso, concretizar o equilíbrio entre os poderes republicanos e diminuir os custos da Administração Judiciária, contribuiu para a construção desse sistema de respeito aos precedentes administrativos.

10. Exatamente por isso:

10.1. o art. 4º da Lei Complementar n. 73/1993 atribui ao Advogado-Geral da União as seguintes competências: “X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal; XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais”;

10.2. o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.874/1999, determina que, nos processos administrativos, se confira “*interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação*”. A vedação de interpretação retroativa é claro sinal de que o precedente (interpretação anterior) deve ser aplicado, até que haja justas razões para revisão do entendimento<sup>8</sup>;

---

6. Sobre a relação entre precedentes e igualdade, MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *A força dos precedentes*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

7. Sobre os precedentes administrativos no Direito brasileiro, BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. “Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira”. *Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)*, 2016, v. 3, n. 1, p. 133-149; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 322-331.

8. Vendo neste artigo uma das bases normativas para a aplicação de precedente administrativos no Brasil, BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. “Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira”. *Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)*, 2016, v. 3, n. 1, p. 138.



10.3. o art. 50, VII, da Lei n. 9.874/1999, ao concretizar o dever de motivar as decisões administrativas, impõe o dever ao órgão administrativo decisor de expor as razões para deixar “*de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais*”<sup>9</sup>;

10.4. o art. 496, §4º, IV, CPC, dispensa a remessa necessária ao tribunal de sentença proferida contra o Poder Público que veicule “*entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa*”;

10.5. a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-lei n. 4.657/1942, alterado pela Lei n. 13.655/2018) não apenas consagra a “*jurisprudência administrativa majoritária*” (art. 24, par. ún.), como também impõe o dever de proceder a uma transição no caso de essa mesma jurisprudência vier a ser revista: “*art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (...) Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público*”;

10.6. a mesma LINDB, no art. 30, determina que “*as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão*”. Assim, a lei não só supõe a existência de precedentes administrativos, como impõe a consolidação de seus enunciados em súmula administrativa e confere a eles força vinculante até futura

9. Vendo neste artigo uma das bases normativas para a aplicação de precedente administrativos no Brasil, MODESTO, Paulo. “Autovinculação da administração pública”. *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, 2010, n. 24, p. 2-4; HACHEM, Daniel Wunder. “Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, ano 15, n. 59, p. 71; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. “Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira”. *Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)*, 2016, v. 3, n. 1, p. 139.

revisão de entendimento<sup>10</sup>, concretizando o comando do art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.874/1999;

10.7. Exatamente por isso, o Decreto Presidencial 9.830/2019, ao regulamentar os arts. 20 a 30 da LINDB no âmbito federal, consolida esse sistema de precedentes obrigatórios no âmbito da administração federal (arts. 19-24, Decreto 9.830/2019);

10.8. o art. 3º, IV, da Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), estabelece que é direito de toda pessoa, essencial ao desenvolvimento econômico do país: *“receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento”*;

10.9. o art. 19 da Lei n. 10.522/2002, alterado pela Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), determina que *“Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: (...) II - tema que seja objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; (...) IV - tema sobre o qual exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; (...) VII - tema que seja objeto de súmula da administração tributária federal de que trata o art. 18-A desta Lei”*;

10.10. o art. 18-A da Lei n. 10.522/2002, acrescentado pela Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), estabelece que: *“Comitê formado de integrantes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editará enunciados de súmula da administração tributária federal, conforme o disposto em ato do Ministro de Estado da Economia, que deverão ser observados nos atos administrativos, normativos e decisórios praticados pelos referidos órgãos”*.

10.10.1. O dispositivo é claro ao criar um sistema de precedentes obrigatórios e colocar o CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no centro decisório desse sistema.

10.10.2. Há, como se sabe, um quadro de enunciados da súmula da jurisprudência do CARF, atualmente com 161 enunciados, que orientam a atuação dos agentes fazendários, dos contribuintes e do próprio CARF. Muitos desses enunciados são vinculantes para a Administração Tributária Federal, conforme Portaria 129/2019 do Ministro da Economia.

---

10. Vendo neste artigo uma base normativa para a aplicação de precedente administrativos no Brasil, OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública – limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 153-154.

10.10.3. O art. 47, §§ 1º a 3º do Regimento Interno do CARF estabelece procedimento para gestão e julgamento dos recursos administrativos repetitivos, semelhante àquele previsto para os recursos extraordinários repetitivos nos arts. 1.036-1041 do CPC, inclusive com a aplicação da tese firmada no recurso paradigma (aquele escolhido como representativo da controvérsia, nos termos do art. 47, § 1º) aos recursos sobrestados (art. 47, § 3º). O paralelo é evidente: cá como lá, o propósito é julgar casos pendentes e firmar precedentes (administrativos e judiciais, respectivamente) obrigatórios.

11. Não bastassem todas essas regras, e mesmo independentemente delas<sup>11</sup>, o sistema de formação e aplicação de precedentes administrativos é desdobramento inexorável dos princípios da segurança jurídica (incluindo sua dimensão subjetiva, a proteção da confiança, porque respeitar o precedente é manter a coerência administrativa e proteger a confiança do administrado<sup>12</sup>) e da igualdade<sup>13</sup>.

### III. INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE E OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS APTOS À FORMAÇÃO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS.

12. De acordo com o art. 15 do CPC, as normas do processo jurisdicional civil aplicam-se, subsidiária e supletivamente, ao processo administrativo. Isso significa que as normas processuais civis servem para preencher lacunas das fontes normativas do processo administrativo (atuação subsidiária) e completar regimentos já existentes (atuação supletiva). Essa aplicação serve aos diversos tipos de processo administrativo (disciplinar, autorizativos, regulatórios, sancionadores, tributários etc.).

13. O art. 15 do CPC e todo esse quadro normativo que institui o sistema de precedentes administrativos obrigatórios facilitam a compreensão de que não é apenas recomendável, mas também imperiosa, a atuação de *amicus curiae* em processo que tenha aptidão para a produção de precedentes administrativos, como os oriundos de tribunais administrativos<sup>14</sup>. A qualificação desses precedentes é, além de concretização

11. Assim, BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 330.

12. Relacionando o respeito aos precedentes administrativos com a proibição do *venire contra factum proprium* pela Administração, ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos”. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, ano 1, n. 4, p. 231-244; BARROS, Marco Antonio Loschivo Leme de. “Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira”. *Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)*, 2016, v. 3, n. 1, p. 141.

13. Longamente sobre o tema, HACHEM, Daniel Wunder. “Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, ano 15, n. 59, p. 63-91.

14. “Ficam assim delineadas as vantagens da intervenção do *amicus curiae* no processo, em termos de reforço do contraditório, respeito à soberania popular e princípio participativo; o ‘contraditório’ que ele proporciona é no sentido da cooperação com os julgadores, na busca de uma decisão mais justa e mais coerente com a realidade social. O instituto repousa, ainda, na necessidade da legitimação

da segurança jurídica e da igualdade, também uma importante dimensão do princípio da eficiência<sup>15</sup>, na medida em que tem potencial para tornar a atuação administrativa substancialmente mais justa. É, também, reforço ao dever de motivação das decisões administrativas (art. 50, da Lei n. 9.784/1999), corolário do devido processo legal administrativo<sup>16</sup>: com a ampliação do debate, tendencialmente se aperfeiçoa a cognição e, conseqüentemente, a decisão administrativa.

14. Há exemplo importante de intervenção de *amicus curiae* em processo administrativo. No procedimento “de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (art. 3º, § 2º, da Lei n. 11.417/2006).

15. Outro bom exemplo de intervenção de *amicus curiae* em processo administrativo está previsto no art. 50 da Lei n. 12.529/2011 (Lei do CADE): “Art. 50. A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção

---

social dos julgamentos. Tudo isto aplica-se evidentemente ao processo administrativo que, como visto acima, é permeado hoje por uma relevante processualidade. Nada impede, e até recomenda, a admissão da intervenção do *amicus curiae* no processo administrativo, aplicando as regras contidas no art. 138 e parágrafos do CPC. Milita a favor da transposição do artigo do Código não só a regra expressa de sua aplicação subsidiária, mas também o princípio do diálogo das fontes, segundo o qual deve ser sempre possível a adoção de uma regra oriunda de outra disciplina jurídica, desde que compatível com as regras próprias de outro sistema. Também a analogia pode ser aplicada no caso da intervenção do *amicus* no processo administrativo, que apresenta frequentemente os requisitos indicados pelo CPC para sua aplicação: ‘A relevância da matéria, a especificidade do objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia’. O processo administrativo pode perfeitamente preencher esses requisitos. Basta pensar, por exemplo, nas súmulas administrativas do Conselho Nacional de Incentivo à Cultura, nas súmulas da Advocacia Geral da União, no efeito vinculante previsto pela Lei nº 13.457/09-SP em relação às súmulas do TIT, na jurisprudência do Senacon - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor em relação a empresas fabricantes nos atos anticoncorrenciais julgados pelo CADE. Isso tudo engloba matérias extremamente relevantes, de objeto específico e nas quais fica clara a repercussão social da controvérsia. Bem-vindo o *amicus curiae* no processo administrativo. E que os juízos e Tribunais o acolham de braços abertos.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “O *Amicus Curiae* no processo administrativo”. *Revista Lex Magister*, Porto Alegre. Disponível em: [lex.com.br/doutrina\\_27470852\\_O\\_AMICUS\\_CURIAE\\_NO\\_PROCESSO\\_ADMINISTRATIVO.aspx](http://lex.com.br/doutrina_27470852_O_AMICUS_CURIAE_NO_PROCESSO_ADMINISTRATIVO.aspx). Acessado em 16.03.2020). Admitindo a intervenção em processos nos tribunais de contas, PEREIRA, César A. Guimarães. “A participação das câmaras de arbitragem como *amicus curiae* em processos do Tribunal de Contas da União relativos a processos arbitrais”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 3, n. 12, p. 43-51.

15. HACHEM, Daniel Wunder. “Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, ano 15, n. 59, p. 63-91; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. “Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira”. *Revista Digital de Direito Administrativo* (RDDA), 2016, v. 3, n. 1, p. 134, 138.
16. Considerando que o *amicus curiae* no processo administrativo pode ser de grande valia para a construção do devido processo legal administrativo, SILVA, Daniela Juliano. “Aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil aos processos administrativos e seus reflexos na jurisdição administrativa”. *Revista CEJ*. n. 71, Ano XXI, Brasília, 2017, p. 13.

*no processo administrativo de: I - terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; ou II - legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990”.*

16. Há, ainda, os arts. 32-34 da Lei n. 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo federal), que cuidam, especificamente, da possibilidade de participação de terceiros em processo administrativo, com o propósito de aperfeiçoar a decisão administrativa. Essa atuação é semelhante à do *amicus curiae*<sup>17</sup>, e certamente supõe que a interpretação do ente administrativo pode repercutir para além caso concreto que está sendo decidido: “art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo; art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas; art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”.

17. “No processo administrativo a mais completa instrução é dever do agente administrativo”<sup>18</sup>.

#### IV. CONCLUSÃO

18. Tudo isso demonstra que, a partir da aplicação do art. 15 do CPC, é admissível, e muitas vezes obrigatória, a intervenção do *amicus curiae* em processo administrativo, não sendo algo estranho ao sistema jurídico brasileiro, sobretudo nos processos administrativos aptos à produção de precedente obrigatório de tribunal administrativo, como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF, CADE, Tribunais de Contas etc.

#### REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos”. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, ano 1, n. 4.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

17. CABRAL, Antonio do Passo. “Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2004, v. 117, p. 13, 18; BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 76-77.

18. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 288.

- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. “Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira”. *Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)*, 2016, v. 3, n. 1.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CABRAL, Antonio do Passo. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2004, v. 117.
- DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 15ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, v. 2.
- DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, v. 3.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “O *Amicus Curiae* no processo administrativo”. *Revista Lex Magister*, Porto Alegre. Disponível em: [lex.com.br/doutrina\\_27470852\\_O\\_AMICUS\\_CURIAE\\_NO\\_PROCESSO\\_ADMINISTRATIVO.aspx](http://lex.com.br/doutrina_27470852_O_AMICUS_CURIAE_NO_PROCESSO_ADMINISTRATIVO.aspx). Acessado em 16.03.2020.
- HACHEM, Daniel Wunder. “Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, ano 15, n. 59.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “O precedente na dimensão da igualdade. *A força dos precedentes*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- MODESTO, Paulo. “Autovinculação da administração pública”. *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.
- OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública – limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- PEREIRA, César A. Guimarães. “A participação das câmaras de arbitragem como *amicus curiae* em processos do Tribunal de Contas da União relativos a processos arbitrais”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 3, n. 12.
- SILVA, Daniela Juliano. “Aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil aos processos administrativos e seus reflexos na jurisdição administrativa”. *Revista CEJ*. n. 71, Ano XXI, Brasília, 2017.



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Entrevista

Giustizia e processo. Una conversazione  
con Andrés De La Oliva Santos a cura di  
Vincenzo Varano<sup>1</sup>

---

*Siamo lieti di pubblicare questa intervista,  
fatta da Vincenzo Varano ad Andrés de la Oliva.  
Come presentazione, ritengo utile pubblicare una parte del  
mio discorso, fatto all'Accademia delle scienze di Bologna.*

E' per me un piacere ed un onore presentare il prof. Andrés de la Oliva Santos, uno dei maggiori processualisti non solo spagnoli ma europei, da qualche mese accademico corrispondente della nostra Accademia. E vorrei aggiungere, se mi consentite, carissimo amico.

Andrés de la Oliva è stato cattedratico di diritto processuale dell'Università complutense di Madrid, della quale ora è professore emerito. In precedenza ha insegnato nelle Università di Santiago, Zaragoza, Alcalà de Henares. E' stato membro del *Consejo General del Poder Judicial*, accademico della *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*; dottore *honoris causa* dell'Università *Rey Juan Carlos di Madrid*; gran croce dell'Ordine di San Raimondo de Peñafort (massima decorazione spagnola nell'ambito del diritto). E' membro di numerose associazioni scientifiche nazionali ed internazionali. Ha tenuto conferenze in vari Paesi del mondo, in specie in America Latina.

Non posso certo occupare tempo nell'elencare le sue numerose opere.

---

1. Vincenzo Varano è Emerito dell'Università di Firenze. Le note a piè di pagina sono tutte aggiunte dall'autore dell'intervista. Il testo è stato pubblicato nella Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, LXXXIII, n° 2, Giugno 2019, pp. 561-584.



Qui vorrei sottolineare tre aspetti della laboriosa giornata di Andrés de la Oliva.

Il primo riguarda più propriamente l'opera scientifica e sistematica, che passa attraverso diverse monografie e articoli pubblicati in varie riviste, fra le quali mi piace ricordare la nostra.

Ne segnalo solo alcune fra le più significative: *El derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos basicos*, del 1980; *Jueces imparciales, fiscales “investigadores” y una nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal*, del 1989; *Sobre la cosa juzgada* del 1991; *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales* del 1996; *Escritos sobre Derecho, Justicia y Libertad*, del 2006.

Non dimentico certo la traduzione italiana dell'importante studio *Oggetto del processo civile e cosa giudicata* pubblicata nel 2005 nella bella collana *Giuristi stranieri di oggi* diretta da Cosimo Mazzoni e Vincenzo Varano.

E taccio di molti altri.

Il secondo aspetto riguarda la sua attività di docente, maestro di numerosi allievi, alcuni oggi eccellenti cattedratici. Ne sono testimonianza le molte edizioni dei suoi manuali di diritto processuale civile, diritto penale e diritto processuale europeo.

Il terzo aspetto è quello di legislatore.

Andrés de la Oliva è stato l'autore sostanziale della *Ley de enjuiciamiento civil* del 2000, nata sì dalla felice collaborazione con Margarita Mariscal de Gante y Miròn, già ministro della giustizia, ma di certo portante l'impronta sistematica del nostro, con importanti successi di ammodernamento di un processo in crisi.

Federico Carpi

## – Vincenzo Varano

Nel 2005, è uscito in Spagna il volume *Obieto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*<sup>2</sup>; nel 2009, su suggerimento di Michele Taruffo, è uscita la traduzione italiana dell'opera, nella collana “Giuristi stranieri di oggi” che, nell'arco dei suoi trent'anni di vita, Cosimo Mazzoni e io abbiamo sempre curato mirando a diffondere in Italia opere di punta, caratterizzate da novità e attualità, ovunque pubblicate nel mondo<sup>3</sup>. E' stato in questa occasione che si è consolidato il nostro rapporto, fatto di feconda collaborazione, di profonda stima ma anche di grande amicizia, non solo fra te e me, ma anche fra la grande scuola della Complutense e il gruppo dei comparatisti fiorentini. Ma torneremo su questo punto nel prosieguo della nostra conversazione. Ora vorrei fermarmi un attimo sul volume cui si è appena accennato. Nella Presentazione all'edizione italiana, Michele Taruffo scrive che il libro rappresenta “un ‘frutto maturo’

---

2. E' un'edizione Thomson Civitas, stampata a Cizur Menor, Navarra, 2005.

3. *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, con *Presentazione* di TARUFFO, Milano, 2009.

della migliore dottrina processualistica spagnola”, che il tuo impianto sistematico è sicuro, “classico nell’equilibrio e nella struttura”<sup>4</sup>, che nonostante le difficoltà concettuali e le complicazioni teoriche del tema, sei riuscito ad affrontarlo con estrema chiarezza. In questo libro, credo di avere trovato la conferma di quanto di te scrive il tuo allievo, e carissimo amico comune, Ignacio Díez-Picazo Giménez<sup>5</sup>, ossia che tu sei in Spagna il depositario forse unico di un solido e coerente patrimonio concettuale e sistematico fondato sullo studio dei grandi maestri tedeschi del XIX secolo e dei maestri italiani, soprattutto appartenenti a quella che Federico Carpi ha definito “l’età dell’oro”<sup>6</sup>.

Ecco, credo che la nostra conversazione possa proprio iniziare chiedendoti di parlarci della tua formazione di processualista classico, dei tuoi studi, dei tuoi maestri, delle tue fonti di ispirazione, ma anche del tuo contributo personale allo sviluppo della dogmatica del diritto processuale in Spagna, che sempre Ignacio tende a sottolineare. E’ vero infatti che hai resistito al canto delle sirene della modernità, ma conosci la modernità, e te ne sei servito per portare un tuo contributo personale assai importante allo sviluppo, alla crescita di quel patrimonio di cui sei depositario, ponendoti come la figura simbolo di quella “trayectoria ascendente” che caratterizza la dottrina processualistica spagnola contemporanea.

#### – Andrés De la Oliva Santos

In larghissima misura, devo la mia formazione di “processualista classico”, come dici tu, a due grandi maestri, Jorge Carreras Llansana, catedrático di diritto processuale, e Amadeo de Fuenmayor, catedrático di diritto civile. La loro influenza non è stata solo iniziale, ma costante, pur favorendo ambedue la mia libertà di studio e di ricerca. Carreras non mi dette alcuna indicazione sulle opere generali che avrei dovuto leggere per dare inizio alla mia formazione, ma si limitò a segnalarmi i nomi di alcuni autori dai quali, a ragione, pensava che potessi prescindere, perché dalle loro opere non avrei ricavato niente di valido. E’ stato invece di notevole valore formativo osservare come Carreras, grande avvocato, fosse sempre in grado di distinguere fra la posizione che doveva adottare in difesa dei suoi clienti e quella che riteneva la più fondata in diritto, non sempre fra loro coincidenti. E la mia tesi, sulla società commerciale di fatto (*sociedad irregular mercantil*) nel processo<sup>7</sup>, si basava principalmente sulla giurisprudenza, con una attenta ricerca delle vere “rationes decidendi” di ogni caso,

4. TARUFFO, *op. cit.*, p.VII

5. La citazione è al *Discurso* (più precisamente, al § 4) pronunciato il 2 dicembre 2016, presso la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación di Madrid* in occasione della “Sesión de Presentación de Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés De La Oliva Santos”, due volumi curati dallo stesso Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ e da un altro allievo di De La Oliva, Jaime VEGAS TORRES, Madrid, 2016. Ho avuto il testo del discorso di Díez-Picazo grazie alla cortesia dell’autore.

6. CARPI, *Vittorio Denti e le riforme processuali dello Stato sociale*, in questa rivista, 2002, p. 728

7. Poi pubblicata a Pamplona nel 1971 con il medesimo titolo: *La sociedad irregular mercantil en el proceso*.

distinguendole dagli “obiter dicta” (ho incontrato “rationes decidendi” comuni in sentenze che non condividevano neppure una frase). In questo mi sostenne non solo Carreras, straordinario conoscitore della giurisprudenza del nostro Tribunal supremo, ma anche Fuenmayor, che mi raccomandò la lettura degli “Estudios de Jurisprudencia” di Luis Díez-Picazo y Ponce de León, come lui catedrático di diritto civile e, come lui, allievo del grande giurista Federico de Castro y Bravo, per decenni colonna del diritto in Spagna, di cui avevo studiato durante il mio corso di laurea l’immenso “Tratado de Derecho Civil de España”. Il lavoro per la tesi di dottorato mi ha arricchito di esperienze e opinioni fondamentali che mi hanno orientato fino ad oggi. Inoltre, ha rafforzato in me la convinzione che le sentenze e i veri principi su cui si fondano non servono a nulla se non si conosce il caso, i fatti: quelli extraprocessuali e quelli processuali, vale a dire la domanda e il percorso processuale fino alla sentenza. Devo però segnalare un elemento formativo iniziale di cui finora non ho mai parlato, e spiegare i precedenti o il contesto di questo elemento: nel 1974 mi presentai a un concorso per un posto di professore aggregato. La struttura di questo tipo di concorso (sei prove pubbliche di fronte a una commissione di cinque catedráticos) era quella stabilita per i catedráticos nel 1931, appena modificata dal regime franchista. Per presentarsi al concorso era necessario sottoporre per iscritto una cosiddetta “Memoria sul concetto, il metodo e le fonti” della disciplina. La seconda prova del concorso consisteva nella esposizione orale, della durata massima di un’ora, di tale memoria. Mi proposi di scrivere la memoria prendendo a base i testi degli autori classici tedeschi (da Wach a James Goldschmidt) e italiani (Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti) (“l’età dell’oro”, secondo la già ricordata definizione di Federico Carpi), corredati da qualche mia accurata riflessione. Questo lavoro, insieme alle magistrali lezioni di Carreras, mi dette un sistema con fondamenta assai solide, e molto meditato, di concetti e istituzioni, e qualcosa di grande importanza: l’esperienza dello storico, che è indispensabile avere sempre presente. Sono tornato molte volte su questi temi fondamentali, con nuovi dettagli e profili più precisi, però non ho mai ritenuto di dover abbandonare quello che Ignacio Díez Picazo chiama “patrimonio concettuale e sistematico”<sup>8</sup>.

#### – Vincenzo Varano

Scorrendo la tua immensa bibliografia, non si può non notare che tu hai sempre affrontato i grandi temi del processo, e non solo quelli classici che ti vengono dalla sistematica tedesca, ma anche quelli maggiormente venati di significato costituzionale: fra i tanti, i diritti fondamentali delle parti, l’indipendenza del giudice e del potere giudiziario, la precostituzione del giudice, la responsabilità del giudice... Questo è un aspetto molto interessante della tua personalità di studioso, perché la costituzione spagnola è del 1978, quando la tua formazione di studioso era già avvenuta, visto che nel 1974, a soli 29 anni, eri già professore aggregato a l’Università Complutense, una posizione in tutto e per tutto equivalente a quella di professore ordinario, posizione

8. La citazione è tratta dal *Discorso* di cui alla nota 4, § 4.

che hai formalmente raggiunto due anni dopo. Evidentemente hai saputo cogliere immediatamente l'impatto della Costituzione sul processo. Come è avvenuta questa svolta? Quando hai avuto la percezione che era molto importante attirare l'attenzione soprattutto dei giovani sul nuovo sistema di valori che la Costituzione prospettava?

– **Andrés De La Oliva Santos**

Ho iniziato a occuparmi della Costituzione, come processualista, prima ancora che venisse approvata, fin dall' "Anteproyecto", e ne sono stato più critico, magari anche eccessivamente, che sostenitore. Però in quel tempo non mi interessavano tanto i nuovi valori (molti dei valori costituzionalizzati non erano in realtà nuovi), ma piuttosto i problemi e i dubbi che la nuova Costituzione e quelle antecedenti suscitavano. Ho spesso richiamato i giovani a prestare attenzione a tali problemi e dubbi. Lo testimonia il seminario che organizzai nell'estate del 1980, presso il "Parador Nacional del SOS del Rey Católico" (in provincia di Saragozza) per gli studenti degli ultimi anni di corso, alcuni già laureati, chiamati a riflettere su una serie di problemi molto importanti. Io ero ancora catedrático dell'Università di Saragozza, però si sapeva che l'anno seguente mi sarei trasferito all'Università di Alcalá de Hernanes. Eppure, parteciparono al seminario, senza alcun aiuto economico, un paio di dozzine studenti, animati da un grande interesse. In ogni caso, la prova più evidente della mia attenzione per i valori costituzionali si trova nella rassegna completa della giurisprudenza del Tribunal Constitucional che iniziai a pubblicare nel mio *Derecho procesal civil*, da quando cominciai a pronunciare le sue sentenze, nell'ottobre del 1980. Dopo qualche anno, la rassegna era diventata così estesa che, per ragioni didattiche, fui costretto a ridurla.

– **Vincenzo Varano**

Questa attenzione per la Costituzione si è diffusa fra i giuristi e i processualisti spagnoli, o è rimasta limitata ad alcuni gruppi di studiosi che ne hanno fatto la loro bussola, come in fondo è accaduto in Italia, a 70 anni dall'entrata in vigore della nostra Costituzione?

– **Andrés De La Oliva Santos**

No, in Spagna l'attenzione per la Costituzione non è stata limitata ad alcuni gruppi di processualisti. Al contrario, è stata generalizzata, ed è anzi successo che molti, seguendo questa bussola, si siano sentiti dispensati dalla conoscenza e dallo studio dei classici del diritto processuale. Faccio questa avvertenza e questa critica perché la mancanza di una solida formazione giuridica e giuridico-processuale indebolisce pericolosamente l'atteggiamento critico verso le disposizioni costituzionali e la loro interpretazione da parte dei tribunali. In sostanza, e sempre che io abbia capito bene la tua domanda, se in Italia solo alcuni gruppi di studiosi hanno fatto della Costituzione la loro bussola, in Spagna questo è accaduto a molti giuristi. Di certo, io ho sempre fatto in modo di armonizzare l'attenzione per la Costituzione vigente con il fatto che né il diritto né la scienza del diritto hanno avuto inizio con la Costituzione, e neppure

questa li ha sostituiti. A tutti coloro che hanno seguito il mio pensiero, ho cercato di insegnare a venerare la Costituzione di Spagna e la giurisprudenza del nostro Tribunal constitucional (o supremo), ma non a santificarla.

### – Vincenzo Varano

La stessa apertura hai dimostrato nei confronti del diritto dell’Unione europea, e in particolare nei confronti di quel sempre più consistente corpo di norme che formano oggetto di quello che ormai può essere definito “diritto processuale civile europeo”, coltivato anch’esso da una piccola cerchia di specialisti, ma ignorato o quasi, almeno in Italia, dai processualisti tradizionali. Se tu dai un’occhiata ai manuali, ad esempio, troverai qualche riferimento generale, o la citazione di qualche specifico strumento normativo di particolare importanza (ad esempio in materia di giurisdizione o di riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali europei), ma la sensazione che si ha, è che il diritto processuale civile europeo sia ancora un corpo estraneo.

La tua lungimiranza ha condotto invece a un grande progetto finanziato dall’Unione. Scopo del progetto e del finanziamento era quello di diffondere la conoscenza del diritto processuale europeo attraverso la pubblicazione di manuali di carattere eminentemente pratico, accessibili, chiari. Più o meno in contemporanea, nel 2011, sono usciti manuali in Spagna, in Francia e in Italia<sup>9</sup>, che sicuramente avranno contribuito ad allargare il ristretto circolo dei cultori del diritto processuale europeo.

Mi pare insomma che queste grandi non comuni aperture (ai valori costituzionali, all’Unione europea) facciano di te un giurista, e un processualista non solo intriso di classicismo, ma anche attento a cogliere gli aspetti positivi della modernità e del progresso.

### – Andrés De La Oliva Santos

Nella diffusione dello studio del diritto processuale civile europeo ho svolto soprattutto il ruolo di promotore, dirigendo l’iniziativa dell’“action grant” cui hai fatto ora riferimento. La riuscita di questa iniziativa si deve interamente ai suoi partecipanti, in Spagna, Francia e Italia. I coordinatori (in Italia Michele Taruffo, tu e Vittoria Barsotti) sono coloro che meritano gli elogi. Attualmente, diversi processualisti spagnoli seguono molto da vicino sia le norme dell’Unione europea sia la giurisprudenza della Corte di giustizia Ue.

Ti ringrazio per gli elogi che mi fai con le tue ultime parole, però la verità è che non concepisco alcuna opposizione fra un vero giurista classico e un giurista moderno. Perché il vero giurista non studia, non pensa e non scrive per compiacere se stesso o gli

9. V. DE LA OLIVA SANTOS & GASCÓN INCHAUSTI (a cura di.), *Derecho procesal civil Europeo* (3 vol., Madrid, 2011); CADIET, JEULAND, & AMRANI-MEKKI (a cura di.), *Droit processuel civil de l’Union Européenne* (Paris, 2011); TARUFFO & VARANO (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo* (Torino, 2011).

altri, ma per risolvere con precisione i problemi reali che presentano una dimensione di giustizia e di ordine (tali sono i problemi giuridici). Poiché i problemi giuridici reali sono sempre moderni, il classicismo aggiunge al giurista solo la solidità della formazione. Il classico, come sai meglio di me, non si definisce come un parametro temporale, ma piuttosto come un parametro di qualità. Lo dirò in altro modo, ricorrendo al parametro temporale: classico è ciò che un giorno nacque come moderno, ma con il passare del tempo, mantiene intatto il suo valore (il Beethoven maturo era ultramoderno in quel momento, ma non tardò a trasformarsi in classico). La teoria è sempre pratica: è un criterio che difendo sin dall'inizio della mia vita accademica. Noi umani non abbiamo una pratica che non sia sostenuta dalla teoria, salvo che non si tratti della pratica che nasce da istinto o da manie. Una pratica senza teoria va bene per le scimmie addestrate. E io non ho mai voluto essere, né voglio che lo siano i miei lettori o i miei ascoltatori, una specie di "scimmia con i pantaloni", per usare l'espressione di C. S. Lewis.

– **Vincenzo Varano**

Che ruolo ha oggi la comparazione nella formazione dei giovani giuristi spagnoli? In particolare, quanto spazio ha la comparazione nell'insegnamento e nella ricerca processualcivilistica?

– **Andrés De La Oliva Santos**

La comparazione ha assunto, e continua ad assumere, un'importanza crescente nella ricerca dei processualisti, ai quali interessa sempre di più, come è naturale nel mondo di oggi, quello che succede in altri paesi e in altre culture. Tale importanza si riflette sempre di più anche nell'insegnamento, non perché norme di legge o regolamentari lo richiedano, ma piuttosto per la formazione dei professori.

– **Vincenzo Varano**

Una domanda che viene abbastanza naturale a un giurista italiano quando conversa con un processualista spagnolo riguarda il fatto che quest'ultimo è un processualista a tutto tondo, ossia, si occupa sia sotto il profilo scientifico che didattico, di processo civile e di processo penale. Come sai, nell'Italia unita, salva una breve parentesi fino al 1865, le due discipline sono sempre state separate, e i processualisti si occupano o di processo civile o di processo penale, gli insegnamenti sono rigidamente separati, gli studi e le carriere anche. E lo stesso credo di poter dire con riferimento alla maggior parte degli altri ordinamenti, salvo andare con il pensiero alla tradizione scandinava che però si basa su codificazioni assai vaste, diverse dalla codificazione dell'epoca moderna, dal *code civil* in poi, per intenderci, in cui non solo non si distinguono processo civile e penale, ma neppure diritto sostanziale e processo. Altro richiamo che potrebbe essere pertinente è quello della *law of evidence* nella tradizione di *common law*, che si estende a processo civile e penale, senza distinzioni, per ragioni storiche sulle quali non è qui il caso di diffondersi.

In proposito, vorrei farti alcune domande.

A quando risale questa unità scientifica e didattica?

Come funziona l'assetto dei due insegnamenti? Sono separati o esiste un unico corso avente per oggetto i principi del diritto processuale civile e penale?

So che tu hai scritto sia di processo civile che di processo penale. E' tipico della formazione accademica di qualsiasi processualista? C'è una tendenza degli studiosi a specializzarsi nell'uno o nell'altro campo?

Fuori dalla Spagna mi pare di poter affermare che la tua fama è legata soprattutto al processo civile, l'ambiente internazionale di cui sei parte è (almeno così mi pare) quello dei processualcivili e delle loro associazioni scientifiche: è così? E tu, sempreché la mia domanda abbia un senso, ti senti più processualcivile o processualpenalista?

Per concludere, il tema è oggetto di discussione o di dibattito? C'è una qualche tendenza favorevole a separare le due discipline?

– **Andrés De La Oliva Santos**

Non saprei indicarti con precisione il momento storico al quale risale l'unità didattica del diritto processuale in Spagna. E' fuor di dubbio, in ogni caso, che già all'inizio del XX secolo non si differenziavano nell'insegnamento due discipline, perché allora le materie si denominavano "Procedimenti giudiziari" e "Pratica forense", con riferimento alla totalità dell'ordinamento giuridico. L'unità scientifica possiamo collocarla quando, più avanti nel secolo XIX, ha seriamente inizio un approccio scientifico, e non meramente procedimentalista, alla nostra materia. Da quel momento, i processualisti hanno ritenuto appropriato, sul piano scientifico, occuparsi dei processi in tutti gli ambiti, e quindi, oltre che del processo civile e penale, anche dell'amministrativo, del lavoro, ecc. Per esempio, ci sono stati processualisti che si sono specializzati nel processo del lavoro. Però, di fatto, i cultori del diritto amministrativo hanno rivendicato la loro competenza sul "loro processo", e ci sono stati alcuni cattedratici di diritto del lavoro che si sono occupati più a fondo del processo del lavoro. Sul piano normativo, già da molto tempo, ai Dipartimenti o "aree di conoscenza" di "diritto processuale", che è la denominazione ufficiale, afferisce solo la docenza del civile e del penale.

Per quanto sotto questa denominazione comune, il diritto processuale civile e il penale si insegnano separatamente e sulla base di manuali differenti. Se, come accade di frequente, si inizia con il corso di diritto processuale civile, è possibile che alcune lezioni introduttive valgano anche per il processo penale. Vi sono anche altre articolazioni degli insegnamenti, ma non mi sembrano interessanti.

Per quanto riguarda la tua terza domanda, è tipico della formazione di ogni processualista aver lavorato e pubblicato in ambedue i campi, sebbene vi siano poche eccezioni, che peraltro non sono ben viste. A partire da un certo momento, che varia da studioso a studioso, ma che di norma coincide con il conseguimento di un posto di ruolo, vi sono coloro che coltivano solo il processo civile, altri il processo penale.



Poiché il diritto processuale penale è in molti paesi strettamente legato al diritto penale sostanziale, è in certo modo logico che quelli di noi che si qualificano come processualisti senza aggettivi, ricevano più attenzione da parte dei processualcivili (inviti a congressi, a far parte di associazioni, ecc.). Io mi sento più processualista civile, nella misura in cui non accetterei di essere qualificato come processualpenalista. Però non accetterei neppure che mi si escludesse dall'ambito del diritto processuale penale, perché non corrisponderebbe alla realtà del mio lavoro.

Senza voler criticare altri sistemi, che certamente hanno la loro ragion d'essere, penso che il nostro presenti un grande vantaggio, che riassumerei così: con lo studio, la ricerca e l'insegnamento del diritto processuale civile che, come ho già detto, vengono di norma prima, si capisce e si costruisce meglio il diritto processuale penale. A sua volta, la conoscenza di quest'ultimo consolida quella del diritto processuale civile. Anche se, ad oggi, non si è riusciti a costruire, a mio parere, una teoria generale del processo, è fuor di dubbio che si possa avere, ed è bene avere, una "mentalità giuridica processuale", e a questo fine sarebbe ideale non limitarsi al processo civile o al processo penale. Distinguere bene ciò che è diverso è decisivo per la conoscenza in generale e per la conoscenza corretta di ciò che è comune. Tutto ciò premesso, non deve destare alcuna meraviglia che non vi sia alcuna tendenza favorevole a separare le due discipline.

#### – Vincenzo Varano

Scrivo sempre Ignacio che in te si combina la difesa dei principi generali del diritto, che rivela al fondo una tua concezione giusnaturalista, con una "férrea concepcion legalista del proceso y de nuestro ordenamiento juridico, así como con ser un acérrimo enemigo de la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho, sin negarle su justo y necesario valor de complemento del ordinamento"<sup>10</sup>. Come avrai senz'altro capito, a me come comparatista interessa molto approfondire la tua posizione sul ruolo della giurisprudenza, sia in generale con riferimento all'evoluzione del diritto nella società contemporanea sia con riferimento in particolare all'ordinamento spagnolo.

Se perdoni il mio ardire, vorrei proprio cominciare dal tuo ordinamento.

In Spagna, la *doctrina legal* quale si esprime nella giurisprudenza consolidata del Tribunal supremo, non è, d'accordo, fonte del diritto, ma "complementa" all'art. 1 del *codigo civil* le fonti classiche del diritto, e la sua violazione può suscitare un interés casacional, può aprire cioè le porte del Tribunal supremo, anche ai sensi della nuova *Ley de enjuiciamiento civil*, art. 477, comma 3, dove la antica *doctrina legal* è definita *doctrina jurisprudencial* del Tribunal supremo. A farla breve, ma forse mi sbaglio, questa idea di *doctrina legal* o *jurisprudencial* ha sempre suggestionato i comparatisti quale uno dei possibili segnali (altri ve ne sono, e sono in aumento nel tentativo di meglio definire il ruolo delle Corti supreme) dell'esistenza di una dottrina del precedente

10. La citazione è al § 6 del *Discurso* di Díez-PICAZO ricordato sopra, alla nota 4.

anche nella *civil law*, e quindi dell’attribuzione alla giurisprudenza del ruolo di fonte. Personalmente, anche se, sulle orme del mio maestro, Mauro Cappelletti, ritengo che continuino ad esserci profonde differenze fra la dottrina del precedente in *common law* e in *civil law*, e quindi sul ruolo della giurisprudenza, non riesco a contestare il ruolo sempre più importante che è venuto assumendo il diritto giurisprudenziale, anche se il giudice trincerava la sua attività creativa dietro lo schermo dell’interpretazione evolutiva – interpretazione che ha ricevuto nuova linfa dalla necessità di adeguare gli ordinamenti ai valori costituzionali, la cd. interpretazione costituzionalmente orientata.

In generale, sono poi dell’idea che il fenomeno globalizzazione abbia inciso profondamente sulla teoria delle fonti del diritto, erodendo quel potere monopolistico dello Stato che, dopo la rivoluzione francese, si esprime nel codice e nella legge. Oggi, non solo la legge è sottoposta a costituzioni e trattati, ma il nuovo diritto si presenta come un diritto non più necessariamente legato allo stato, la cui fonte principale sono regole e principi in continuo divenire ad opera della prassi (dei grandi studi legali internazionali, delle organizzazioni non governative, di camere arbitrali), della dottrina e della giurisprudenza.

Mi farebbe piacere sentire le tue reazioni a queste mie osservazioni, e capire fino a che punto è “ferrea” la tua “concepción legalista” e sei “acérrimo enemigo de la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho” <sup>11</sup>

#### – Andrés De La Oliva Santos

Sono sostanzialmente d’accordo con le tue osservazioni, e lo dico sinceramente, non per farti piacere. Prima dell’approvazione dell’art. 1 del *código civil* nella sua attuale formulazione, ho pubblicato, sull’*“Anuario de derecho civil”*, ossia su una sorta di *sancta sanctorum* dei civilisti, capeggiati da Federico de Castro, un articolo sulla giurisprudenza e le fonti del diritto, e successivamente sono tornato varie volte a scrivere su questo tema. Per farla breve, ora stiamo parlando di “giurisprudenza” come un insieme di sentenze, di quella che i tedeschi chiamano “Rechtsprechung”, e non della “Jurisprudenz” come scienza del diritto. Un insieme di sentenze non è altro che un certo numero di decisioni su casi concreti, e il valore che possono avere queste sentenze oltre quei casi (o altri casi cui eccezionalmente si estende l’effetto di cosa giudicata), non è altro che quello di dottrina uniforme e persuasiva, sulla quale convergono i tribunali nell’elaborare ciascuno dei distinti giudizi su cui basano una buona decisione. Dice il giusto, poi, il nostro codice civile quando afferma che ciò che “complementa” l’ordinamento giuridico è questa “dottrina” quando è reiterata e uniforme, e non la giurisprudenza in quanto tale, come insieme di sentenze. Io non definirei la mia posizione come “concepción legalista”, perché potrei dare l’impressione di credere (ché di “fede”, di “credenza” si tratterebbe) nella completezza della legge. E non ho mai avuto (e ancor meno oggi) una tale “fede” o convinzione. “Acerrimo enemigo

11. Cito sempre il *Discurso* di Ignacio Díez-Picazo, ricordato alla nota 4, §6).

de la jurisprudencia” (e anche della dottrina giurisprudenziale reiterata e uniforme) come fonte del diritto, sì, lo sono, perché contesto che la nostra millenaria tradizione giuridica, il nostro *código civil* e la nostra Costituzione attribuiscano carattere vincolante al precedente, e perché mi oppongo e mi opporrei con tutte le mie forze contro un tale cambiamento, che magari sarebbe molto gradito (e, per la verità ci hanno anche provato) a certi magistrati del Tribunal supremo (il che non impedisce loro di produrre con grande frequenza quella che chiamiamo “giurisprudenza contraddittoria”). A me la “doctrina jurisprudencial” ispira grande rispetto, e le attribuisco molta importanza: penso che tale dottrina, non in via autoritativa ma per la sua razionalità, auctoritate rationis insomma, completi l’ordinamento giuridico anche quando non proviene dal Tribunal supremo (così dovrebbe essere per legge, e non solo di fatto, soprattutto nei casi che non arrivano al Tribunal supremo). Vi sono indubbiamente convergenze fra *civil law* e *common law*, però le differenze sono anche molto grandi e importanti (e, mi permetto di aggiungere) ... per fortuna nostra che viviamo in paesi del sistema continentale europeo. Ti devo infatti confessare che io sono distante anni luce da coloro che pensano che il diritto e la giustizia siano migliori in Gran Bretagna e negli Stati Uniti che nell’Europa continentale. Opinioni del genere non sono giustificabili né sul piano teorico né sul piano pratico. Caso mai sarebbe vero il contrario, ma adesso non posso dilungarmi su questo tema, neppure per enunciare alcune prove schiaccianti a favore della superiorità della *civil law*.

E chiudo tornando al sistema giuridico spagnolo. In Spagna, la “doctrina jurisprudencial” non si contrappone al diritto come insieme di norme e principi, perché è sempre dottrina di interpretazione, dottrina interpretativa del diritto, di norme positive (che siano spagnole o di trattati internazionali, di direttive o di regolamenti della Ue, etc.) e di principi giuridici. Una interpretazione convincente, che proviene da un organo dotato di autorità giuridica, quale è il potere giudiziario, è chiaro che pesa, vale molto, ha una grande utilità giuridica perché la interpretazione della norma è inevitabile, e non è vero che “in claris non fit interpretatio”: sempre, quando si applica il diritto, c’è qualcosa che si deve interpretare. Tuttavia, che la giurisprudenza o la dottrina giurisprudenziale siano molto importanti è, a livello concettuale e servendosi di una seria tecnica giuridica, cosa molto diversa dal dire che costituiscono fonte del diritto. Né dalla giurisprudenza né dalla “doctrina jurisprudencial”, in quanto tali, provengono, autonomamente, veri comandi giuridici. Ecco perché qualsiasi avvocato può legittimamente offrire argomenti contrari a una “doctrina jurisprudencial” reiterata e uniforme. Ecco perché, senza necessità di “overruling”, ogni tribunale può legittimamente discostarsi dalla “doctrina jurisprudencial” seguita fino a quel momento da quel medesimo tribunale. L’unica cosa che dovrà fare sarà motivare il mutamento, e questo per rispetto del principio costituzionale di eguaglianza di fronte alla legge, non per liberarsi da una presunta vincolatività del precedente, che non esiste. Ai tempi in cui la Cassazione civile si poteva basare sulla violazione di quella che la legge denominava “doctrina legal” (che originariamente era la dottrina, non di varie sentenze, ma di vari autori importanti: non è una mia opinione questa, ma un

dato storico), non risulta alcun ricorso che richiedesse la cassazione di una sentenza per violazione di questa o di quella giurisprudenza o “doctrina jurisprudencial”: tutti, senza eccezione, affermavano la violazione di un precetto legale o di un principio generale del diritto. E oggi, anche se niente ci può sorprendere, è ancora così: la “doctrina jurisprudencial”, dici bene, apre le porte della Cassazione, perché conferisce al ricorso il cosiddetto “interés casacional”, però il ricorso, una volta che il passaggio è stato aperto, è al servizio delle vere fonti del diritto.

### – Vincenzo Varano

Non si può ritenere completo il tuo ritratto di maestro senza far cenno al tuo impegno nell’insegnamento universitario e nella formazione di generazioni di studiosi.

Chi è stato tuo studente ricorda la tua assoluta dedizione alla didattica, e le tue lezioni come “lezioni magistrali”, tutte di rara cristallina limpidezza; tutti conoscono, poi, il tuo impegno “politico” per una università seria e credibile: anche abbastanza di recente, abbiamo letto sulla Trimestrale, che spesso ha il merito di offrire tuoi contributi ai lettori italiani, una tua critica serrata alla cd. Dichiarazione di Bologna e alla introduzione del cd. 3+2 negli studi giuridici che per qualche tempo anche noi abbiamo subito per tornare, dopo una breve sperimentazione, al corso di laurea magistrale a ciclo unico della durata di cinque anni a fronte dei quattro anni pre-Bologna. Del resto che l’università sia stata al centro della tua riflessione è testimoniato dal fatto che “Universidad” è la parola che completa, con *Derecho* e *Justicia*, il titolo del *Liber amicorum* a te dedicato, e che il tuo saggio con cui si aprono i due tomi del *Liber amicorum* è dedicato a “La Ciencia del Derecho y la Universidad en una Encrucijada Vital”<sup>12</sup>, a testimoniare in tutta evidenza il legame strettissimo che tu giustamente reputi necessario fra l’università come istituzione credibile e lo sviluppo della scienza giuridica.

Per quanto riguarda la formazione di nuovi accademici, scrive il tuo allievo Jaime Vega Torres nella Laudatio<sup>13</sup> che apre il *Liber amicorum* che più di venti sono i tuoi allievi diretti professori di diritto processuale, già “catedráticos” o “acreditados para catedráticos”, ma che la tua influenza si estende, in pratica, a tutta la scienza processualistica spagnola contemporanea. Del resto, come scrive ancora Ignacio, sui grandi temi “sería temerario e irresponsable adentrarse como estudioso sin conocer el pensamiento del profesor De La Oliva”<sup>14</sup>. L’impressione che ci trasmettono i tuoi

12. Si tratta della lezione pronunciata in occasione del conferimento della *laurea h.c.* all’autore dalla *Facultad de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos*, pubblicata a p. XXXVII del vol. 1 del *Liber amicorum*, cit. La versione in lingua italiana – dal titolo *La scienza giuridica e l’Università a un bivio fondamentale* -, il cui contenuto essenziale abbiamo ricordato poco sopra, può vedersi in questa Rivista, 2015, p. 1171 ss.

13. E’ la *laudatio* in occasione del conferimento della *laurea h.c.* citata alla nota precedente, p. XXXI ss del *Liber amicorum*, cit.

14. Cito sempre dal *Discorso* ricordato alla nota 4, sub § 5.

allievi sulla tua grande influenza, non solo in Spagna, è testimoniata dal *Liber amicorum*, che contiene oltre 150 contributi e partecipazioni gratulatorie, e dimostra, ove ve ne fosse bisogno, il rispetto e l'apprezzamento per il tuo magistero.

Mi farebbe piacere se, a questo punto della nostra conversazione, tu volessi approfondire un po' questo aspetto anch'esso straordinario della tua personalità, che poi significa dedicare molto tempo ai giovani, studenti e giovani accademici in formazione. Anche per me, come sai bene, e anche se sono ben lontano dal tuo livello di magistero, il rapporto con i giovani, e la cura della formazione di giovani studiosi sono stati uno degli aspetti più gratificanti del mio percorso accademico.

### – Andrés De La Oliva Santos

Sono sempre stato appassionato, sì, alle vicende del diritto e alla necessità di un insegnamento giuridico serio. Cosa che oggi in Spagna è ostacolata dal cosiddetto “processo di Bologna” - non la Dichiarazione di Bologna del 1999 in quanto tale - perché qui si ostinano a non apportare correzioni, a differenza di quanto accade in altri paesi, come l'Italia e la Francia (per non parlare della Germania dove hanno saggiamente rifiutato in limine di dare attuazione al cd. “processo di Bologna”).

In quanto a numero di discepoli e maggiore o minore influenza, non sono io che devo dirlo, anche se non posso nascondere che sono molto felice per il raccolto di ciò che ho cercato di seminare: tante persone intelligenti e laboriose - più di me, e non è falsa umiltà - che sono inoltre dei meravigliosi amici. Riconosco che non ho risparmiato sforzi per sostenere coloro che ritenevo, quale che fosse la “scuola” di appartenenza, che potessero diventare buoni professori universitari. Quando mi è stato possibile, ho condizionato il mio appoggio al possesso di certi valori umani, perché, per dirla con poche parole, penso che le persone egoiste o essenzialmente ambiziose non possono essere buoni accademici, perché soprattutto non saranno in grado di rendere agli altri (colleghi ed allievi) il particolare servizio che è l'essenza della nostra professione, ossia la ricerca disinteressata della verità. A coloro che cominciano lo dico subito. E dico loro che fare ricerca (e insegnare) deve essere qualcosa per la quale dovrebbero avere attitudine e passione, perché dovrebbe essere sempre il loro principale obiettivo. In capo a pochi mesi, entrambi gli elementi vanno sottoposti a verifica.

Non credo che, all'Università, un professore debba preoccuparsi di cercare il contatto con gli studenti. Deve preoccuparsi di essere disponibile, come del resto è il suo dovere. La condizione di maestro, nel senso della tua domanda, dipende soprattutto dal lavorare incessantemente alla ricerca (e pubblicare di conseguenza), e di preparare bene le lezioni ricercando non tanto la semplificazione, quanto la completezza e la chiarezza nella trasmissione dei saperi, senza cioè tentare di semplificare ciò che è complesso né pretendere di convertire quel che è difficile in facile. Ho sempre ritenuto un errore insegnare in modo che tutti capiscano. Per cominciare, non è pensabile che tutti ti comprendano e, per di più, vi sono concetti e problemi che sono difficili in se stessi e non facili da capire e, senza dubbio, sono molto importanti e occorre spiegarli senza falsificarli: ciò richiede uno sforzo speciale del professore, e un'attenzione e un

interesse altrettanto speciali degli studenti. Perciò ho sempre incoraggiato a venire alle lezioni solo quegli studenti davvero interessati a questa forma particolare di comunicazione che si svolge nella classe, caratterizzata da un contatto immediato con il professore e da una possibile interazione.

Con queste basi (ricerca continua e una didattica efficace) oltre a una grande disponibilità, sarai maestro se coloro che sono interessati alla tua materia (o alla giustizia o all'università) sanno dove trovarti, e decidono in piena libertà di rivolgersi a te in cerca di consiglio o per discutere con te qualcosa su cui hanno riflettuto. Col tempo, può aumentare il numero di queste persone e aumenteranno di pari passo la sintonia e l'impegno reciproco. Non ci si deve proporre come maestro, o pretendere di essere tale, o avere l'influenza che si pensa tipica di chi è maestro. Si è maestro davvero quando sintonia e influenza sorgono in modo spontaneo e libero. E non è qualcosa che deve o può essere formalizzato e tanto meno per sempre. La sintonia, la fiducia e l'influenza vere esistono nel momento in cui si manifestano. Le buone relazioni con i colleghi e con gli studenti sono cosa diversa dall'esistenza di una relazione fra maestro e allievo.

#### – Vincenzo Varano

Ho volutamente lasciato da ultimo quello che, per ora almeno, è stato il coronamento di tutta la tua carriera, del prestigio che hai acquisito non solo come studioso e come docente, ma anche come uomo pubblico, che non è rimasto isolato nella *turris eburnea* dell'Accademia, ma ha “desarrollado una muy destacada actividad pública en la que ha puesto sus extraordinarias dotes como jurista y como procesalista al servicio de la sociedad” – come scrive Jaime Vega Torres, nella *laudatio* che ti ha dedicato per il conferimento della laurea *honoris causa* presso l'Università Rey Juan Carlos di Madrid<sup>15</sup>.

Non c'è dubbio alcuno che sei il padre riconosciuto di una delle più importanti opere legislative non solo a livello domestico spagnolo, ma a livello internazionale. La nuova *Ley de enjuiciamiento civil* del 2000 è considerata infatti unanimemente come una vera e propria rivoluzione legislativa, al pari della coeva riforma inglese del 1998, entrata in vigore nel 2000: è “la reforma mas importante de nuestro enjuiciamiento civil in toda nuestra historia... la reforma procesal mas importante y exitosa de nuestra justicia en esta época constitucional”. So che tu, con la modestia dei grandi, non ami essere identificato come il padre intellettuale della riforma, e che ti sentiresti più a tuo agio raffigurato come un buon allenatore di una buona squadra; “Yo diría – con il tuo allievo Ignacio – mas bien que coordinó y orientó la redacción del libreto y la composición de la musica, cuando no lo hizo directamente él, y fue el director de la gran orquesta”<sup>16</sup>.

15. J. VEGAS TORRES, *Laudatio*, cit., p. XXXIV.

16. Di nuovo, questa citazione, e quella immediatamente precedente nel testo, sono di nuovo al *Discorso* di IGNACIO DíEZ PICAZO, *supra* nota 4, § 7.

Quale che sia stato il ruolo, comunque preminente da te avuto, mi sono abbastanza chiare due cose. Hai avuto alle tue spalle un potere politico deciso a porre fine all'arretratezza del processo civile spagnolo – la allora Ministra della giustizia Margarita Mariscal de Gante, membro del primo governo Aznar e prima donna ad essere chiamata a occupare la carica di guardasigilli in Spagna -, e come tu ben sai fin da Giustiniano un'opera di codificazione è possibile solo se ha alle spalle un potere politico deciso a volere il rinnovamento vero (cosa che evidentemente è mancata all'ordinamento italiano che ancora si dibatte in una crisi senza fine); e una dottrina matura e prestigiosa che "vede" il disegno del nuovo codice. Andrés De La Oliva aveva chiaramente il prestigio necessario a guidare un'opera di riforma radicale, con il suo solido background concettuale del quale abbiamo già parlato, ma anche con la sua capacità di vedere al tempo stesso con saggezza i problemi reali della società nella quale vive, sforzandosi di risolverli, rinnovando il processo e quindi l'intero ordinamento giuridico.

Vorrei farti tante domande sulla riforma alla quale hai tanto contribuito e lavorato. Mi limito ad alcune soltanto.

Come è nata esattamente questa grande avventura?

Cosa significa codificare oggi?

Quali limiti vi ha imposto il potere politico, ammesso che ve ne abbia imposti?

Quali sono state le fonti di ispirazione cui tu e la tua squadra avete guardato? Quante e quali suggestioni vi sono venute dalle esperienze straniere? Ad esempio, tu scrivi nella tua relazione al convegno di Toronto che il desiderio di convergere con modelli processuali di *common law* "was not the driving force behind the reform", ma ciò non significa "that certain realities of the common law are unknown or disdained" (ad esempio, la conoscenza delle esperienze di *common law* "has served to reinforce the aim of ensuring adequate preparation of trial")<sup>17</sup>.

Per procedere con successo a cambiamenti tanto radicali, suppongo che fosse necessario avere il consenso e il sostegno non solo della dottrina, ma anche della magistratura e dell'avvocatura: avete avviato consultazioni prima, durante e dopo la redazione della nuova *Ley*?

Come valuti le condizioni di salute del codice, giunto ormai alla maggiore età? Sembra di capire, soprattutto guardandola da italiano sconfortato dalla situazione del suo processo, che si può parlare di un notevole successo della riforma: è corretto? Par di capire che sia anche stata bene accolta da magistrati e avvocati: è vero?

Ci sono aspetti della riforma che hanno rivelato criticità, che non hanno funzionato bene? Ci sono errori che vorresti non aver commesso, miglioramenti che oggi apporteresti?

17. Cito da DE LA OLIVA SANTOS, *Spanish Civil Procedure Act 2000: Flying Over Common and Civil Law Traditions*, in J. WALKER & O. G. CHASE (EDS.), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Toronto, 2010, p. 70.



Il processo civile è l'unico settore dell'amministrazione della giustizia spagnola radicalmente modernizzato: il processo penale, invece, per quanto mi pare di capire, non è stato sfiorato dal vento riformatore. Il che, tutto sommato, è strano, considerando l'unione di processo civile e di processo penale nelle mani di un'unica dottrina. Quali sono, secondo te, le ragioni di questa apparente diversità di trattamento?

– **Andrés De La Oliva Santos**

Per me, la grande avventura, come bene l'hai definita tu, inizia un bel giorno (lo ricordo bene, anche se non la data precisa: doveva essere il 1995) nella sede del *Consejo general del Poder judicial* (CGPJ), quando Margarita Mariscal de Gante, che sedeva anche lei nel *Consejo* insieme a me, mi dice: "ora è venuto il momento di metter mano alla preparazione di una nuova *Ley de enjuiciamiento civil*". Si riferiva a un lavoro privato, portato avanti da un piccolo gruppo di volontari. Io non sapevo nulla di Margarita all'inizio della consiliatura nel novembre del 1990, però quando mi disse quella frase, ero già da tempo consapevole delle eccezionali qualità umane di questa magistrata, del suo buon senso (comune e giuridico) e della sua prudenza e sapevo che, fra l'altro, non aveva alcuna aspirazione politica. Tenemmo allora solo poche riunioni di lavoro, perché l'attività all'interno del CGPJ si fece assai convulsa, e non avevamo più tempo disponibile per il nostro progetto.

Però, nel maggio del 1996, Margarita Mariscal de Gante fu nominata (continuo a pensare che sia stato un miracolo) Ministra della giustizia, e a un certo momento decise di andare avanti con la nuova *Ley* (e questo è l'inizio ufficiale dell'avventura), contando sulla mia collaborazione e su quella di vari funzionari del ministero, in concreto due, che erano e sono processualisti. La squadra, che la Ministra presiedeva personalmente (fu proprio così, non lo dico per diplomazia), discutendo e formulando decisioni tutti i giorni, era molto ridotta ma abbastanza funzionale. Nostro obiettivo primario fu di elaborare una minuta ("la bozza" la chiamavamo) per sottoporla alla più ampia consultazione possibile, cosa che non si faceva da molto tempo. La inviammo a tutti i tribunali, a tutti gli ordini degli avvocati e degli altri professionisti che si interessavano di diritto, e a tutte le università. Alla fine, ci arrivarono migliaia di pagine con osservazioni e proposte. Le leggemmo tutte, e furono di grandissima utilità.

Se per te va bene, ti rispondo allontanandomi un po' dall'ordine delle tue domande. Anche se esistevano alcuni materiali precedenti che sono stati presi in considerazione, l'obiettivo principale era che il nuovo codice, ovviamente dotato di una migliore sistematica, risolvesse i problemi reali, di natura molto diversa, che erano stati identificati nel corso di molti anni, causati dalla vecchia *Ley* del 1881 con le sue riforme parziali e alcune leggi speciali che contenevano norme processuali. Non c'è stata l'influenza dominante di una dottrina e tanto meno una "importazione" di istituzioni straniere, anche se ci siamo via via informati di altri codici e di altre realtà. Del pari, si è voluto che il nuovo codice fosse, nella forma, il più facilmente gestibile per giudici e avvocati. Rifuggire dalle utopie difficili da introdurre era un obiettivo molto importante. Quanto al processo di cognizione (proceso declarativo) abbiamo costruito un modello

che in ragione della sua struttura - e non in virtù di precetti isolati destinati come al solito a rimanere inattuali - riuscisse a farla finita con l'abitudine assai frequente del giudice di emettere la sentenza senza aver seguito il processo, ma basandosi sugli ultimi riassunti delle parti. Inoltre, nella stragrande maggioranza dei processi, la fase della assunzione della prova era una farsa, a cominciare dalla elusione, con vere e proprie falsità, dell'immediatezza prescritta dalle norme. Bene, questo problema è sparito. Potrei ora proseguire e parlare di tante altre questioni che sono state risolte, però allargherei troppo il discorso. Aggiungerei solo che, lasciando da parte certe polemiche dottrinali, siamo riusciti a conseguire un equilibrio ragionevole fra oralità e scrittura.

La salute del codice, in generale, continua anche oggi a mantenersi buona, anche se non sempre le riforme successive lo hanno migliorato. La attuale cattiva salute della giustizia civile non ha la sua causa primaria nella *Ley*. Certo, tutti quelli che ricordano i processi prima dell'entrata in vigore della *Ley* n. 1 del 2000, siano essi magistrati o avvocati, ritengono che, come diciamo in Spagna, "no hay color", ossia non c'è paragone, nel senso che il codice vigente è molto migliore dei precedenti. Quando la riforma arrivò in Parlamento e cominciarono i condizionamenti politici (fra i quali personalismi deplorabili, e esigenze di contropartite non processuali, e quindi inaccettabili), la *Ley* parve addirittura sul punto di perdere la maggioranza necessaria per l'approvazione, però riuscì a mantenerla perché si realizzò una convergenza unica nella nostra storia: quella fra il "Partido popular", la "Izquierda unida" (partito comunista e altri partiti di sinistra) e il "Partido nacionalista vasco". La Ministra era riuscita a tenere i contatti con tutti, e i portavoce di "Izquierda unida" e del "Partido nacionalista vasco" erano buoni professionisti del diritto, che riconoscevano il grande progresso che la nuova *Ley* significava, e non volevano emarginarsi all'opposizione.

Hai ragione: una grande riforma ha bisogno di una forza politica decisa a spingere per un vero rinnovamento. Ho sostenuto Mariscal de Gante senza esitazione perché la sapevo in possesso di questa determinazione, oltre che della conoscenza della matematica parlamentare.

Mi chiedi cosa significa oggi codificare. E me lo chiedo anche io. La nuova *Ley* è stata un'opera di codificazione che ha anche raccolto disposizioni da decine di leggi diverse. Non però so se resta ancora da compiere in Spagna un'opera di vera codificazione. Esiste, dal 1843, una "Comisión general de codificación", articolata in sezioni, che è l'organo consultivo supremo del Ministero della Giustizia. Non mi ha mai interessato farne parte.

Nella *Ley* n. 1 del 2000 non mancano certo i difetti, e i più importanti derivano dal non avere approvato contestualmente la *Ley organica del Poder judicial*, per cui il regime dei ricorsi in cassazione di fronte al Tribunal Supremo non è soddisfacente. Però per me, l'errore più grave è che non abbiamo avuto il coraggio di prevedere un unico processo di cognizione - l'attuale "ordinario" - e aver mantenuto, con molta ampiezza, il cosiddetto "juicio verbal". Sebbene sia molto probabile che l'unità dei procedimenti

sarebbe stata bocciata, si sono manifestati, già da diversi anni, problemi importanti nell'uso del "juicio verbal" che sono stati risolti ricorrendo al procedimento ordinario.

Il processo penale, sì, è stato scosso, e parecchio, in Spagna dal vento riformatore. Perciò sono intervenute molte riforme parziali. Però nessuna proposta di riforma generale, di una nuova "Ley procesal penal", è riuscita ad arrivare in fondo. Il problema è che vi sono forti divergenze quanto al modello di processo da adottare non solo in seno alla comunità accademica, ma anche fra i giudici e i membri del pubblico ministero. La politica stessa influisce molto di più sulla legislazione processuale penale, a cominciare dall'opinione, veramente perversa, secondo la quale una nuova *Ley de Enjuiciamiento Criminal* serve semplicemente per passare alla storia o guadagnare una medaglia, molto più che fornire uno strumento efficace per la persecuzione della criminalità, che rispetti al tempo stesso i diritti della persona.

#### – Vincenzo Varano

Caro Andrés, ti ringrazio per il tempo che hai accettato di dedicare a me, ma soprattutto ai lettori di questa rivista, che hanno potuto leggere nel corso del tempo molti tuoi saggi che la rivista ha pubblicato, ma che, attraverso questa intervista, avranno modo di avvicinare e di conoscere meglio un grande giurista contemporaneo. Sei un grande maestro, Andrés, ma anche un grande amico. E del resto, "compañerismo y amistad" sono un altro aspetto importante della tua personalità, che non si può trascurare. Progetti di ricerca, seminari, lezioni sono certamente stati importanti nella costruzione dei nostri rapporti, ma le tavolate madrilene nella saletta di Arce – che spesso mi hanno ricordato le "tertulias" della grande pittura spagnola – con tanti colleghi e allievi spagnoli e italiani sono stati un collante formidabile per la costruzione di un rapporto così solido. Grazie ancora, Andrés.

#### – Andrés De La Oliva Santos

Grazie a te, maestro e ottimo amico! Ho sempre cercato che il lavoro in collaborazione si svolgesse in un'atmosfera il più possibile amabile e gradita. E ho avuto la fortuna che ciò mi risultasse molto facile con molti colleghi, spagnoli e no. Ci sono sempre state, e continuano a esserci, molte ragioni per lavorare e insieme coltivare l'amicizia e trascorrere momenti piacevoli. In primo luogo, per lavorare bene, occorre riposare bene, occorre "divertirsi", nel senso, molto etimologico, che a questo verbo dava il castigliano ai tempi di Teresa de Avila, ossia ricreare lo spirito, distraendolo da altri pensieri. D'altra parte, il lavoro svolto in modo gradevole, in amicizia e allegria, è di qualità migliore di quello fatto per forza o di mala voglia, anche se tocca spesso lavorare senza voglia. Bene, mi sembra di ricordare che Orazio consigliava miscere utile dulci. E inoltre, voi italiani avete un proverbio molto simpatico, e però, soprattutto, di una profondità non sempre compresa, che dice: "quando il corpo sta bene, l'anima danza". Speriamo che possano continuare per molti anni ancora le nostre "tertulias", "le tavolate madrilene nella saletta di Arce", o in qualche altro luogo in cui ci incontriamo. E, così, che possa danzare lo spirito dentro di noi.