

HEITOR VITOR MENDONÇA SICA

Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano¹

1. Introduzione.

Per comprendere in maniera appropriata gli aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano – promulgato con Legge Federale n. 13105, del 16 marzo 2015 e che entrerà in vigore il 18 marzo 2016 – è necessario effettuare, preliminarmente, una breve retrospettiva del suo predecessore – il codice di procedura civile brasiliano promulgato con Legge Federale n. 5869, dell'11 gennaio 1973 – e delle leggi in materia processual-civilistica emanate durante i suoi oltre quaranta anni di vigenza.

Il codice del 1973 aspirava ad assumere la stessa raffinatezza tecnica dei codici di rito civile emanati nell'Europa continentale nei decenni anteriori, specialmente di quello italiano e di quello portoghese².

Tuttavia, all'infuori del perfezionamento lessicale e di alcuni miglioramenti di dettaglio, possiamo affermare che il c.p.c. del 1973 era sostanzialmente uguale al suo predecessore del 1939³: entrambi erano ancora profondamente legati alle tradizioni ereditate dal diritto portoghese medievale⁴ ed elaborati con la finalità primordiale di risolvere i conflitti intersoggettivi sorti all'interno di una società ancora di stampo essenzialmente rurale⁵. Oltretutto, sia il codice del 1939 che quello del 1973 vennero promulgati durante dei regimi politici autoritari e, quindi, furono elaborati senza un previo e profondo dibattito, che non ebbe luogo neanche in ambito accademico.

Perciò non sorprende il fatto che si giunse rapidamente a considerare il c.p.c. del 1973 come obsoleto e inadeguato per la soluzione di controversie complesse che possono sorgere all'interno di una società urbana, di massa e in chiara espansione.

¹ Traduzione dal portoghese a cura di Giovanni Bonato.

² In effetti, Portogallo e Italia sono stati i paesi che, indubbiamente, hanno influenzato in maniera preponderante la costruzione del sistema processuacivilistico brasiliano, come, del resto, di tutto il suo ordinamento giuridico. L'influenza del sistema portoghese si spiega per ovvie ragioni storiche, poiché il Brasile, in seguito ad oltre tre secoli di colonizzazione, divenne un paese indipendente nel 1822 e continuò ad utilizzare la legislazione ereditata dal Portogallo fino all'inizio del XX° secolo. In particolare, all'epoca della proclamazione dell'indipendenza dal Portogallo, la base della legislazione brasiliana in materia di processo civile era costituita dalle Ordinanze Filippine (*Ordenações Filipinas*), monumento legislativo di compilazione promulgato nel 1603. Le Ordinanze iniziarono ad essere modificate con leggi esclusivamente di origine brasiliana solo negli anni '30 del XIX° secolo e, in maniera più pregnante, a partire dal 1850. Quanto all'influenza italiana, come è stato accuratamente documentato, questa si deve principalmente alla permanenza di Enrico Tullio Liebman nella *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* durante gli anni '40 del secolo scorso, le cui idee influenzarono in modo innegabile Alfredo Buzaid, che fu uno di coloro che accolse Liebman a San Paolo. Buzaid alcuni anni dopo elaborò il progetto di codice che venne consacrato nel c.p.c. del 1973.

³ In questo senso si veda l'opinione di uno dei più grandi processualisti brasiliani di tutti i tempi: Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, v. 1, p. 284-286).

⁴ Era questa la critica di Liebman, in un saggio pubblicato poco tempo dopo il suo ritorno in Italia dal Brasile. Si tratta di: *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, in *Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento*, a cura di Francesco Carnelutti, Milano, 1951, vol. 1, p. 581 ss.

⁵ Tutto ciò spiega la presenza di molteplici procedimenti speciali e di varie modalità di intervento di terzi applicabili a controversie vertenti sulla proprietà e il possesso di beni immobili, ereditati da superate legislazioni, adeguati a società in cui la terra era il principale bene di produzione.

Per tali motivi, il sistema processuale, dal 1980 in poi, fu oggetto di numerose e profonde riforme legislative.

Le decine di leggi in materia processualcivile promulgate tra gli anni '80 e gli anni 2000 possono, a scopo essenzialmente didattico, essere suddivise in tre gruppi: (a) quelle che hanno creato e perfezionato gli strumenti di tutela giurisdizionale collettiva; (b) quelle che hanno, successivamente, ridotto l'effettività dei meccanismi di tutela collettiva, in precedenza introdotti; e (c) quelle che hanno tentato di migliorare i processi individuali.

2. Creazione di un microsistema di processi collettivi (1985-1990).

Tra il 1985 e il 1990, il legislatore brasiliano ha promulgato due normative che, analizzate in maniera congiunta, costituiscono un microsistema di processo collettivo⁶: le due Leggi Federali n. 7437 del 1985 e n. 8078 del 1990⁷.

La prima delle due richiamate leggi ha introdotto la denominata "azione civile pubblica", le cui principali caratteristiche sono: (a) la tutela dei diritti transindividuali o metaindividuali⁸ che, fino ad allora, non ricevevano protezione con i tradizionali meccanismi individuali di tutela giurisdizionale previsti nel c.p.c. del 1973⁹; (b) la legittimazione attiva, concorrente e disgiunta, attribuita *ope legis* a determinati enti pubblici e privati considerati dalla legge come rappresentanti adeguati¹⁰; (c) il perfezionamento degli strumenti di effettività della tutela in

⁶ Nel senso dell'esistenza di un microsistema di tutela collettiva nell'ordinamento brasiliano, si veda per tutti, Ada Pellegrini Grinover, *Direito processual coletivo*, in *Tutela coletiva*, Henrique dos Santos Lucon (org.). São Paulo: Atlas, 2006, p.302-308.

⁷ Le due leggi del 1985 e del 1990, citate nel testo, costituiscono i principali pilastri del microsistema di tutela degli interessi transindividuali, sebbene non siano state le prime leggi ad aver introdotto norme in quest'ambito. Come ha già ricordato, da tempo, Barbosa Moreira (*A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'*, in *Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 1977, p.110-124), l'ordinamento giuridico brasiliano prevedeva l'azione popolare, già mezzo secolo fa, disciplinata dalla Legge n. 4717/65, che già conteneva un meccanismo di tutela degli "interessi diffusi", in relazione ai "beni e diritti di valore economico, artistico, estetico, storico e turistico" (art. 1, paragrafo unico, della Legge n. 4717/65). Tuttavia, l'applicabilità di questo strumento era (ed è ancora) limitata, poiché deve contenere obbligatoriamente la domanda di "annullamento o la dichiarazione di nullità di atti lesivi" (art. 1°, *caput*). In altre parole, l'azione popolare è, fondamentalmente, uno strumento per impugnare atti amministrativi (circostanza affermata nuovamente da Barbosa Moreira alcuni anni dopo la pubblicazione del saggio suddetto, *A legitimação para a defesa dos 'interesses difusos' no direito brasileiro. Temas de direito processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.186).

⁸ L'art. 1 della Legge n. 7437/85 si riferiva, inizialmente, alla tutela dei seguenti diritti: alla tutela dei seguenti diritti transindividuali: ambiente, rapporti con i consumatori, beni e diritti di valore artistico, estetico, storico, turistico e paesaggistico. Successivamente, attraverso riforme legislative, vennero incluse altre materie, quali: la difesa del sistema urbanistico e quella del sistema economico.

⁹ La creazione di questo microsistema partì dalla constatazione (cui si era giunti già da alcuni decenni) che determinati interessi, in quanto *diffusi* (*rectius*, appartenenti ad una gamma indeterminabile di individui), non potevano essere tutelati in maniera adeguata con i meccanismi processuali elaborati dal c.p.c. del 1973 per le liti intersoggettive, soprattutto dinanzi alla restrittiva regola riguardante la legittimazione attiva indicata all'art. 6, prima parte: "Nessuno potrà far valere in nome proprio un diritto altrui (...)". Tale constatazione era già considerata pacifica in Brasile all'inizio degli anni '80. Nonostante sia superfluo dimostrare tale affermazione, rinviamo sul punto a Ada Pellegrini Grinover (*Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. O processo em sua unidade – II*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.88-121, esp. p.96-118).

¹⁰ Secondo la legge n. 7437/85, i legittimati alla proposizione dell'azione civile pubblica sono: il pubblico ministero, l'Unione Federale (il Brasile avendo adottato il regime federalista), gli Stati (regionali), i comuni, le autoarchie, le imprese pubbliche, le fondazioni pubbliche, le società di economia mista (queste ultime quattro categorie essendo enti facenti parti dell'Amministrazione Pubblica indiretta) e, infine, le associazioni di natura civile senza scopo di lucro costituite almeno da un anno e la cui finalità statutaria si addica all'oggetto

forma specifica, al fine di preferire la prevenzione e la riparazione *in natura* del diritto transindividuale leso¹¹; (d) l'introduzione della regola della cosa giudicata *erga omnes secundum eventum probationis* (ossia, la cosa giudicata *ultra partes*, fatta salva la possibilità di riproporre la domanda in caso di rigetto per insufficienza di prove¹²).

Poco dopo, nel 1990, venne promulgato il codice di difesa del consumatore (c.d.c.), che contiene una esaustiva normativa sulla tutela collettiva, non solo rispetto alle controversie di massa dei consumatori, ma anche in relazione a tutti i conflitti che riguardano qualsiasi altro diritto transindividuale.

Oltre ad alcuni miglioramenti del regime processuale della “Legge sulla azione civile pubblica” del 1985, il c.d.c. ha apportato delle novità di rilievo dando la possibilità di tutelare i diritti *accidentalmente collettivi*, che sono diritti individuali con “impatto di massa” e che, quindi, possono essere oggetto di un processo collettivo¹³. Chiaramente ispirato alla dottrina italiana, l'art. 81, paragrafo unico, III, del c.d.c. li ha denominati come *diritti individuali omogenei*¹⁴.

dell'azione da proporre. Successivamente, venne inserito attraverso una riforma legislativa la *Defensoria Pública* (organo statale che assicura l'assistenza giudiziaria alle persone prive di mezzi economici per contrattare un avvocato).

¹¹ Si parte dal corretto presupposto che la tutela meramente riparatoria sia, la maggior parte delle volte, innocua per la tutela di determinati beni giuridici, sia per il loro valore inestimabile sia per la difficoltà o impossibilità pratica di ripararli efficacemente una volta danneggiati.

¹² La redazione iniziale dell'art. 16 da Lei n. 7.437/85 era la seguente: “La sentenza civile produrrà la cosa giudicata *erga omnes*, salvo il caso in cui l'azione venga rigettata per insufficienza di prove, ipotesi nella quale qualsiasi soggetto legittimato potrà proporre un'altra azione con identico fondamento, allegando una prova nuova”.

¹³ In base ad un orientamento della dottrina ampiamente accolto in Brasile, i diritti *accidentalmente collettivi* si differenziano dai diritti *essenzialmente collettivi*, questi ultimi suddividendosi in due categorie: quelli diffusi e quelli collettivi in senso stretto che hanno in comune, come ritiene Ricardo de Barros Leonel, “un legame talmente stabile che la soddisfazione di uno solo comporta la soddisfazione di tutti e la lesione di uno solo comporta la lesione dell'intera collettività. Sono interessi essenzialmente collettivi: il carattere collettivo appartiene alla sua stessa essenza, alla sostanza dell'interesse”. (*Manual do processo coletivo*, São Paulo: RT, 2002, p. 101-102). Accanto a questa definizione, già consacrata in dottrina, Teori Albino Zavascki preferì qualificare il fenomeno in discorso come quello della *tutela collettiva dei diritti individuali* in contrapposizione con la *tutela dei diritti collettivi* (*Processo coletivo*, São Paulo: RT, 2006, cap.7).

¹⁴ Vicenzo Vigoriti, nel 1979, già presentava questa distinzione tra i diritti diffusi, collettivi e individuali omogenei, segnalando che: “Non sarebbe peraltro, né opportuno di fronte a fenomeni suscettibili di amplissimi sviluppi, affermare che solo per certi interessi è possibile parlare di interessi diffusi o collettivi, e sostenere magari che gli interessi diffusi sono solo quelli che hanno un certo contenuto, e collettivi quelli che ne hanno uno ancora diverso. Le due formule concernono entrambe i processi di aggregazione degli interessi individuali ed indicano due stadi diversi di fenomeni omogenei nella sostanza. A livello semplicemente diffuso mandano i meccanismi di coordinamento delle volontà, non si sono saldati quei vincoli che possono dare un carattere unitario ad un fascio di interessi uguali; a livello collettivo esiste invece un'organizzazione, nel senso che esistono strumenti di direzione e di controllo, e la dimensione superindividuale degli interessi acquista una sua precisa rilevanza giuridica. (...) Questi scrive incisivamente che l'interesse collettivo è «l'interesse di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune. Esso non è la somma di interessi individuali, ma la loro combinazione, ed è indivisibile nel senso che viene soddisfatto non già da più beni atti a soddisfare i bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività»” (*Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 43-47). Kazuo Watanabe, uno degli autori del Progetto di Codice di Difesa del Consumatore, commentando l'istituto giuridico in esame presentò la stessa distinzione proposta da Vicenzo Vigoriti: “Gli interessi o diritti ‘collettivi’ sono stati concepiti come ‘quelli transindividuali di natura indivisibile di cui è titolare un gruppo, categoria o classe di persone legate tra loro o con la parte avversa da un rapporto giuridico di base’ (art. 81, paragrafo, n° II). Questo rapporto giuridico di base è preesistente alla lesione o minaccia di lesione dell'interesse o diritto del gruppo, categoria o

Al proposito, si era pensato che si trattasse di uno strumento idoneo a neutralizzare la litigiosità ripetitiva¹⁵, promuovendo il trattamento isonomico dei soggetti individualmente colpiti da fatti lesivi di rilevanza collettiva e diminuendo, allo stesso tempo, il sovraccarico di lavoro per il sistema giudiziario rispetto a dei processi individuali derivanti dallo stesso conflitto di massa.

Nonostante la mancanza di dati statistici, viene generalmente affermato che mentre la tutela dei diritti essenzialmente collettivi diede risultati positivi, quella dei diritti accidentalmente collettivi fallì.

Rispetto ai diritti essenzialmente collettivi, di fatto divenne possibile dedurre in giudizio delle situazioni soggettive che non ricevevano tutela attraverso le tecniche processuali individuali del c.p.c. del 1973. In quest'ambito, deve essere sottolineato il ruolo particolarmente attivo del pubblico ministero che ha attuato in maniera molto efficiente per la tutela dei diritti transindividuali e ha ricoperto il ruolo di effettivo protagonista nel sistema giudiziario brasiliano, soprattutto nell'area di tutela dell'ambiente e in materia di finanza pubblica.

Quanto ai diritti accidentalmente collettivi, il codice non ha permesso di raggiungere lo scopo di ridurre la giudizializzazione individuale delle liti di massa ripetitiva e di promuovere il trattamento isonomico. Una delle spiegazioni di tale fallimento viene individuata in un principio di fondo posto a fondamento della tutela dei diritti accidentalmente collettivi: quello di salvaguardare in modo assoluto il diritto individuale di agire in giudizio.

Di fatto, venne rigettata sia la soluzione della c.d. tecnica dell'*opt-in*¹⁶ che quella dell'*opt-out*¹⁵, accolta in altri tipi di sistema di tutela collettiva e, al loro posto, l'art. 104 del codice di difesa del consumatore permise all'attore dell'azione individuale solo la possibilità di chiedere la sospensione del proprio processo, dopo aver avuto conoscenza della proposizione dell'azione collettiva, pena l'inefficacia nei suoi confronti della sentenza

classe di persone. (...) Negli interessi o diritti 'diffusi', la loro natura indivisibile e l'inesistenza del rapporto giuridico di base non permettono l'individuazione dei loro titolari, come già è stato detto. È chiaro che, ad un livello più generale del fenomeno giuridico, è sempre possibile incontrare un vincolo che lega le persone, come la nazionalità. Ma il rapporto giuridico di base che ci interessa, in riferimento alla determinazione dei concetti in analisi, è quello da cui deriva l'interesse da tutelare, pertanto l'interesse che intrattiene un rapporto più immediato e vicino con la lesione o la minaccia di lesione". E, negli interessi o diritti individuali omogenei, potrà anche non esserci un rapporto giuridico di base tra gli individui. Quello che conta è che si tratti di tutti interessi individuali 'derivanti da un'origine comune'. Il vincolo con la parte contraria è la conseguenza della propria lesione" (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentados pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Fonte Universitária, 2005).

¹⁵ In questo senso Ricardo de Barros Leonel indica chiaramente qual è la finalità dei diritti individuali omogenei per la soluzione della litigiosità ripetitiva, scrivendo che: "In questo contesto, possono essere individuati i vantaggi della tutela collettiva degli interessi individuali omogenei: prevenzione della proliferazione di numerose domande individuali in cui si ripetono in modo estenuante lo stesso *petitum* e la stessa *causa petendi*; impedire la contraddittorietà logica delle decisioni, che scredita il sistema giudiziario; una risposta giurisdizionale equanime e di migliore qualità, con trattamento uguale di situazioni analoghe, attribuendo effettività alla garanzia costituzionale dell'uguaglianza di tutti davanti alla legge; alleggerimento del sovraccarico di lavoro del Potere Giudiziario" (*Manual do processo coletivo*, cit., p. 110).

¹⁶ Marcos Cavalcanti, in maniera sintetica, descrive la funzionalità della tecnica dell'*opt-in* e dell'*opt-out* nel sistema statunitense: "Dopo l'effettiva notificazione, il membro della classe può assumere i seguenti comportamenti: (a) chiedere la sua autoesclusione dalla lite (*opt-out*), nel termine stabilito, per non essere assoggettato agli effetti della cosa giudicata materiale; (b) restare inerte e subire gli effetti della decisione favorevole o sfavorevole e della cosa giudicata materiale (*opt-in*)" (*Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 94).

favorevole emanata nell'ambito del processo collettivo. D'altra parte, venne introdotta la soluzione della giudicato *erga omnes secundum eventum litis*, di modo che ai singoli individui si estendesse solo la sentenza favorevole e non anche quella sfavorevole, salvo il caso previsto nel richiamato art. 104 del codice di difesa del consumatore. In tal modo, risulta evidente che il sistema di tutela giurisdizionale non venne dotato di strumenti idonei per inibire in modo efficace le domande individuali, anche perché, in un paese di dimensioni continentali come il Brasile, è molto difficile che i soggetti interessati vengano a conoscenza della pendenza di un processo collettivo.

Inoltre, anche nel caso in cui il sistema di tutela collettiva effettivamente funzioni, una pluralità di processi di cognizione individuali viene sostituita da una pluralità di azioni per ottenere la quantificazione individuale del danno e l'esecuzione individuale della sentenza collettiva di condanna generica sulla sussistenza della responsabilità, emanata nell'ambito dell'azione collettiva per la tutela dei diritti individuali omogenei¹⁷.

Pertanto, il successo del modello di tutela dei diritti essenzialmente collettivi e il fallimento del modello di tutela dei diritti accidentemente collettivi aiutano a spiegare in gran parte le riforme legislative introdotte nel sistema processuale negli anni '90 e nei negli anni 2000 e, in un certo modo, le soluzioni accolte nella elaborazione del codice di procedura civile del 2015, di cui tratteremo nelle prossime pagine del presente scritto.

3. Riforma del microsistema di processi collettivi (1992-2001).

Il secondo gruppo di leggi che riformarono il sistema processuale sono state quelle promulgate tra il 1992 e il 2001, con il dichiarato intento di indebolire il microsistema di processo collettivo, soprattutto quanto alla sua applicazione nei confronti della pubblica amministrazione¹⁸ (ricordando che in Brasile il sistema di giurisdizione è unico, spettando alla giurisdizione ordinaria, e in applicazione del codice di procedura civile, il compito di risolvere la quasi totalità delle controversie non penali che intercorrono tra soggetti privati ed enti pubblici). Come se non bastasse, dopo tale periodo, naufragarono praticamente tutte le iniziative di riforma normativa del microsistema di processo collettivo¹⁹.

Pertanto, il sistema processualcivile brasiliano continuò essendo fondato essenzialmente sull'accesso individuale alla tutela giurisdizionale.

In conseguenza di questo e anche di altri fattori, gli organi giudiziari brasiliani, a partire dalla metà degli anni '90, iniziarono ad affrontare un quadro cronico di congestionamento, derivante, in gran parte, da litigiosità ripetitiva. Tale affermazione si fonda su alcuni dati statistici del Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ) che ha voluto identificare i "100 maggiori litiganti" del Brasile. È stato constatato che 79,23 milioni di processi (in un

¹⁷ È ciò che stabilisce l'art. 95 del codice di difesa del consumatore: "In caso di accoglimento della domanda, la condanna è generica, determinando la responsabilità del convenuto per i danni causati".

¹⁸ La legge federale n. 8.437 del 1992 ha impedito che i giudici di primo grado concedano, *inaudita altera parte*, delle misure di urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione e ha migliorato i meccanismi affinché queste misure siano annullate dalle corti di secondo grado. La legge federale n. 9.494 del 1997 ha istituito le limitazioni alla efficacia della sentenza e alla immutabilità della cosa giudicata emanata in processi collettivi. La "Medida Provisória" (una specie di decreto del Presidente della Repubblica) n. 2.180 del 2011 ha vietato l'utilizzazione del processo collettivo rispetto ad alcune materie di interesse della Pubblica Amministrazione, in particolare rispetto al diritto tributario e al diritto della previdenza sociale.

¹⁹ Da ricordare in questa sede il "Progetto di Codice Brasiliano dei Processi Collettivi", che è stato elaborato dalla commissione diretta da Ada Pellegrini Grinover e consegnata al Ministero della Giustizia nel 2008, ma che non è stata convertita in un effettivo progetto di legge. Al suo posto, il Ministero della Giustizia ha elaborato un semplice progetto di "Legge di azione civile pubblica", il quale è stato archiviato.

universo di approssimativamente 83,4 milioni²⁰) ha come attore o convenuto uno di questi “100 litiganti abituali”, spiccando in tale universo gli enti della pubblica amministrazione in ambito federale, statale (regionale) e municipale (51%), il settore bancario (38%) e le imprese telefoniche (6%). Intrattenendo necessariamente rapporti giuridici con una pluralità indeterminata di individui, tali “litiganti abituali” che sarebbero dei candidati naturali ad assumere il ruolo di convenuti in processi collettivi, sono, invece, parti in milioni di processi individuali.

3. Riforme del c.p.c. del 1973 (1992 a 2008).

Arriviamo, infine, al terzo gruppo di leggi che hanno riformato il c.p.c. del 1973 con la finalità di migliorare il funzionamento dei processi individuali.

Non possiamo negare che tra il 1992 e il 2008, sono state approvate diverse leggi di riforma del c.p.c. del 1973 che hanno reso più effettiva la tutela giurisdizionale puramente individuale.

Tuttavia, sembra evidente che gran parte delle riforme aveva la chiara finalità di *accelerare o agglomerare processi individuali ripetitivi*, in particolare di quelli già pendenti nelle fasi di impugnazione, a condizione che si trattasse di una decisione basata in precedenti giudiziali²¹.

Nel gruppo delle leggi dirette *accelerare* processi ripetitivi, troviamo quelle²² che hanno sostituito decisioni collegiali con decisioni monocratiche in secondo grado di giurisdizione e nelle corti superiori (rompendo così una secolare tradizione di diritto portoghese e brasiliano), così come quelle leggi che hanno permesso la pronuncia di decisioni di rigetto di domande ripetitive in via preliminare (art. 285-A del c.p.c. del 1973, secondo la redazione data dalla legge n. 11.277 del 2006) e, infine, quella che ha ridotto l'ammissibilità delle impugnazioni nelle cause il cui oggetto era una questione di diritto già pacifica nell'ambito

²⁰ http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf (consultato 07.08.2015); http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf (consultato il 07.08.2015).

²¹ Non si rinviene, nelle leggi richiamate nelle note precedenti, un modello predefinito. In alcuni casi il sistema si accontentava di una decisione emanata dallo stesso organo giurisdizionale in casi uguali, in altri casi richiedeva una “giurisprudenza dominante” (ossia un insieme di decisioni reiterate e uniformi), ancora in altri casi doveva esistere una “*símula*” (concetto molto simile agli “*assentos*” della tradizione portoghese), che è un enunciato sintetico della giurisprudenza di un tribunale che riflette una parte di decisioni adottate reiteratamente su un determinato punto di diritto (così quasi testualmente Cândido Rangel Dinamarco, *Vocabulário de processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 272-273). Le *símulas* iniziarono ad essere formulate dal Supremo Tribunale Federale negli anni '60 e, successivamente, passarono ad essere utilizzate anche dalle altre corti di tutti i gradi di giudizio. Attraverso la riforma costituzionale introdotta nel 2004, è stato attribuito al Supremo Tribunale Federale il potere di dettare una diversa modalità di *símula*, di carattere “vincolante”. Ai sensi dell'art. 103-A, *caput* e § 1°, della Costituzione Federale, il Supremo Tribunale Federale, dopo aver emanato reiteratamente decisioni in materia costituzionale, potrà approvare, a maggioranza dei due terzi dei suoi membri, un enunciato che abbia “per obbiettivo la validità, l'interpretazione e l'efficacia di determinate norme, rispetto alle quali sussista una controversia attuale tra organi giudiziari o tra questi e la pubblica amministrazione che produca una grave insicurezza giuridica e una rilevante moltiplicazione dei processi su una questione identica”. Questo enunciato deve essere necessariamente osservato da tutti i magistrati nel territorio nazionale e dalla Pubblica Amministrazione. La legge predispone un particolare strumento processuale, chiamato “*reclamação*” (reclamo), finalizzato al controllo del rispetto della *símula* vincolante che viene proposto dinanzi allo stesso Supremo Tribunale Federale. Si tratta di uno strumento che possiede una natura simile a quella di un'impugnazione ordinaria, ma che si propone *per saltum*.

²² Mi riferisco, in particolar modo anche se non esclusivamente, alle modifiche introdotte dalle leggi federali n. 8.038 del 1990, n. 9.756 del 1998, n. 10.352 del 2001, n. 11.276 del 2008 e n. 11.277 del 2008.

dell'organo d'appello competente (art. 518, § 1°, do CPC de 1973, inserito pela Lei n. 11.276/2006).

I meccanismi di *agglomerazione* nella gestione delle impugnazioni ripetitive – anch'essi fondati su precedenti giudiziari – sono stati creati nel 2007 e 2008²³, solo nell'ambito delle due principali corti superiori brasiliane, ossia il Supremo Tribunale Federale (STF) e il Superiore Tribunale di Giustizia (STJ)²⁴. Sia all'interno del Supremo Tribunale Federale (rispetto al denominato “ricorso straordinario”, con il quale si controlla l'uniforme applicazione e interpretazione delle disposizioni costituzionali nel territorio brasiliano²⁵) che all'interno del Superiore Tribunale di Giustizia (in relazione al denominato “ricorso speciale” che tende ad unificare l'interpretazione e l'applicazione del diritto federale), sono stati creati dei meccanismi per selezionare uno o più “casi-paradigmatici” e sospendere gli altri processi ripetitivi. Emanato il precedente giudiziale idoneo a fissare la tesi giuridica per il “caso paradigmatico”, questa viene riprodotta dai rispettivi organi competenti in relazione a tutti i casi in precedenza sospesi.

In altri termini, il sistema processuale brasiliano ha, progressivamente, scommesso sempre di più sui precedenti giudiziari come fonte di razionalizzazione dei processi ripetitivi e come strumento di incentivo al trattamento isonomico delle parti (stesso scopo che si sperava ottenere attraverso il mezzo della tutela collettiva).

Quindi, la domanda da porsi a questo stadio è la seguente: questi meccanismi di accelerazione e di agglomerazione hanno dato gli effetti sperati, al meno in termini di decongestionamento delle corti superiori?

Gli esaustivi dati statistici attualmente disponibili dimostrano indubbiamente che la risposta a questa domanda è negativa.

Alfredo Buzaid, che fu magistrato del Supremo Tribunale Federale durante gli anni '60 del secolo scorso, si lamentava dell'eccessivo carico di lavoro che tale organo doveva sopportare all'epoca (all'incirca 6.000 processi all'anno, distribuiti tra gli undici giudici del Tribunale²⁶). Alla vigilia della promulgazione della Costituzione Federale del 1988 (che ha ridotto sostanzialmente l'elenco delle competenze del Supremo Tribunale Federale), la quantità dei processi era triplicata, arrivando al numero di 18.674. Nel 2007, il numero annuale di processi pervenuti al Supremo Tribunale Federale ha raggiunto il suo apice storico (112.938); tale circostanza dimostra che le riforme introdotte tra il 1990 e il 2008 e

²³ Mi riferisco alle modificazioni introdotte dalle leggi federali n. 11.418 del 2007 e n. 11.672 del 2008 al c.p.c. del 1973 in relazione alle regole sulle impugnazioni proposte dinanzi alle corti di vertice.

²⁴ Fino alla promulgazione della Costituzione Federale del 1988, il Supremo Tribunale Federale, nella sua qualità di più alta Corte del paese e integrante il Potere Giudiziario, era il guardiano di tutta la legislazione federale, sia a livello costituzionale che a livello di legislazione ordinaria, oltre ad avere una lunga lista di competenze autonome, soprattutto in materia penale. La Costituzione Federale del 1988 ha tolto al Supremo Tribunale Federale una serie di competenze autonome e ha attribuito il compito di guardiano della legislazione federale ordinaria ad una nuova Corte Superiore, in ambito nazionale, ossia al Superiore Tribunale di Giustizia, la cui sede è a Brasilia (capitale del paese), come quella del Supremo Tribunale Federale. Non si rinviene in Brasile una Corte Costituzionale simile a quelle dei paesi dell'Europa continentale.

²⁵ Il Brasile ha adottato un sistema misto di controllo di costituzionalità, che contempla sia il modello astratto-concentrato (attraverso un'azione direttamente proposta dinanzi al Supremo Tribunale Federale da un numero limitato di soggetti legittimati), sia il modello diffuso-concreto (ogni giudice avendo il potere-dovere di impedire l'applicazione di una legge ritenuta costituzionalmente illegittima nel caso concreto). In questa direzione, il ricorso straordinario, proposto dinanzi al Supremo Tribunale Federale, svolge un ruolo rilevante all'interno di questa seconda modalità di controllo di costituzionalità.

²⁶ A crise do Supremo Tribunal Federal, *Estudos de direito*, São Paulo: Saraiva, 1972, p.121-180.

finalizzate all'*accelerazione* dei processi non avevano prodotto gli effetti sperati. Solamente a partire dal 2008 si constata una sostanziale caduta del numero dei processi pendenti dinanzi al Supremo Tribunale Federale, essendo inevitabile ricollegare tale riduzione all'introduzione della tecnica dell'*agglomerazione* a partire dal 2007. Tuttavia, dal 2012 in poi il numero di processi dinanzi al Supremo Tribunale Federale è tornato a salire, segnalando che queste ultime riforme hanno prodotto esclusivamente un effetto palliativo²⁷.

Possiamo notare una situazione simile a quella precedentemente descritta anche in relazione al secondo più importante organo di vertice del sistema giudiziario brasiliano, ossia il Superiore Tribunale di Giustizia (STJ). Creato dalla Costituzione Federale del 1988 per assorbire una parte delle competenze del Supremo Tribunale Federale, nel 1991 sono pervenuti 23.368 processi al Superiore Tribunale di Giustizia (composto da 33 giudici). Dopo una serie ininterrotta di aumenti del numero dei processi, si è arrivati al record storico (fino ad oggi) di 347.426 processi pervenuti (em 2009), rinforzando, pertanto, la tesi secondo cui i mezzi *acceleratori* introdotti dalle varie riforme elaborate dal 1990 al 2006 non hanno comportato una diminuzione del volume di lavoro del Superiore Tribunale di Giustizia. Tuttavia, anche in relazione al Superiore Tribunale di Giustizia possiamo notare che, a partire dall'inizio della vigenza della tecnica della *agglomerazione*, il numero di processi è caduto appena temporaneamente (tra il 2009 e il 2011). Verso la fine del 2014, già abbiamo raggiunto un numero di processi superiore al record storico anteriormente verificatosi (386.423²⁸).

In fin dei conti, può essere rilevato che in Brasile le due principali corti di vertice sono inefficienti e funzionano in modo molto distante da come dovrebbero agire per poter svolgere il proprio ruolo in modo adeguato.

Tra l'altro, i numeri statistici, precedentemente riportati, rivelano il fallimento del modello di accelerazione-agglomerazione dei processi ripetitivi individuali, il cui funzionamento è fondamentalmente basato sui precedenti giudiziari.

Possiamo affermare che questa realtà non è stata presa in considerazione nel momento in cui è iniziata l'elaborazione dell'attuale codice del 2015: il Senato Federale nell'ottobre 2009 ha designato la Commissione dei Giuristi per l'elaborazione del progetto di nuovo codice, la quale ha concluso l'elaborazione del testo base, destinato ad essere convertito in codice, nel giugno del 2010.

Si ha, quindi, l'impressione che in quell'epoca si era rimasti ancora positivamente colpiti dai primi numeri statistici secondo i quali le riforme processuali del 2007 e del 2009 avevano realmente ridotto il congestionamento delle due principali corti superiori. All'inizio dei lavori preparatori del nuovo codice non si poteva ancora notare che si trattava solo di un piccolo "sollievo" transitorio, visto che l'aumento del numero di processi giunti annualmente dinanzi alle due corti di vertice non era ancora ripreso.

Pertanto, sembra che le principali fondamenta del c.p.c. del 2015 (poco modificate durante gli oltre 5 anni di elaborazione del testo) sia state poste in base alla "illusione" di una situazione transitoria.

²⁷ Dati estratti dal portale internet del Supremo Tribunale Federale: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual> (consultato il 23.07.2015).

²⁸ Dati estratti dal portale internet del Supremo Tribunale Federale: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584> (consultato il 23.07.2015).

Descritta l'evoluzione normativa del sistema processuale brasiliano, possiamo cominciare ad esaminare parte delle alterazioni strutturali del c.p.c. del 2015 rispetto al c.p.c. del 1973.

5. C.p.c. del 2015 e litigiosità ripetitiva.

Una parte significativa delle principali novità introdotte dal c.p.c. del 2015 è rappresentata dall'approfondimento delle tendenze oggetto delle riforme processuali introdotte dal 1992 in poi: indebolimento del processo collettivo (che continuerà ad essere trattato come un microsistema separato dal codice) e miglioramento-ampliamento delle tecniche di accelerazione-agglomerazione dei processi ripetitivi individuali attraverso la valorizzazione dell'efficacia normativa dei precedenti giudiziari.

In effetti, oltre a consolidare e perfezionare le tecniche di accelerazione introdotte dalle riforme al c.p.c. del 1973, il c.p.c. del 2015 ha ampliato i poteri del giudice di primo grado nel momento iniziale del processo, alla condizione che la causa verta su una questione già decisa in determinate modalità di precedenti giudiziari²⁹. Se la pretesa dell'attore è contraria alla tesi fissata a determinate modalità di precedenti giudiziari, il giudice di primo grado potrà rigettare la domanda in via preliminare (art. 322). Se, dall'altro lato, la pretesa dell'attore si allinea a determinate modalità di precedenti giudiziari e egli riesce a provare in via documentale che la sua situazione permette di applicare la tesi giuridica oggetto del precedente, il giudice può emanare un provvedimento anticipatorio indipendentemente dal requisito dell'urgenza (art. 311, II).

D'altra parte, il c.p.c. del 2015, oltre a perfezionare i meccanismi di gestione delle impugnazioni ripetitive nelle corti di vertice, ha esteso la stessa tecnica alle corti di secondo grado. Si tratta del cosiddetto "Incidente di Risoluzione di Domande Ripetitive" (IRDR), che tende a selezionare "cause-pilota" e a sospendere tutti i processi (individuali e collettivi³⁰) ripetitivi. Una volta fissata la tesi giuridica, questa dovrà essere riprodotta in modo "vincolante" da tutti i giudici funzionalmente assoggettati all'organo che ha elaborato tale tesi.

Volendo fare un bilancio critico, bisogna dire che il sistema di "trattamento collettivo di domande individuali ripetitive" – che è stato introdotto dalle riforme processuali degli anni 1990-2000 e poi decisamente accolto dal c.p.c. di 2015 – presenta almeno tre gravi problemi rispetto al sistema di tutela collettiva: (a) si affronta l'effetto (moltiplicità dei processi) e non la causa (controversie di massa fatte valere davanti agli organi del potere giudiziario in modo molecolare), allo stesso modo del medico che combatte esclusivamente la febbre, invece di curare l'infezione; (b) lo scopo di questi meccanismi di aggregazione è risolvere il problema che soffrono gli organi giudiziari (e non quello del conflitto di massa, che può essere stato giudizializzato solo da una minima parte di individui³¹); (c) viene compromessa la rappresentatività adeguata della collettività che subirà gli effetti dalla

²⁹ Il nuovo c.p.c. brasiliano prevede vari tipi differenti di decisioni giudiziali collegiali che diventano dei precedenti vincolanti, tra cui spiccano quelle emanate nell'ambito degli incidenti di risoluzione di domande ripetitive e la "súmula", di cui abbiamo parlato precedentemente (che sono emanate sulla base di decisioni che, però, non possono essere riconosciute come veri e propri precedenti nel senso stretto della parola).

³⁰ Abbiamo in questo caso un'ulteriore dimostrazione dell'indebolimento del processo collettivo, che sarà trattato senza nessuna distinzione rispetto ai processi individuali in caso di decisione di "casi-pilota".

³¹ In questa direzione, si deve valutare il rischio che il Potere Giudiziario, come meccanismo (cosciente o incosciente) di autoprotezione, tenda a decidere contro gli interessi della massa indeterminabile di individui, per evitare che coloro che ancora non hanno fatto valere in giudizio i propri diritti decidano di farlo, in seguito alla emanazione di un precedente vincolante favorevole.

decisione emanata nel “caso-pilota”, nel quale si ha una sfida diseguale tra la parte litigante individuale e la parte litigante “abituale”³².

Non ho dubbi nell’affermare che la litigiosità di massa verrebbe risolta in modo molto più efficace attraverso il processo collettivo, invece di ricorrere a meccanismi di trattamento collettivo di processi individuali fondati in precedenti giudiziari; anche perché gli ordinamenti della famiglia di *common law*, a cui si deve la creazione di un sistema di precedenti vincolanti, mai ha voluto utilizzare questi ultimi come mezzo per affrontare il problema della litigiosità ripetitiva³³.

6. C.p.c. di 2015 e valorizzazione dei precedenti giudiziari.

Nonostante, fino a questo momento, siano state formulate critiche severe al sistema di trattamento collettivo delle domande individuali ripetitive basate in precedenti giudiziari, non possiamo ignorare l’importanza che il diritto giurisprudenziale ha acquisito negli ordinamenti giuridici appartenenti alla tradizione di *civil law*³⁴ e, allo stesso modo, i notevoli miglioramenti del c.p.c. del 2015 in relazione all’introduzione di strumenti che possano consentire al sistema giudiziario brasiliano di operare in maniera appropriata con i precedenti giudiziari.

In maniera sintetica, meritano di essere segnalati: (a) il riconoscimento normativo dell’obbligo delle corti di “uniformare la propria giurisprudenza e mantenerla stabile, integra e coerente” (art. 926); (b) l’attribuzione alla corte del potere di constatare la necessità di un cambiamento dell’orientamento giurisprudenziale precedentemente consolidato (*overruling*), del potere di convocare udienze pubbliche e di quello di permettere la partecipazione di *amici curie* al fine di contribuire alla ridiscussione della tesi giuridica (art. 927, § 2°); e (c) l’attribuzione alle corti del potere di modulare nel tempo gli effetti di una decisione che cambi un orientamento giurisprudenziale precedentemente consolidato, in ossequio ai principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento delle parti (*prospective overruling* – art. 927, §4°). Le richiamate novità meritano il nostro apprezzamento.

³² D’altronde, si è sempre considerata quale premessa del sistema di tutela collettiva la probabile incapacità tecnica ed economica del cittadino, individualmente considerato, per difendere in giudizio un diritto di natura transindividuale. Questo rischio di deficit di adeguata rappresentatività può non essere sufficientemente corretto con la possibilità di intervento di persone fisiche e giuridiche (in particolare di enti esponenziali quali i sindacati e le associazioni) per l’ampliamento del contraddittorio nella formazione di una decisione idonea a produrre effetti rispetto ad una pluralità indeterminata di soggetti (questi interventori sono denominati dall’art. 138 del c.p.c. del 2015 come *amici curiae*). Ciò perché i poteri dell’*amicus curiae* sono limitati rispetto a quelli della parte e a quelli del suo interveniente (che nonostante possa essere intervenuto coattivamente, la maggior parte delle volte sarà entrato in giudizio volontariamente) non è obbligatoria per la validità della decisione. Trattasi, insomma, di un intervento opzionale.

³³ Tale importante avvertimento è stato fatto da Dierle Nunes e Alexandre Melo Franco Bahia: “storicamente il sistema dell’uso dei precedenti è stato elaborato molto tempo prima del (e, d’altronde, totalmente all’insaputa del) sorgere della denominata litigiosità ripetitiva” (Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil, p.2. Texto disponível em https://www.academia.edu/12103940/Precedentes_no_CPC-2015_por_uma_compreens%C3%A3o_constitucionalmente_adequada_do_seu_uso_no_Brasil, consultato il 23.07.2015).

³⁴ Si vedano: in Brasile, Barbosa Moreira (O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo, *Temas de direito processual* – nona série, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 39-54); in Spagna, Victor Ferreres Comella (*Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia*, El carácter vinculante de la jurisprudencia, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 54); e, in Italia, Michele Taruffo, Precedente e Giurisprudenza, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 61, n. 3, p. 709-725, sett. 2007.

7. Altre importanti novità del c.p.c. del 2015.

È chiaro che non tutto ciò che c'è di nuovo nel c.p.c. del 2015 riguarda i processi individuali ripetitivi o la valorizzazione dei precedenti giudiziari.

Possiamo rinvenire nel c.p.c. del 2015 diverse e rilevanti modificazioni strutturali, che saranno analizzate nei prossimi paragrafi: (a) rinforzo delle garanzie del contraddittorio e della motivazione delle decisioni giudiziali; (b) incentivo alla soluzione consensuale dei conflitti; (c) valorizzazione della volontà delle parti nella configurazione del procedimento, nonché dei loro rispettivi poteri e oneri; e (d) creazione della “stabilizzazione della tutela sommaria”.

8. Rinforzo della garanzia del contraddittorio.

Già da molti anni, la dottrina processualciviltistica brasiliana ha riconosciuto che la garanzia del contraddittorio, consacrata all'art. 5, LV, della Costituzione Federale del 1988³⁵, deve essere considerata come potere di influire in modo efficace nella formazione del convincimento del giudice e non solo come un diritto al binomio “informazione-reakzione”, derivante dalla bilateralità dell'udienza. Una delle conseguenze più evidenti dell'ampliamento della portata del contraddittorio si rinviene nel dovere del giudice di sottoporre, alla previa discussione delle parti, la soluzione delle questioni rilevabili d'ufficio³⁶. Il codice del 2015, accogliendo l'orientamento della dottrina e ispirandosi in disposizioni espressamente contenute in legislazioni straniere³⁷, passa attualmente a prevedere in maniera espressa che: “Il giudice non può decidere, in nessun grado di giurisdizione, sulla base di un punto [di fatto o di diritto] rispetto al quale le parti non hanno avuto l'opportunità di manifestarsi, anche se si tratta di materia sulla quale il giudice deve decidere d'ufficio” (art. 10). Si tratta di un postulato che già poteva essere rinvenuto nel c.p.c. del 1973 grazie ad un'interpretazione costituzionalizzante, ma che ora riacquista forza, essendo stato normativizzato nel c.p.c. del 2015.

9. Potenziamento della garanzia della motivazione delle decisioni giudiziali.

Intimamente legata alla garanzia del contraddittorio, incontriamo la garanzia della motivazione delle decisioni giudiziali³⁸. Di fatto, non è sufficiente lasciar parlare le parti litiganti, essendo necessario che queste siano effettivamente ascoltate. Per raggiungere tale finalità, si rivela essere assolutamente imprescindibile la necessità che la decisione giudiziale contenga una motivazione appropriata, come un'esigenza insita dello Stato

³⁵ L'Art. 5° , LV, dispone che: “– alle parti litiganti, nel processo giurisdizionale e in quello amministrativo, e agli accusati in generale vengono garantiti contraddittorio e ampia difesa, con i mezzi e gli strumenti a questa inerenti”.

³⁶ Questa tesi è difesa da molti anni dalla dottrina europea; ricordiamo a questo riguardo Nicolás Trocker (*Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco ed italiano*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 387-389), Vittorio Denti (*Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, *Dall'azione al giudicato*, Padova: Cedam, 1983, p. 46-63). Nella dottrina brasiliana si rinvia a Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 220-226) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Garantia do contraditório*. In: José Rogério Cruz e Tucci (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2. tir., São Paulo: RT, 1999, p. 132-150).

³⁷ Si vedano l'art. 16.3 del c.p.c. francese e il §139 della ZPO tedesca, nonché l'art. 101 del c.p.c. italiano e l'art. 3.3 del c.p.c. portoghese.

³⁸ Come sottolinea, tra gli altri, Michelle Taruffo, *Considerazione su prova e motivazione*, *Doutrinas essenciais – Processo civil*, WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2011, vol. 4 (*Atividade probatória*), p. 213-226.

Democratico di Diritto. La Costituzione Federale brasiliana del 1988 dispone che: “tutte le deliberazioni degli organi del Potere Giudiziario saranno pubbliche e tutte le decisioni saranno motivate, a pena di nullità” (art. 93, IX). Da sottolineare che siamo in presenza di un caso (forse unico al mondo o perlomeno molto raro) in cui viene comminata espressamente una invalidità processuale in un testo costituzionale.

Tuttavia, si sentì l'esigenza di indicare dettagliatamente nel c.p.c. del 2015 in cosa consiste tale dovere di motivazione e, a questi fini, l'art. 489, § 1°, ha seguito una metodologia inusitata, prevedendo un elenco di situazioni in cui *non* è possibile considerare rispettata la garanzia costituzionale della motivazione, ossia quando la decisione: “I – si limita ad indicare, riprodurre o parafrasare un atto normativo, senza spiegare la relazione di quest'ultimo con la causa o la questione decisa; II – utilizza concetti giuridici indeterminati, senza spiegare il motivo concreto della loro incidenza al caso [deciso]; III - invoca motivi che si presterebbero a giustificare qualsiasi altra decisione; IV – non affronta tutti gli argomenti dedotti nel processo idonei, in tesi, a invalidare la soluzione adottata dal giudice; V – si limita ad invocare un precedente o un enunciato di *súmula*, senza identificare i suoi motivi determinanti né dimostrare che il caso oggetto del giudizio si adatta a quei motivi; VI – omette di seguire un enunciato di *súmula*, giurisprudenza o precedente invocato dalla parte, senza dimostrare l'esistenza della distinzione dell'enunciato rispetto al caso oggetto del processo o il superamento dell'orientamento”. Procedendo in tal modo, il legislatore offre alle parti litiganti degli strumenti più effettivi per indicare i vizi nella motivazione, risultando chiaro che quest'ultima deve essere completa e analitica, pena la violazione del modello costituzionale brasiliano di processo.

10. Strumenti consensuali per la risoluzione delle controversie. Fin dalle riforme processuali introdotte nel 1994, il sistema processuale brasiliano ha adottato come linea guida la valorizzazione della risoluzione consensuale delle controversie già dedotte in giudizio³⁹. Tuttavia, il c.p.c. del 1973 attribuiva principalmente al giudice dinanzi al quale il processo era incardinato il compito di promuovere la conciliazione delle parti (ciò che rappresentava un rischio per l'imparzialità dell'organo giudicante⁴⁰); attività conciliativa che veniva normalmente realizzata dopo lo svolgimento della fase di introduzione della causa, quindi quando le parti litiganti già erano completamente armate e all'interno del dibattito processuale.

Per poter, quindi, incentivare il raggiungimento della soluzione autocompositiva della controversia, il c.p.c. del 2015 ha modificato le due modalità di svolgimento in precedenza indicate.

In primo luogo, ai sensi degli articoli 139, V, e 334, § 1°, le udienze destinate al raggiungimento della soluzione consensuale della controversia verranno presiedute,

³⁹ La legge n. 8.952 del 1994 ha introdotto il dovere di giudice di tentare di ottenere la soluzione consensuale durante l'udienza preliminare, che si svolge dopo la chiusura della fase introduttiva e prima della fase di trattazione e di istruzione (art. 331 del c.p.c. del 1973), ferma restando la possibilità che il giudice convochi, in qualsiasi momento, le parti per l'espletamento del tentativo di conciliazione (art. 125, IV, del c.p.c. del 1973).

⁴⁰ Riportiamo una precisa sintesi di questa critica: “Con un lungo dialogo, il giudice corre il rischio di compromettere il futuro della sua attività giurisdizionale, essendo eccessivamente coinvolto con la pretesa di una delle parti o di entrambe. Il giudice deve evitare di anticipare il suo punto di vista sui fatti e sul diritto applicabile. Il semplice riferimento alla giurisprudenza (soprattutto alla propria) può far cadere per terra la sua propria credibilità. Tuttavia, prese le cautele necessarie per evitare queste conseguenze disastrose, c'è spazio per l'attività conciliatrice del giudice della causa, senza richiedergli un maggior impegno”. (Petrônio Calmon, *Fundamentos da mediação e da conciliação*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 148-149).

preferibilmente, da conciliatori o mediatori (la cui attività viene ora disciplinata in maniera minuziosa dagli articoli 165 a 175, ciò che costituisce una novità degna di nota).

In secondo luogo, l'art. 334 impone l'obbligatorietà dello svolgimento della udienza di conciliazione e mediazione dopo la citazione del convenuto, ma prima che quest'ultimo abbia proposto le sue difese. Il tentativo obbligatorio di conciliazione viene escluso quando il diritto dedotto in giudizio non può essere definito in via autocompositiva o nel caso in cui tutte le parti manifestino il proprio disinteresse nella soluzione consensuale della lite. Quando almeno una delle parti manifesta la volontà di comparire all'udienza o semplicemente nulla dice al riguardo, tutte le parti sono obbligate a comparire, pena la comminatoria di una multa calcolata sulla base del valore della causa. Credo che questo punto meriti una ulteriore riflessione: sembra essere un controsenso sottoporre necessariamente le parti ad un atto processuale finalizzato al raggiungimento della soluzione consensuale della controversia, in particolare quando una di esse abbia già manifestato il proprio disinteresse alla autocomposizione.

11. Atipicità dei negozi processuali.

Il c.p.c. del 1973 contempla alcune ipotesi di negozi processuali, quali accordi di volontà tra le parti litiganti, conclusi prima o nel corso del processo, con la finalità di adattare il procedimento, nonché di creare, modificare e estinguere posizioni giuridiche processuali⁴¹. Si tratta, tuttavia, di ipotesi eccezionali e tipiche, come: l'elezione del foro competente (art. 111), l'inversione consensuale dell'onere della prova (art. 333, par. unico) e la sospensione concordata del processo (art. 265, III).

A questo riguardo, il c.p.c. del 2015 non solo ha mantenuto le ipotesi tipiche (precedentemente indicate) di accordi processuali, già previste nel codice del 1973, ma ha anche creato nuovi accordi tipici (come il patto per la scelta del consulente tecnico⁴² e l'organizzazione concordata dell'istruzione probatoria⁴³). Inoltre, quando il processo verte su "diritti che ammettono l'autocomposizione", il codice del 2015 ha introdotto una clausola generale assegnando alle parti pienamente capaci di stare in giudizio la possibilità di stipulare consensualmente accordi aventi ad oggetto "cambiamenti del procedimento per adattarlo alle specificità della causa" o concludere patti in relazione a "oneri, poteri, facoltà e doveri processuale, prima o durante il processo" (art. 190).

Tale novità – che rappresenta una vera e propria rottura di paradigma del sistema processuale brasiliano, così come configurato da molti secoli – sfiderà l'arguzia degli studiosi, magistrati, avvocati e pubblici ministeri, in particolare perché sussistono innumerevoli difficoltà nel definire i limiti alla conclusione di accordi processuali.

12. La stabilizzazione della tutela sommaria di urgenza e anticipatoria.

Ecco una novità contenuta negli articoli 304 e 305 del c.p.c. del 2015 che merita di essere segnalata.

⁴¹ Fino all'inizio degli anni 2010, il tema era poco studiato nella dottrina brasiliana, salvi pochissimi saggi, come uno di José Carlos Barbosa Moreira (*Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual civil. Terceira Série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p.87-98). Negli ultimi anni gli studi decisi al tema dei negozi processuali sono proliferati. Ricordiamo, in particolare, la recentissima collettanea di articoli scritti da brasiliani e stranieri, coordinata da Antonio do Passo Cabral e da Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, intitolata *Negócios Processuais* (Salvador: Juspodivm, 2015).

⁴² Cf. Art. 471. In mancanza di un accordo tra le parti, la scelta spetta al giudice.

⁴³ Cf. Art. 357, §2°.

Per comprenderla è, tuttavia, necessario effettuare alcune premesse.

Gli articoli da 294 a 311 del c.p.c. del 2015 denominano come “tutela provvisoria” l’ampia categoria che comprende le c.d. tutele sommarie. Tale categoria si suddivide in tutela provvisoria di urgenza e tutela provvisoria che prescinde dall’urgenza (questa seconda chiamata dal codice “tutela di evidenza”).

La prima delle due tutele indicate (quella di urgenza) si suddivide, dal suo canto, in tutela cautelare (che non conferisce alla parte il bene della vita oggetto della lite, garantendo solo la fruttuosità del risultato futuro) e anticipatoria (che attribuisce alla parte, anche se provvisoriamente e precariamente, il bene della vita controverso).

Su un piano generale, questi strumenti processuali tengono fermo il postulato, già adottato dal c.p.c. del 1973, secondo cui la cognizione di tipo sommario, salvo casi eccezionali, è precaria (potendo essere rivista alla luce di nuovi elementi probatori e di fatto) e provvisoria (dipendendo dall’ulteriore conferma di una decisione fondata su una cognizione piena ed esauriente per produrre effetti in via definitiva).

Questa direttiva rimane, tuttavia, parzialmente attenuata dal codice del 2015 che prevede all’art. 304 la denominata “stabilizzazione della tutela provvisoria di urgenza anticipatoria”⁴⁴.

Si tratta di una tecnica ispirata in ordinamenti processuali stranieri, specialmente in quello francese e in quello italiano⁴⁵, da tempo discussa dalla dottrina brasiliana e già oggetto di precedenti progetti legislativi non approvati.

L’obiettivo principale della tecnica in discorso è far diventare meramente eventuale e facoltativo l’espletamento di un processo a cognizione piena e esauriente per dirimere la lite, alla condizione che la tutela provvisoria di urgenza anticipata sia stata concessa in via preliminare (fondata, ovviamente, in cognizione sommaria) e che il convenuto non abbia impugnato il provvedimento davanti giudice d’appello. Si perviene in un colpo solo alla

⁴⁴ Questa la redazione dell’istituto in esame: “Art. 304. La tutela anticipata, concessa ai sensi dell’art. 303, diviene stabile se la decisione, che l’ha pronunciata, non viene impugnata. § 1.° Nel caso previsto nel *caput*, il processo sarà estinto. § 2.° Una delle parti potrà citare l’altra al fine di rivedere, riformare o annullare la tutela anticipata stabilizzata ai sensi del *caput*. § 3.° La tutela anticipata conserverà i suoi effetti se non rivista, riformata o annullata dalla decisione di merito emanata nell’ambito dell’azione di cui al § 2.° § 4.° Una delle parti potrà chiedere il ritiro del fascicolo processuale in cui è stata concessa la misura, per elaborare la domanda introduttiva dell’azione a cui si riferisce il § 2°, essendo considerando adito il giudice in cui la tutela anticipata è stata concessa. § 5.° Il diritto di rivedere, riformare o annullare la tutela anticipata, previsto al § 2° di questo articolo, si estingue dopo due anni, che decorrono dalla conoscenza della decisione che ha dichiarato l’estinzione del processo, ai sensi del § 1°. § 6.° La decisione che concede la tutela non produce la cosa giudicata, ma la stabilità dei rispettivi effetti verrà eliminata dalla decisione che la rivede, la riforma o l’annulla, emanata nel corso dell’azione proposta da una delle parti ai sensi del § 2° di questo articolo.”

⁴⁵ Sembra che il progetto di codice si sia ispirato, per alcuni aspetti, al regime generale delle *ordonnances de référé* (arts.484 a 492) e, per altri, al regime delle *ordonnances sur requête* (artt. Da 493 a 498). Già rispetto al c.p.c. italiano, mi pare che alcuni elementi sono stati presi dai provvedimenti di cui agli articoli 186-ter e *quarter*, risultanti dalla redazione data dalle leggi nn. 353/1990 e 263/2005, e dall’art. 669-*octies*, risultante dalla redazione data dalle leggi nn. 80/2005 e 69/2009 (sottolineando similitudini e differenze tra i due ordinamenti, che in tal caso non si rinvergono, si veda Giovanni Bonato, I *référés* nell’ordinamento francese, *La tutela somaria in Europa* – Studi, Antonio Carratta (org.), Napoli: Jovene, 2012, p.35-76). L’ispirazione in discorso viene espressamente dichiarata nell’Esposizione dei Motivi del Progetto elaborato dalla Commissione di Giuristi nominata nel 2009 dalla Presidenza del Senato Federale: “Ugualmente tendendo a questa finalità, il nuovo Codice di Processo Civile, ispirandosi al sistema italiano e a quello francese, ha creato la stabilizzazione della tutela, alla quale già ci siamo riferiti nel paragrafo precedente, che permette di mantenere l’efficacia della misura di urgenza, o anticipatoria di tutela, fino a che sia eventualmente impugnata dalla parte contraria”.

sommarizzazione della cognizione e a quella del procedimento⁴⁶.

Ad ogni modo, la lettura degli articoli 303 e 304 permette di dedurre che la stabilizzazione si verificherà qualora ricorrano cumulativamente due condizioni: (a) che il giudice abbia concesso in via preliminare il provvedimento provvisorio di urgenza *inaudita altera parte*, e (b) che la controparte, una volta venuta a conoscenza della decisione, non abbia proposto impugnazione. La seconda condizione ci indica che il c.p.c. brasiliano del 2015 si è allontanato dai sistemi stranieri ai quali si è ispirato, in cui la stabilizzazione deriva dalla mancanza di contestazione. Ciò si può spiegare alla luce del fatto che il sistema processuale brasiliano (sia il c.p.c. del 1973 che il c.p.c. del 2015) ha adottato la regola della *ficta confessio*. Era, pertanto, necessario predisporre un altro tipo di comportamento omissivo del convenuto (diverso dalla mancanza di contestazione) per produrre la stabilizzazione (ossia, la mancata impugnazione del provvedimento anticipatorio⁴⁷).

Soddisfatte le due richiamate condizioni, il giudice dovrà estinguere il processo e l'attore che ha ottenuto il provvedimento potrà chiederne l'esecuzione, secondo le regole dell'esecuzione definitiva. Successivamente all'estinzione del processo sommario, ognuna delle parti potrà proporre una nuova e diversa domanda, dinanzi allo stesso organo giudiziario, destinata a revocare o modificare la decisione anticipatoria⁴⁸.

Si vede chiaramente che l'istituto in discorso crea una nuova ipotesi di "tutela sommaria definitiva"⁴⁹ (denominata in tal modo per differenziarla dalla "tutela sommaria provvisoria") che possiede una piena efficacia indipendentemente dalla successiva conferma di un provvedimento adottato in seguito ad una cognizione esauriente (il cui espletamento, tra l'altro, diviene meramente facoltativo ed eventuale, dipendendo dall'attività del convenuto, attraverso un processo autonomo). Tuttavia, non è possibile assegnare al provvedimento di urgenza anticipatorio l'attitudine alla produzione della *cosa giudicata materiale*, che continua ad essere riservata dall'art. 502 c.p.c. del 2015 alla decisione fondata in cognizione esauriente. Per questo aspetto, la tecnica della stabilizzazione presenta innegabili similitudini con la tecnica del processo monitorio⁵⁰, introdotta in Brasile nel 1995 e mantenuta nel c.p.c. del 2015.

⁴⁶ La sommarietà della cognizione comporta sempre sommarietà del procedimento, ma non è vero il contrario. È usuale l'idea che il procedimento sommario e il procedimento dei *Juízados Especiais* assicurano l'espletamento di una cognizione esauriente.

⁴⁷ Di fatto, nel sistema francese e in quello italiano, la mancata presentazione della difesa del convenuto non comporta l'applicazione della presunzione della verità dei fatti allegati dall'attore e, conseguentemente, il giudice non è dispensato dal compiere l'istruzione probatoria. Ciò spiega la ragione per la quale italiani e francesi si adoperano nel creare meccanismi più celeri nella formazione di un titolo esecutivo giudiziale (cosa che aiuta a spiegare il grande "successo" del procedimento monitorio in quei paesi). Nel sistema brasiliano, non avrebbe molto senso accogliere la stessa soluzione. La gravità degli effetti della contumacia e la possibilità di ottenere la decisione immediata di merito dinanzi a un convenuto contumace – previsti nel c.p.c. del 1973 e mantenuti nel c.p.c. del 2015 (articoli 319 e 330, II del primo codice, 344 e 355, II, del secondo codice) – fanno diventare meno utili e necessarie tecniche processuali basate sulla inerzia del convenuto e destinate a abbreviare l'*iter* procedimentale da seguire per iniziare un'esecuzione.

⁴⁸ L'art. 305, § 4°, prevede un termine decadenziale di due anni per la proposizione di tale domanda.

⁴⁹ Si veda, tra gli altri, José Roberto dos Santos Bedaque (*Estabilização das tutelas de urgência. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (org.), São Paulo: DPJ, 2005, p.663).

⁵⁰ La somiglianza tra le descritte ipotesi è da tempo sottolineata. Si veda, per esempio, Eduardo Talamini (*Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro*, *Revista de Processo*, n. 209, v. 37, p. 13-34, jul / 2012).

13. Accenni conclusivi.

Lo scopo di questo breve saggio era solo quello di informare i processualisti non brasiliani delle principali novità contenute nel nuovo codice recentemente approvato. I primi paragrafi di questo scritto rivelano una certa dose di pessimismo rispetto alle principali novità introdotte dal nuovo testo. Tuttavia, il giudizio sul nuovo c.p.c. è temperato grazie ad alcune modifiche positive, nelle quali sono depositate le speranze di miglioramento del sistema giudiziario brasiliano.