

RIVISTA DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO

C. CONSOLO - G. COSTANTINO

C. FERRI - R.E. KOSTORIS

S. LA CHINA - S. MENCHINI

E. MERLIN - G. MONTELEONE

R. ORIANI - G. RUFFINI

A. SALETTI - B. SASSANI

F. TOMMASEO - N. TROCKER

R. VACCARELLA

Luglio-Ottobre
2018

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

IL SISTEMA DEI PRECEDENTI NEL C.P.C. BRASILIANO DEL 2015 ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza come strumento per l'elaborazione delle decisioni: i fattori che hanno portato a tale soluzione. – 3. I primi tentativi normativi di introduzione dei precedenti. – 4. Misure adottate dal c.p.c. del 2015 per valorizzare i precedenti. – 5. Ricorso straordinario e ricorso speciale ripetitivi. – 6. Le novità normative sul procedimento e sulla decisione dei ricorsi ripetitivi. – 7. L'incidente di risoluzione di domande ripetitive («IRDR») e il trattamento molecolare delle controversie. – 8. Incidente di avocazione di competenza («IAC») e l'attuazione preventiva dei tribunali. – 9. Considerazioni conclusive.

1. – Negli ultimi venti anni, molte riforme legislative hanno modificato varie disposizioni del codice di procedura civile del 1973, ciò che ha compromesso la sua sistematicità e la sua organicità. Per tali motivi, è sorta l'esigenza di elaborare un nuovo codice.

Inizialmente, è stato, quindi, presentato al Senato il progetto di legge n. 166/2010, redatto da una commissione di giuristi, appositamente nominata. Dopo essere stata approvato dal Senato il 15 dicembre 2010, il progetto è stato inviato alla Camera dei Deputati, in cui una nuova commissione è stata costituita. Il testo è stato, successivamente, approvato il 26 marzo 2014, con diverse modifiche rispetto al progetto iniziale.

Ricordiamo che per più di tre anni ha avuto luogo un intenso dibattito, a seguito del quale si è giunti all'elaborazione di un nuovo testo. Successivamente, sono state effettuate delle modifiche puntuali in Senato, da parte di una nuova commissione, di natura mista, con alcuni membri indicati dal Senato e altri membri indicati dalla Camera dei Deputati. Dopo essere stato inviato al Presidente della Repubblica, il codice è stato definitivamente approvato il 16 marzo 2015.

Dobbiamo sottolineare che siamo in presenza del primo codice di procedura civile, nella storia del Brasile, che è stato elaborato in un regime democratico. Tra l'altro, si tratta di un testo con grandi virtù e che contiene importanti novità. Tra le sue maggiori virtù, ricordiamo quella di

(¹) Traduzione dal portoghese a cura di Giovanni Bonato.

aver ascoltato tutti gli interlocutori e di aver capito qual era la volontà della maggioranza.

Tra le novità più importanti, finalizzate a far diventare più effettiva la tutela giurisdizionale – come indicato dalla Costituzione Federale del 1988 – tratterò in questo saggio dei seguenti argomenti: la valorizzazione dei precedenti giudiziari; l'istituto dei ricorsi (quello straordinario e quello speciale) ripetitivi; l'incidente di risoluzione di domande ripetitive, spesso chiamato con l'acronimo «IRDR» («*incidente de resolução de demandas repetitivas*»); l'avocazione di competenza («*assunção de competência*»). Questi nuovi istituti tendono a garantire l'uguaglianza degli individui, in quanto conferiscono lo stesso trattamento giuridico a coloro che si trovano in una situazione di fatto simile; tali istituti garantiscono, altresì, la certezza del diritto, attraverso la prevedibilità delle decisioni giurisdizionali.

Altre novità del c.p.c. del 2015 meritano di essere ricordate: il contraddittorio e la motivazione delle decisioni giurisdizionali; l'incentivo ad utilizzare la conciliazione e la mediazione, in particolare la mediazione infra-processuale, ossia quella si svolge dopo la citazione del convenuto; il nuovo regime della tutela provvisoria (tutela cautelare, tutela anticipatoria e tutela di evidenza); l'estensione della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali; l'incidente di disconoscimento della personalità giuridica; la produzione anticipata di una prova, indipendentemente dalla sussistenza della condizione dell'urgenza; i negozi giuridici processuali o convenzioni processuali. Questi nuovi istituti non saranno, tuttavia, oggetto della nostra analisi, in questo breve saggio.

Prima di entrare nella nostra analisi, ricordiamo che l'obiettivo del nuovo codice è quello di garantire la concessione della tutela giurisdizionale in un termine ragionevole e con una risoluzione appropriata delle controversie, in base alle esigenze attuali del paese.

2. – Senza dubbio, nella società moderna l'accesso alla giustizia non solo è garantito, ma è anche incentivato. In questa direzione, l'opera di Mauro Cappelletti e le nuove ondate innovatrici, di cui l'autore ha parlato, dimostrano con chiarezza l'evoluzione di tale quadro. Con la prima ondata, abbiamo avuto la garanzia dell'accesso alla giustizia per le persone meno abbienti, ciò che è stato ottenuto, in Brasile, attraverso l'istituzione della giustizia gratuita e la creazione dell'ufficio del Difensore Pubblico. La seconda ondata ha avuto il merito di predisporre la tutela giurisdizionale dei diritti collettivi *lato sensu* e, più in particolare, dei diritti dei consumatori e il diritto dell'ambiente, creando, a tal fine, gli strumenti processuali per tutelare questi diritti, come l'azione popolare, l'azione

civile pubblica, l'azione collettiva e il *mandado de segurança* collettivo. Infine, la terza ondata ha garantito l'accesso e l'effettività della giustizia, attraverso, in primo luogo, la creazione dei *Juizados* speciali (prima chiamati *Juizados* di piccole cause) e, in secondo luogo, con la valorizzazione dei mezzi alternativi di composizione delle controversie.

In questa terza e ultima ondata, dando effettività alle norme processuali, si cerca di fare del processo un reale strumento per la concretizzazione dei diritti delle parti. Attualmente ci troviamo in questa fase⁽²⁾.

Senza dubbio le ondate innovatrici sono state e sono fondamentali per lo sviluppo della giustizia in tutto il mondo. Nel frattempo, quale effetto riflesso di tale tendenza, si è avuto, in particolare in Brasile, un aumento rilevante del numero delle nuove domande proposte dinanzi agli organi giurisdizionali.

Per illustrare la questione, in base alla Relazione presentata dal Consiglio Nazionale di Giustizia nel 2017 e intitolata «Giustizia in Numeri» («*Justiça em Números*»), se gli organi giurisdizionali brasiliani non riceversero nuovi processi e si dedicassero solo a decidere quelli pendenti al 31 dicembre 2016, dovrebbero, comunque, lavorare per due anni e otto mesi. In base alla menzionata ricerca, nel 2016 risultano essere pendenti all'incirca 109 milioni di processi.

Malgrado ogni tipo di sforzo del c.p.c. del 2015, dovremo pensare e ripensare ad altre soluzioni e ciò in un breve spazio di tempo. In poco tempo, avremo più automobili che strade, più processi rispetto alla popolazione brasiliana (ricordiamo che ogni processo ha almeno due parti). Sappiamo che una delle migliori caratteristiche dei brasiliani è la loro creatività e la loro capacità di affrontare situazioni sfavorevoli. In questo quadro, oltre a studiare e analizzare il c.p.c. del 2015, noi processualisti dovremo pensare, fin d'ora, a nuove soluzioni: l'incentivo alla conciliazione e alla mediazione pre-processuale, la degiurisdizionalizzazione degli atti processuali (compresa la fase della esecuzione forzata) e l'utilizzo prioritario del processo collettivo.

Le descritte ondate innovatrici, insieme alle garanzie dei diritti contenuti nella Costituzione Federale del 1988, costituiscono uno dei principali motivi per i quali il Potere giudiziario subisce un aumento progressivo,

(2) In questo senso, si veda la Risoluzione n.125/10 del Consiglio Nazionale Giudiziario (CNJ): «*CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas*», pubblicata in http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf.

durante gli ultimi anni, del numero di domande proposte⁽³⁾. Ciò nonostante, sussistono altre ragioni che spiegano l'enorme numero di processi pendenti davanti ai giudici brasiliani, tra cui ricordiamo le più importanti: 1) il consumo e l'economia di massa, in cui la maggior parte dei prodotti e dei servizi sono di facile accesso alla generalità della popolazione; 2) una più ampia conoscenza dei cittadini rispetto ai propri diritti; 3) delle prestazioni inesatte da parte del servizio pubblico; 4) un aumento del numero di avvocati che sono, attualmente in Brasile, più di un milione; 5) la divulgazione dell'esistenza di controversie di massa ad opera dei mass media; 6) la mancanza di un'organizzazione giudiziaria, nell'intero territorio nazionale, che dia priorità assoluta alla decisione delle azioni collettive; 7) l'impossibilità di utilizzare il processo collettivo nella maggioranza dei casi, per varie ragioni (l'inammissibilità delle azioni collettive contro la pubblica amministrazione in molte ipotesi); 8) la litigiosità della stessa pubblica amministrazione.

Allo stesso tempo, si deve ricordare che la mancanza di una giurisprudenza uniforme rende la litigiosità attrattiva, dal momento in cui molte domande vengono proposte come un «biglietto della lotteria», sul quale la parte «scommette» che da quella lite possa ottenere un vantaggio economico inaspettato; fenomeno che diviene più grave nei casi in cui l'attore gode del diritto al gratuito patrocinio, in cui la mancata vittoria non comporta nessun onere. Questo famigerato comportamento viene denominato come «giurisprudenza a lotteria»⁽⁴⁾.

Pertanto, negli ultimi anni, la giustizia brasiliana è stata caratterizzata da una crescente litigiosità e dalla presenza di una «giurisprudenza a lotteria» e non uniforme. Questi fatti non sono stati ignorati dal legislatore, il quale già si era preoccupato con la questione e aveva presentato delle proposte di soluzione anche prima dell'elaborazione del c.p.c. del 2015.

3. – Sebbene il c.p.c. del 2015 sia un testo molto avanzato rispetto alla creazione di istituti giuridici tendenti a valorizzare e uniformizzare la giurisprudenza, anche attribuendo effetti vincolanti alle decisioni giurisdizionali, non dobbiamo dimenticare che delle misure, tendenti ad utilizzare la

⁽³⁾ Si veda lo studio «*Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*», effettuato dal Consiglio Nazionale di Giustizia del 2009, disponibile in http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf.

⁽⁴⁾ Si veda, in proposito, C.R. Dinamarco, *Decisões vinculantes*, in *Revista de processo* 2000, n. 100, 171. Per l'analisi dei precedenti nell'ordinamento italiano, rinviamo a B. Cavallone, *Sulla citazione dei «precedenti» negli scritti forensi italiani*, in questa *Rivista* 2018.

giurisprudenza come parametro per l'elaborazione delle decisioni (specialmente in cause ripetitive), erano già presenti nel nostro sistema giuridico⁽⁵⁾.

Già nel 1963, su richiesta del giudice Victor Nunes Leal (all'epoca responsabile per l'elaborazione delle massime di giurisprudenza, chiamate *súmulas*, in Brasile), l'art. 15, inciso IV, del Regolamento Interno del Supremo Tribunale Federale, venne alterato al fine di inserirvi la competenza del giudice relatore per dichiarare l'inammissibilità del ricorso straordinario o dell'impugnazione, denominata *agravo de instrumento*, «indicando il corrispettivo numero della *súmula*». Tale dispositivo venne molto criticato all'epoca e venne presto abrogato⁽⁶⁾.

Successivamente, il c.p.c. del 1973 introdusse nel sistema processuale l'incidente di uniformizzazione della giurisprudenza, agli articoli 476 a 479. Anche tale istituto fu oggetto di critiche da parte della dottrina dell'epoca e venne poco usato nella pratica⁽⁷⁾.

Nel 1990 venne approvata la legge n. 8038/90, la quale, all'art. 38, disponeva espressamente: «il giudice relatore del Supremo Tribunale Federale o del Superiore Tribunale di Giustizia (...) non darà prosecuzione all'istanza o all'impugnazione (...) in caso di contrarietà, nelle questioni prevalentemente di diritto, con una *súmula* del rispettivo Tribunale». In tal modo, la *súmula* poteva essere posta a fondamento della dichiarazione di inammissibilità di un'impugnazione⁽⁸⁾.

In seguito, la legge n. 9139 del 1995 aveva modificato la prima parte dell'art. 557 c.p.c. del 1973, al fine di permettere al giudice relatore del tribunale di secondo grado (organo simile alla corte d'appello italiana) di non dare prosecuzione all'impugnazione, qualora quest'ultima fosse in contrasto con una *súmula* del rispettivo tribunale o con una *súmula* di un tribunale superiore. Inoltre, la legge n. 9756 del 1998 aveva modificato nuovamente la prima parte dell'art. 557 e inserito anche un § 1°-A, rafforzando i poteri del giudice relatore del tribunale.

Poco tempo dopo, la valorizzazione della giurisprudenza venne inserita anche nella Costituzione, con l'introduzione della regola dell'efficacia

⁽⁵⁾ Sul punto si veda, A. Alvim, *Novo contencioso cível no CPC/15*, San Paolo 2016, 521-522.

⁽⁶⁾ Si veda, nuovamente, C.R. Dinamarco, *Decisões vinculantes*, cit., 172.

⁽⁷⁾ In questa direzione, si rinvia alle critiche formulate all'istituto T. Pará Filho, *A chamada «Uniformização da Jurisprudência»*, in *Revista de Processo* 1976, n. 1, 71 ss.

⁽⁸⁾ J.R. Cruz e Tucci, *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*, in Daniel Mitidiero; Guilherme Rizzo Amaral (a cura di), *Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*, San Paolo 2012, 248 ss.

vincolante delle decisioni emanate in sede di controllo concentrato di costituzionalità, nonché con l'inserimento della *súmula* vincolante nel sistema giuridico, rispettivamente previste all'art. 102, § 2°, e all'art. 103-A Cost., come modificati dalla riforma costituzionale n. 45/2004, relativi al Supremo Tribunale Federale⁽⁹⁾. Deve essere sottolineato che la vincolatività delle menzionate decisioni riguarda non solo gli organi del potere giudiziario, ma anche la pubblica amministrazione.

Altre riforme vennero approvate, tra cui ricordiamo: la legge n. 11276 del 2006 che, al §1° dell'art. 518 del c.p.c. del 1973, aveva introdotto la «*súmula impeditiva de recurso*»; la medesima legge aveva introdotto, tra l'altro, la possibilità per il giudice di primo grado di applicare i suoi propri precedenti per rigettare la domanda dell'attore, prima della citazione del convenuto (art. 285-A); la legge n. 11418 del 2006, che aveva disciplinato gli istituti della «ripercussione generale» del ricorso straordinario (già previsto all'art. 102, § 3°, Cost., come modificato dalla riforma n. 45/2004), nonché del ricorso straordinario ripetitivo, di cui rispettivamente agli artt. 543-A e 543-B c.p.c. del 1973; la legge n. 11672 del 2008, che aveva inserito, all'art. 543-C c.p.c. del 1973, il ricorso speciale ripetitivo; la legge n. 12322 del 2010, che aveva modificato l'art. 544 c.p.c. del 1973, aumentando i poteri del giudice relatore rispetto alla pronuncia di inammissibilità del ricorso speciale o del ricorso straordinario.

Quindi, grazie a questa breve sintesi sull'evoluzione normativa del sistema processuale, possiamo evincere che non è una novità l'idea di valorizzare la giurisprudenza e di incentivare l'emanazione di decisioni uniformi, qualora sussista un reiterato orientamento dei tribunali, in particolare di quelli superiori, come il Supremo Tribunale Federale e il Superiore Tribunale di Giustizia⁽¹⁰⁾. In questa direzione, il c.p.c. del 2015 non ha fatto altro che seguire la tendenza attuale e in corso, attribuendo un'efficacia vincolante, a gradi diversi, ad alcune decisioni che la dottrina aveva iniziato a qualificare come precedente.

In realtà, l'espressione «precedenti» nel sistema giuridico brasiliano indica delle decisioni emanate da differenti organi giurisdizionali. Si pensi, ad esempio, agli enunciati di *súmulas*, vincolanti o persuasive, alle decisioni

⁽⁹⁾ Si tratta della prima volta in cui è sorto, nel sistema brasiliano, l'uso dell'espressione efficacia vincolante, come ricorda F.N. Andrighi, *Recursos repetitivos*, in *Revista de Processo* 2010, n. 185, 267 ss.

⁽¹⁰⁾ F.N. Andrighi, *Recursos repetitivos*, cit., 266, la quale ricorda che questi ipotesi normative indicano che il sistema processuale brasiliano già era direzionato verso il riconoscimento della vincolatività delle decisioni.

giudiziali, ripetute o con possibilità di esserlo, oppure alle decisioni rese nell'ambito del controllo concentrato di costituzionalità. Tutto ciò si desume, chiaramente, dalla redazione dell'art. 927 c.p.c. del 2015.

4. – Il c.p.c. si fonda su alcune premesse, tra cui quella di eliminare alcune ipotesi chiamate «giurisprudenza difensiva» dei tribunali, come ad esempio: il divieto di considerare che un'impugnazione sia stata proposta fuori termine, qualora sia stata presentata prima dell'inizio del decorso del termine per impugnare (c.d. tardività dell'impugnazione per «prematarietà»), come disposto dall'art. 218, § 4°, c.p.c.; il divieto di dichiarare la «diserzione» della parte dal processo, prima di averla intimata a completare il pagamento delle spese processuali, come disposto dall'art. 1007, § 2°, c.p.c. Altri formalismi, introdotti dalla giurisprudenza solo per dichiarare inammissibile l'impugnazione, sono stati eliminati dal codice del 2015, ma i limiti di questo scritto non ci permettono di approfondire questo aspetto.

In contrappartita al superamento della «giurisprudenza difensiva», il c.p.c. del 2015 ha introdotto dei meccanismi che rendono più difficile o che, comunque, disincentivano le parti ad avvalersi di un accesso illimitato e indiscriminato ai tribunali (di secondo grado e a quelli superiori). Tra questi, possiamo ricordare: la valorizzazione e l'applicazione della giurisprudenza uniforme e vincolante (artt. 926 e 927); la possibilità di instaurare l'incidente di avocazione di competenza per fissare la tesi vincolante in casi futuri (art. 947); l'elenco tassativo di decisioni impugnabili con l'impugnazione dell'*agravo de instrumento* (art. 1015); la maggiorazione degli onorari nelle fasi di impugnazione (art. 85, §11); in questo contesto, possiamo anche inserire la creazione o la valorizzazione di istituti tendenti a sospendere o decidere domande ripetitive, come l'incidente di risoluzione di domande ripetitive e i ricorsi ripetitivi sia straordinario che speciale (art. 928). Il tema dei ricorsi ripetitivi sarà successivamente approfondito nel corso di questo scritto.

Nell'art. 926 c.p.c., che apre il libro dedicato ai processi nei tribunali, viene disposto che «i tribunali devono uniformizzare la loro giurisprudenza e mantenerla stabile, integra e coerente». Grazie alla richiamata disposizione, possiamo affermare che il nuovo codice non tollera più l'esistenza di posizioni diverse sulla stessa materia all'interno dello stesso tribunale, ciò che potrebbe accadere prevalentemente in ragione delle particolari condizioni di giudici che si rifiutano di seguire l'orientamento del tribunale rispetto ad un determinato tema, provocando, in tal modo, la violazione del principio della certezza del diritto e andando in contrasto con l'orien-

tamento adottato dallo stesso organo giurisdizionale ai quali i magistrati appartengono⁽¹¹⁾.

Spingendosi oltre, l'art. 927 c.p.c. stabilisce: «i giudici e i tribunali osserveranno», indicando, quindi, a quali decisioni viene attribuito carattere vincolante. Si tratta, in particolare, delle decisioni emanate nell'ambito del controllo concentrato di costituzionalità, della *súmula* vincolante, di quelle rese nell'ambito dell'incidente di avocazione di competenza, nonché dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive, dei ricorsi ripetitivi straordinario e speciale, delle *súmulas* del Supremo Tribunale Federale e del Superiore Tribunale di Giustizia e, infine, dell'orientamento dell'organo plenario o di quello speciale, al quale sono vincolati giudici e tribunali.

Oltre alle descritte ipotesi, possiamo ricordarne altre, in cui – direttamente o indirettamente – si dovrà rispettare la giurisprudenza.

La prima di queste ipotesi riguarda la proposizione dell'eccezione di incostituzionalità nell'ambito del controllo diffuso, di cui all'art. 949, paragrafo unico, c.p.c., in base al quale le sezioni dei tribunali non devono rimettere all'assemblea plenaria o ad un organo speciale la decisione su tale eccezione, quando questi ultimi si sono già pronunciati sulla questione, ciò che costituisce una deroga alla regola di competenza dell'assemblea plenaria (art. 97 Cost. e *súmula* vincolante n. 10 del Supremo Tribunale Federale).

La seconda ipotesi, tendente a far rispettare l'orientamento della giurisprudenza, consiste nel motivo di impugnazione per revocazione (denominata azione rescissoria) di cui all'art. 966, V, §§ 5° e 6°, che prevede l'ipotesi della manifesta violazione di una norma giuridica, in base al quale è impugnabile la decisione fondata in un enunciato di *súmula* o in una sentenza pronunciata nell'ambito del giudizio di casi ripetitivi (o di impugnazioni ripetitive), in cui non sia stata considerata la distinzione tra la questione oggetto del processo, che ha dato luogo alla decisione impugnata, e la pronuncia paradigma emanata nel caso ripetitivo.

Inoltre, in questa direzione, ricordiamo il reclamo (disciplinato dagli articoli 988-993) che, attualmente, è divenuto non solo uno strumento utilizzato per le questioni costituzionali, ma anche un mezzo per garantire la competenza dei tribunali e l'autorità delle loro decisioni, nonché per far rispettare le *súmulas* vincolanti e le decisioni del Supremo Tribunale Federale nell'ambito del controllo concentrato di costituzionalità. La grande

⁽¹¹⁾ Su questo punto, sia permesso di rinviare a P.H. dos Santos Lucon, *Relação entre demandas*, Brasília 2016, 216.

novità è che, attualmente, lo strumento processuale del reclamo è diretto anche a tutelare il rispetto della sentenza emanata nell'ambito del giudizio di incidente di risoluzione di domande ripetitive o dell'incidente di avocazione di competenza⁽¹²⁾.

Parimenti in materia di rispetto dell'orientamento della giurisprudenza, dobbiamo menzionare il caso della tutela di evidenza, che viene concessa dal giudice quando le allegazioni di fatto possono essere provate solo con prove documentali e sussiste una tesi giurisprudenziale oggetto di un giudizio di casi ripetitivi o di una *súmula* vincolante (art. 311, II, c.p.c.). In tal caso, il giudice potrà pronunciare la tutela di evidenza anche prima dell'instaurazione del contraddittorio (art. 9, paragrafo unico, II, c.p.c.).

Anche l'istituto del rigetto preliminare della domanda risente della valorizzazione dei precedenti, dal momento in cui le quattro ipotesi, descritte dall'art. 332, nelle quali potrà essere pronunciato il rigetto della pretesa, riguardano casi in cui sussiste un orientamento consolidato dei tribunali. Ricordiamo, in particolare, la seconda delle ipotesi, di cui all'art. 332, che riguarda il caso della sentenza emanata dal Supremo Tribunale Federale o dal Superiore Tribunale di Giustizia nell'ambito del giudizio di impugnazioni ripetitive.

Anche l'istituto della rimessione necessaria in secondo grado (che impone un ulteriore grado di giudizio in caso di condanna subita dalla pubblica amministrazione) risente l'influenza della valorizzazione dei precedenti, in quanto la rimessione non verrà applicata quando la sentenza pronunciata si è fondata su una decisione emanata dal Supremo Tribunale Federale o dal Superiore Tribunale di Giustizia nell'ambito del giudizio di impugnazioni ripetitive, oppure si è fondata su un orientamento elaborato nell'ambito dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive o di avocazione di competenza (art. 496, § 4°, I, II e III, c.p.c.).

Una ulteriore incidenza del sistema dei precedenti si rinviene per l'esecuzione provvisoria della sentenza, nella misura in cui la parte non dovrà prestare cauzione quando la decisione, di cui si chiede l'esecuzione, è conforme ad una *súmula* del Supremo Tribunale Federale o del Superiore Tribunale di Giustizia o ad una decisione emanata nell'ambito del giudizio di casi ripetitivi (art. 521, IV, c.p.c.).

Infine, il codice stabilisce che il giudice relatore ha il potere (con decisione monocratica) di dichiarare infondata l'impugnazione proposta,

⁽¹²⁾ R.R. Rodrigues, *Reclamação. Origem e novas perspectivas*, in *Revista forense* 2016, n. 424, 333 ss.

se questa risulta essere in contrasto con un precedente, anche quello emanato nell'ambito del giudizio di impugnazioni ripetitive (art. 932, IV, c.p.c.).

Possiamo, pertanto, osservare che molti istituti processuali risentono della valorizzazione dei precedenti, tra cui rientrano anche le decisioni elaborate nell'ambito delle impugnazioni ripetitive. In questa direzione, i precedenti permettono non solo di liberare il sistema giudiziario da processi in cui si discutono questioni già decise, ma consentono anche di facilitare l'attività del giudice rispetto a domande ripetitive e evitare, quindi, l'emanazione di decisioni distinte in casi analoghi, al fine di garantire la certezza del diritto⁽¹³⁾.

5. – È possibile individuare una similitudine tra la Corte Costituzionale e il Supremo Tribunale Federale brasiliano («STF»), da un lato, e tra la Corte di Cassazione e il Superiore Tribunale di Giustizia brasiliano (il «STJ»), dall'altro lato. Tuttavia, in Brasile, tutti i Tribunali Superiori decidono su questioni concrete; non abbiamo un sistema simile a quello italiano, dove la Corte Costituzionale decide soltanto tesi giuridiche nell'ambito del controllo della costituzionalità delle leggi. Dal canto loro, il «STF» e il «STJ» brasiliani giudicano casi concreti, in base alle impugnazioni proposte dalle parti, e allo stesso tempo decidono sulla corretta interpretazione a esse data alla Costituzione Federale («STF») e alla legislazione federale («STJ»).

Come noto, gli istituti del ricorso straordinario ripetitivo e del ricorso speciale ripetitivo non costituiscono delle novità introdotte dal codice del 2015⁽¹⁴⁾, trattandosi di meccanismi processuali già previsti dal codice del 1973, agli articoli 543-B e 543-C.

Fin dalla loro introduzione nel sistema brasiliano, i richiamati istituti si caratterizzano, in particolare, per due aspetti: la capacità di dare un trattamento uniforme per i diritti individuali omogenei; l'idoneità a influenzare non solo i processi futuri, ma anche e principalmente i processi pendenti. Risulta chiaro, quindi, che la decisione delle impugnazioni ripe-

⁽¹³⁾ Sul punto, rinviamo alle considerazioni di S.M. Kozikoski, *O «novo» juízo de admissibilidade do recurso especial e extraordinário*, in *Novo CPC doutrina selecionada*, vol. 6, coordinamento generale F. Didier Júnior, organizzatori L. Buriel de Macêdo e altri, Salvador 2016, 1032 ss.

⁽¹⁴⁾ Si veda A. Alvim, *Novo contencioso cível no CPC/15*, San Paolo 2016, 540, secondo cui: «*Esse procedimento cumpre dois objetivos: primeiramente, evita a remessa de numerosos recursos repetitivos aos Tribunais Superiores; em segundo lugar, propicia a uniformização da jurisprudência sobre determinada matéria de direito federal ou constitucionais*».

titive non consente di tutelare i diritti diffusi, poiché la sua incidenza riguarda solo quelle ipotesi in cui si verifica una omogeneità giuridica⁽¹⁵⁾. Allo stesso modo del processo collettivo, gli istituti dei ricorsi ripetitivi consacrano l'importanza che deve essere attribuita alle decisioni delle Corti Superiori, nella misura in cui mirano ad evitare il cambiamento di tesi giuridiche da applicarsi in casi identici e, allo stesso tempo, perseguono il quadrinomio della uguaglianza, certezza del diritto, economia processuale e rispettabilità delle decisioni⁽¹⁶⁾.

In questo paragrafo, la nostra proposta è quella di effettuare una lettura congiunta delle disposizioni che disciplinavano i ricorsi ripetitivi nel codice del 1973 e di quelle che li disciplinano nel codice del 2015, mettendo in luce le principali modificazioni. Nel paragrafo successivo, analizzeremo le nuove disposizioni, ossia quelle del c.p.c. del 2015 che non trovano corrispondenza in quelle del 1973.

La prima osservazione che merita di essere fatta riguarda la scelta (corretta) del legislatore di procedere all'unificazione dei procedimenti del ricorso straordinario ripetitivo e di quello speciale ripetitivo, disciplinati rispettivamente agli artt. 543-B e 543-C c.p.c. del 1973 e che sono attualmente contenuti agli artt. da 1036 a 1041 del c.p.c. del 2015.

Inoltre, l'art. 1036, nella sua prima parte, comincia la regolamentazione dell'istituto disponendo che questo si applica sempre qualora si abbia una molteplicità di ricorsi straordinari o speciali che si fondano su un'identica questione di fatto o di diritto. Quindi, ci dovrà essere una quantità considerevole di ricorsi, non bastando una pluralità di questi, oltre all'identità della questione di diritto, in ragione del fatto che obiettivo dell'istituto in esame è quello, prima di tutto, di permettere lo svolgimento della funzione nomofilattica delle Corti di vertice⁽¹⁷⁾. La richiamata disposizione prosegue stabilendo che in tale ipotesi verrà pronunciata la decisione del riconoscimento della molteplicità dei ricorsi ripetitivi con identico fondamento, denominata decisione di «*afetação*»⁽¹⁸⁾, in base a quanto

(15) Si veda sul punto L.G. Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 4° ed., San Paolo 2016, 332, secondo cui «*o que realmente diferencia o recurso repetitivo é o fato dele constituir mecanismo voltado à criação de um precedente especialmente preocupado com casos pendentes, ao passo que os precedentes, em si, miram os casos futuros, objetivando dar tutela à previsibilidade no direito*».

(16) P.H. dos Santos Lucon, *Relação entre demandas*, cit., 216.

(17) Si veda R.V.B. Cueva, *Técnica de julgamento dos recursos repetitivos e a constitucionalidade das decisões vinculativas e outras novidades do NCPC*, in *Revista de processo* 2016, n. 257, 315.

(18) Ricordano N. Nery Jr.; R.M. de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, San Paolo 2015, 2212, che la decisione di «*afetação é aquela por meio da qual o STJ ou*

disposto dal regolamento interno del Supremo Tribunale Federale e del Superiore Tribunale di Giustizia. La parte finale dell'art. 1036 c.p.c. del 2015 è simile all'art. 543-C, § 9°, c.p.c. del 1973.

L'art. 1036, § 1°, stabilisce che il presidente o il vice-presidente del tribunale di giustizia o del tribunale regionale federale selezionerà due o più ricorsi rappresentativi della controversia. A questo proposito, sottolineiamo la presenza di una piccola, ma sostanziale, differenza con quanto disposto dal codice del 1973, agli artt. 543-B e 543-C, nei quali si parlava della selezione di uno o più ricorsi e, nella pratica, veniva selezionato solo un ricorso con alto elemento di pregiudizialità rispetto agli altri⁽¹⁹⁾. Riteniamo, infatti, che la completezza della conoscenza della controversia richieda spesso l'analisi di due o più ricorsi.

Il § 1° dell'art. 1036 stabilisce che tali ricorsi selezionati saranno indirizzati al Supremo Tribunale Federale o al Superiore Tribunale di Giustizia; tutti i processi, individuali o collettivi, pendenti nello Stato o nella regione verranno sospesi. Al contrario, il paragrafo primo degli artt. 543-B e 543-C indicava solo la sospensione degli altri ricorsi, dando adito all'interpretazione, secondo cui si dovevano sospendere solo i ricorsi straordinari e speciali, senza nessuna conseguenza per gli altri processi che si trovavano in fasi processuali diverse. Riteniamo che tale interpretazione non era adeguata, visto che la funzione dell'istituto dei ricorsi ripetitivi è quella di unificare l'orientamento di una questione che deve essere giudicata.

Effettuando solo una modificazione della redazione della disposizione, ma non alterandone il contenuto, l'art. 543-B, § 2°, c.p.c. del 1973⁽²⁰⁾, è stato riportato nell'art. 1039, paragrafo unico, c.p.c. del 2015, secondo cui qualora il Supremo Tribunale Federale ritenga non sussistente la condizione della ripercussione generale del ricorso straordinario selezionato, gli altri ricorsi straordinari, la cui decisione era stata sospesa, saranno automaticamente considerati inammissibili.

Constatiamo, parimenti, una similitudine tra l'art. 543-B, § 4°, c.p.c. del 1973, e l'art. 1041 c.p.c. del 2015, secondo cui, dopo la decisione del

o STF reconhecem a existência de multiplicidade de recursos com idêntico fundamento de direito. Por meio da decisão de afetação, fica delimitada a questão que permeia todos os recursos extraordinários ou especiais tidos como repetitivos. Tal decisão conecta todos esses recursos, já que providenciará uma mesma solução para a mesma questão que todos discutem».

⁽¹⁹⁾ Si veda sul punto A. do Passo Cabral, *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*, in *Revista de processo* 2014, n. 231, 212.

⁽²⁰⁾ Si veda J.R. Cruz e Tucci, *O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil*, San Paolo 2010, 137 ss.

ricorso selezionato, se l'organo giurisdizionale inferiore decide per il mantenimento della propria decisione in contrasto con la tesi adottata nel ricorso selezionato, l'impugnazione anteriormente sospesa dovrà essere rimessa, a seconda dei casi, al Supremo Tribunale Federale o al Superiore Tribunale di Giustizia per la decisione del ricorso e l'applicazione della tesi giuridica. La redazione del dispositivo del c.p.c. del 1973 era migliore di quella del codice attualmente in vigore, nella misura in cui la disposizione anteriormente vigente permetteva alla Corte di vertice di cassare o riformare, in via preliminare, la sentenza contraria alla tesi giuridica adottata.

Non è stato, invece, riprodotto, nel c.p.c. del 2015, l'art. 543-B, § 5°, c.p.c. del 1973 relativo all'analisi del requisito della ripercussione generale nel ricorso straordinario. Avendo il c.p.c. del 2015 unificato il procedimento per la decisione del ricorso straordinario e di quello speciale, il legislatore non ha voluto riprodurre la disposizione sull'analisi del requisito della ripercussione generale, visto che si tratta di un elemento che non viene richiesto per l'ammissibilità del ricorso speciale.

Presenta una parziale corrispondenza l'art. 543-C, § 2°, c.p.c. del 1973, con l'art. 1037, II, c.p.c. del 2015, che riguardano la decisione che riconosce l'esistenza della molteplicità dei ricorsi con identico fondamento⁽²¹⁾ e la determinazione della sospensione degli altri processi. Nel c.p.c. del 2015 viene stabilito che si verificherà sicuramente la selezione e il rinvio dei ricorsi rappresentativi della controversia alla Corte di vertice, mentre nel c.p.c. del 1973 veniva previsto il caso in cui il tribunale di origine non avesse indirizzato il caso alla Corte. Ricordiamo, nuovamente, che il c.p.c. del 2015 prevede la sospensione dei processi, individuali e collettivi, pendenti nel territorio nazionale che riguardino la questione selezionata, mentre il codice del 1973 prevedeva la sospensione solo dei processi pendenti in secondo grado. L'ambito di applicazione della sospensione nel nuovo c.p.c. è, quindi, molto più ampio rispetto a quello del codice anteriore⁽²²⁾. Riteniamo che la sospensione dei processi fino alla decisione del ricorso ripetitivo costituisca, tuttavia, un'ipotesi di flagrante diniego di giustizia, in quanto innumerevoli saranno le parti che dovranno aspettare per ottenere la tutela giurisdizionale che, comunque, deve essere data in base al principio della ragionevole durata, in ossequio alla disposizione costituzionale, di cui all'art. 5°, LXXVIII, Cost. Molti casi, oggetto di ricorsi ripetitivi, sono

(21) Si veda M. Bonetti Couto, *Arts. 1.036 a 1.041*, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordinato da A. de Assis e altri, San Paolo 2016, 1212.

(22) In materia, si veda F.C. Jorge, *Arts. 1.036 a 1.041*, in *Código de Processo Civil anotado*, coordinato da J.R. Cruz e Tucci e altri, 1° ed., Rio de Janeiro 2016, 1430 ss.

sospesi da diversi anni, ciò che ha sollevato delle giuste critiche da parte dei cittadini. Ricordiamo, altresì, che la sospensione dei processi per durata indeterminata, in applicazione dell'istituto dei ricorsi ripetitivi, si discosta dal regime generale della sospensione adottato dal c.p.c. del 2015 in altri casi analoghi, in cui viene stabilito il limite temporale di un anno, come accade, ad esempio, per la sospensione in ragione della pregiudizialità esterna (art. 313, V, a e § 4°) e nell'ambito dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive (art. 313, IV, e art. 980, prima parte e paragrafo unico).

L'art. 543-C, § 3°, c.p.c. del 1973, e l'art. 1038, III, § 1°, c.p.c. del 2015, regolano la richiesta di informazioni sulla controversia che viene inviata dal giudice relatore del Tribunale di vertice, chiamato a decidere il ricorso ripetitivo, al tribunale di secondo grado⁽²³⁾; quest'ultimo dovrà presentare tutti gli elementi che ritiene pertinenti per la decisione della causa, indicando i possibili argomenti favorevoli e contrari all'accoglimento del ricorso ripetitivo, alla quantità di processi sospesi, nonché alla quantità di decisioni di merito pronunciate dal tribunale sulla stessa materia e le altre decisioni ritenute pertinenti⁽²⁴⁾. Il c.p.c. del 2015 mantiene il termine di quindici giorni e aggiunge che gli atti saranno realizzati, se possibile, in via telematica, al fine di aumentare la celerità e l'economia processuale, in particolare nella comunicazione tra organi giurisdizionali.

Con un medesimo approccio, l'art. 543-C, § 4°, c.p.c. del 1973 e l'art. 1038, I, c.p.c. del 2015, disciplinano la questione dell'intervento di persone, organi o enti con interesse nella controversia. Secondo una parte importante della dottrina, il richiamato intervento costituisce l'applicazione dell'istituto dell'*amicus curie* durante il giudizio sul ricorso ripetitivo⁽²⁵⁾. In tal caso, gli intervenienti dovranno allegare dei punti e delle questioni ancora non dedotte nei ricorsi ripetitivi, al fine di ampliare l'oggetto della discussione.

Deve essere sottolineato che nel c.p.c. del 2015, il giudice relatore nella Corte di vertice non svolge più un ruolo di agente passivo del processo, avendo acquisito compiti più attivi. Il giudice, infatti, non si limita ad ammettere gli interventi, poiché può ora sollecitare la manifestazione di

⁽²³⁾ Si rinvia a N. Nery Jr.; R.M. de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., 2207.

⁽²⁴⁾ Si veda D. Nunes e altri, *Arts. 1036 a 1.041*, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, a cura di L.L. Streck, D. Nunes e L. Carneiro da Cunha, San Paolo 2016, 1387.

⁽²⁵⁾ In senso contrario, si veda N. Nery Jr.; R.M. de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., 2215.

un interveniente interessato, quando lo ritiene pertinente in ragione della materia.

L'intervento del pubblico ministero era previsto dall'art. 543-C, § 5°, c.p.c. del 1973 e passa ora ad essere regolato dall'art. 1038, III e § 1°, c.p.c. del 2015. Tale disposizione deve essere interpretata congiuntamente con gli artt. 176 e 178 c.p.c. del 2015, che trattano dell'attuazione del pubblico ministero come organo che garantisce il rispetto della legge e come interveniente necessario. Non sembra che l'intervento del p.m. sia obbligatorio in tutti i casi di decisione di ricorsi ripetitivi, in quanto trattandosi di diritti individuali e disponibili non sarà necessario ascoltare il suo parere. Il termine per l'intervento del p.m. è sempre di quindici giorni, anche sotto la vigenza del c.p.c. del 2015.

Decorso il termine concesso al p.m. per la presentazione delle sue osservazioni, il giudice relatore del ricorso ripetitivo lo invia agli altri giudici, richiedendo la sua discussione in udienza. La discussione sul ricorso ripetitivo ha un carattere prioritario, tranne rispetto alla parte detenuta e alle richieste di *habeas corpus* (art. 1.038, § 2, c.p.c. del 2015 corrispondente all'art. 543-C, § 6°, c.p.c. del 1973).

Gli artt. 543-B, § 3°, e 543-C, § 7°, I e II e § 8°, c.p.c. del 1973, e l'art. 1.040, I e II, c.p.c. del 2015 disciplinano la fase processuale che segue all'emanazione della sentenza paradigma e si presentano due soluzioni: il tribunale inferiore (ossia il suo presidente o vice-presidente) non darà prosecuzione ai ricorsi speciali e straordinari sospesi, qualora la sentenza impugnata sia conforme all'orientamento del tribunale superiore; il tribunale inferiore potrà riesaminare il processo o l'impugnazione anteriormente decisa, nel caso in cui la sentenza sia contraria all'orientamento del tribunale superiore.

Le novità introdotte dal c.p.c. del 2015 in materia di ricorsi ripetitivi non sono molte, ma sono comunque rilevanti. Si tratta, infatti, non solo delle regole relative al procedimento e alla decisione dei ricorsi, ma anche di norme sparse che riguardano l'istituto, alcune delle quali già sono state presentate anteriormente, tra cui: l'efficacia vincolante delle decisioni in materia di ricorsi ripetitivi, in quanto precedenti (art. 927, III); l'impugnabilità con la revocazione della decisione basata in un enunciato di *súmula* o di sentenza emanata nell'ambito di un caso ripetitivo (quindi anche nell'ambito di un ricorso ripetitivo), qualora tale decisione non abbia considerato l'esistenza di una distinzione con il caso concreto (art. 966, §§ 5° e 6°); il reclamo che, prima della legge n. 13256 del 2016, era ammissibile per garantire l'osservanza del precedente emanato nell'ambito di casi ripetitivi (redazione abrogata dell'inc. IV dell'art. 988); la possibilità

di concedere la tutela di evidenza (art. 311, II), senza la previa instaurazione del contraddittorio (art. 9°, paragrafo unico, II) nelle cause il cui oggetto sia stato deciso con un ricorso ripetitivo; la possibilità di dichiarare il rigetto preliminare della domanda in quelle cause il cui oggetto sia già stato deciso in un ricorso ripetitivo (art. 332, II); l'inapplicabilità della rimessione necessaria (art. 496, § 4°, I, II e III); la deroga alla necessità di prestare una cauzione provvisoria (art. 521, IV); il potere del giudice relatore di rigettare (art. 932, IV, lett. a e lett. c) o di accogliere l'impugnazione (art. 932, V, lett. a e lett. c), attraverso una decisione monocratica.

Successivamente, saranno presentate situazioni processuali relative al procedimento e alla decisione di ricorsi ripetitivi ed anche altre disposizioni del c.p.c. del 2015, che dimostrano l'attuale importanza dell'istituto in esame.

6. – Prima di procedere all'analisi delle novità legislative sui ricorsi ripetitivi, avvertiamo il lettore che verranno prese in considerazione solo le novità più rilevanti.

La prima novità è contenuta nell'art. 1036, §§ 2° e 3°, c.p.c. del 2015, secondo cui la parte interessata può chiedere al presidente o al vice-presidente del tribunale di origine che il ricorso proposto fuori termine sia dichiarato inammissibile e non venga sospeso; il ricorrente ha, comunque, un termine di cinque giorni per manifestarsi su tale istanza, per dimostrare che il ricorso è stato proposto nei termini e, quindi, evitare che venga dichiarata la sua inammissibilità. Si tratta di una soluzione positiva e salutare, in quanto evita che dei processi rimangano pendenti nel tempo solo in ragione della presenza di un ricorso proposto fuori termine, specialmente quando si considera che i processi aventi ad oggetto la stessa questione rimarranno sospesi fino alla emanazione della decisione paradigma sul ricorso ripetitivo.

La seconda novità è contenuta nell'art. 1036, §§ 4°, 5° e 6°, c.p.c. del 2015, i quali, correttamente, eliminano il monopolio del tribunale di secondo grado nella scelta delle impugnazioni rappresentative della controversia, che vengono rimesse alle corti di vertice per la futura decisione di selezione del ricorso. In base alla nuova sistematica, la scelta dei ricorsi effettuata dai tribunali di secondo grado non vincola il giudice relatore delle corti di vertice, il quale potrà, infatti, selezionare altri atti di impugnazione rappresentativi della controversia. Tutti i ricorsi scelti e selezionati non si escludono tra di loro, sommandosi per l'analisi della controversia.

L'art. 1036, § 6°, adotta una proposta – già elaborata da tempo dalle Corti di vertice – secondo cui solo i ricorsi ammissibili che contengono una argomentazione ampia, rispetto alla questione da decidere, potranno essere selezionati e rimessi ai tribunali superiori⁽²⁶⁾. Se così non fosse, sarebbe un controsenso rinviare ai tribunali superiori dei ricorsi che non potrebbero essere decisi nel merito⁽²⁷⁾.

Una volta scelti i ricorsi, che saranno valutati per l'elaborazione della sentenza paradigma, il giudice relatore del tribunale superiore emana un provvedimento (denominato in lingua portoghese «*decisão de afetação*»), con il quale viene identificata con precisione la questione dedotta in giudizio, potendo anche chiedere ai tribunali inferiori di rimettere altri ricorsi rappresentativi della controversia (art. 1037, I e III, c.p.c.)⁽²⁸⁾.

Continuando la nostra analisi, l'art. 1038, II, c.p.c. permette al giudice relatore del ricorso ripetitivo di realizzare un'udienza pubblica per raccogliere il parere di persone con esperienza e conoscenza della materia. Si tratta di una modalità prevista anche dall'art. 927, § 2°, c.p.c. che denota quale sia l'importanza della realizzazione di un'udienza pubblica, per permettere la partecipazione di tutti i soggetti interessati al precedente da elaborare⁽²⁹⁾.

Un'altra novità si trova nell'art. 1038, § 3°, il quale – in base alla redazione voluta dalla legge n. 13256 del 2016 – dispone che il contenuto della sentenza paradigma riguarda solo l'analisi dei fondamenti rilevanti della tesi giuridica discussa e nulla di più. Tale disposizione, a nostro avviso, è criticabile. In effetti, il semplice fatto che la sentenza paradigma debba giudicare una tesi giuridica non solo applicabile ai ricorsi pendenti, ma anche a tutti i processi, pendenti e futuri, che versano su una determinata questione, costituisce un motivo sufficiente per richiedere la redazione di una motivazione completa e esaustiva, anche per scartare gli argomenti non rilevanti per la decisione. Ciò non significa che il tribunale superiore debba, comunque, valutare tutti gli argomenti dedotti, anche quelli totalmente assurdi e sproporzionati. Ma, d'altra parte, poiché la finalità dell'istituto dei ricorsi ripetitivi è quella di evitare l'emanazione di future decisioni divergenti sulla stessa materia, tale finalità sarà raggiun-

(26) Sulla scelta dei ricorsi rappresentativi, rinviamo a F.C. Jorge, *Arts. 1.036 a 1.041*, cit., 1429-1430.

(27) Sul punto, si veda F.N. Andriighi, *Recursos repetitivos*, cit., 270.

(28) Si veda L.G. Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, cit., 336.

(29) Sul punto, si rinvia a D. Nunes e altri, *Arts. 1036 a 1.041*, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha, São Paulo 2016, 1387.

ta se la sentenza paradigma è completa ed esaustiva nella sua motivazione: in tal modo non ci saranno dubbi rispetto alla interpretazione della questione che verrà applicata in casi analoghi⁽³⁰⁾.

L'art. 1039, nonostante costituisca una novità rispetto al c.p.c. anteriore, riprende una soluzione già pensata in relazione all'istituto dei ricorsi ripetitivi. Senza dubbio, una volta decisi i ricorsi ripetitivi selezionati, spetta agli organi collegiali dei tribunali superiori dichiarare inammissibili – per mancanza sopravvenuta di interesse – gli altri ricorsi, che hanno ad oggetto la stessa controversia, oppure deciderli applicando la tesi elaborata nella sentenza paradigma⁽³¹⁾.

Inoltre, è importante ricordare l'art. 1040, inc. III, secondo cui, una volta pubblicata la sentenza paradigma, i processi sospesi in primo e in secondo grado riprenderanno il loro corso per la decisione, applicando la tesi elaborata dal tribunale superiore.

Lo scopo dell'istituto dei ricorsi ripetitivi non è solo quello di fissare la tesi giuridica che sarà adottata in processi pendenti o futuri, ma anche quello di evitare la proposizione di nuove domande infondate o di incentivare la rinuncia all'azione⁽³²⁾. In questa direzione, la sentenza paradigma viene comunicata ad enti e autorità indipendenti; si permette, altresì, alle parti di rinunciare al processo, se verte su una questione identica a quella risolta nella sentenza paradigma (art. 1040). In tal caso, il codice prevede degli incentivi in relazione alle spese processuali per la parte che rinuncia.

Vista l'importanza dell'istituto in esame all'interno del sistema processuale brasiliano, altre disposizioni riguardano i ricorsi ripetitivi.

In questa direzione, ricordiamo che l'art. 927, § 3°, permette la modulazione degli effetti temporali della decisione che modifica una tesi elaborata nell'ambito di un giudizio su un ricorso ripetitivo. Sempre in caso di modificazione della tesi giuridica, il § 4° del medesimo articolo impone l'emanazione di una decisione con motivazione appropriata e specifica.

L'art. 928 stabilisce chiaramente che il ricorso ripetitivo appartiene alla categoria dei casi ripetitivi, indicando, altresì, che questi ultimi possono

⁽³⁰⁾ Sul punto, si rinvia a A. Alvim, *Novo contencioso cível no CPC/15*, cit., 543.

⁽³¹⁾ Si veda L.G. Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, cit., 286.

⁽³²⁾ Sul punto si veda J.I. Botelho de Mesquita e altri, *A repercussão geral e os recursos repetitivos. Economia, direito e política*, in *Revista de Processo* 2013, n. 220, 25 ss., secondo cui «é preciso estar atento ao fato de não ser impossível que a tese vencedora venha a ter um alcance bem maior do que o de limitar simplesmente o número de recursos relativos a uma mesma questão; pode chegar até mesmo a obstar a propositura de ações novas em primeiro grau de jurisdição».

avere ad oggetto una questione di diritto materiale o una questione processuale.

Inoltre, l'art. 979 prevede la divulgazione e la pubblicità, con i mezzi digitali del Consiglio Nazionale di Giustizia, dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive e di ricorsi ripetitivi⁽³³⁾.

Nell'art. 998, paragrafo unico, viene disposto che la rinuncia al ricorso, ad opera della parte impugnante, non impedisce l'analisi della questione oggetto del giudizio di un ricorso ripetitivo. La disposizione tende ad evitare che con la sua rinuncia, la parte impugnante blocchi la decisione sul ricorso ripetitivo selezionato, come poteva accadere prima dell'entrata in vigore del c.p.c. del 2015⁽³⁴⁾.

7. – Non esiste niente di più frustrante per i cittadini della fluttuazione e della instabilità nell'interpretazione delle regole di diritto, fattori che contribuiscono sensibilmente al discredito degli organi giurisdizionali. Proprio per impedire tale fenomeno, il c.p.c. disciplina l'incidente di risoluzione di domande ripetitive, il cui scopo è quello di permettere nell'ambito dei tribunali locali l'elaborazione di una tesi unica, da applicarsi a tutti i processi aventi ad oggetto la stessa questione giuridica. In tal modo, l'istituto in esame è diretto a soddisfare il principio di economia processuale, in quanto – grazie al processo pilota – si evita il compimento di attività identiche e non necessarie in una pluralità di processi.

Secondo quanto disposto dall'art. 976, I e II, tre requisiti sono richiesti affinché l'instaurazione dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive sia ammissibile: 1) rischio della violazione del principio di uguaglianza; 2) rischio della violazione del principio della certezza del diritto; 3) effettiva ripetizione di processi vertenti unicamente sulla stessa questione. Possiamo affermare che il terzo requisito è la causa necessaria dei primi due, pertanto, nell'analisi della necessità dell'instaurazione dell'incidente si deve valutare, innanzitutto, l'esistenza dell'effettiva ripetizione di processi vertenti su un'identica questione giuridica. In assenza della ripetizione di processi, non sussiste il rischio della violazione del principio di uguaglianza e di quello della certezza del diritto. L'art. 976, III, specifica che mancando uno dei requisiti per la sua instaurazione, l'incidente è inammissibile, ma può essere in futuro riproposto, se presente il requisito anteriormente mancante.

⁽³³⁾ In materia, si veda D. Nunes e altri, *Arts. 1036 a 1.041*, cit., 1382.

⁽³⁴⁾ Sul punto, si vedano le considerazioni critiche di F.N. Andrichi, *Recursos repetitivos*, 274.

Constatata la molteplicità di domande, sussiste un rischio di violazione del principio di uguaglianza e della certezza del diritto quando varie decisioni contraddittorie e contrastanti sono state emanate sulla stessa questione giuridica. Ricordiamo che la questione giuridica potrà essere sia di diritto sostanziale che di diritto processuale, ciò che dimostra che il più grande campo di applicazione dello strumento in esame è la litigiosità di massa.

A nostro avviso, anche le questioni di fatto, oggetto di un numero sostanziale di processi e al cui interno si constati una omogeneità totale o parzialmente rilevante, meritano di ricevere il trattamento molecolare dato dall'istituto in esame⁽³⁵⁾. Potrebbe trattarsi di domande aventi ad oggetto una relazione di consumo o un incidente ambientale, che vertono su una stessa questione di fatto, come l'introduzione di un'imposta, la maggiorazione di una determinata aliquota o la regolarità di un concorso pubblico. Su tali fatti, che moltiplicano le domande di tutela giurisdizionale, è opportuno che gli organi giurisdizionali si pronuncino attraverso l'incidente di domande ripetitive, al fine di evitare l'emanazione di pronunce contraddittorie.

Non è requisito di ammissibilità dell'incidente in esame la pendenza della causa in grado di appello, di modo che i giudici di primo grado possono instaurare l'incidente, constatando la molteplicità dei processi vertenti su di una identica questione.

L'incidente di risoluzione di domande ripetitive può essere instaurato d'ufficio dal giudice di primo grado o dal giudice relatore in secondo grado, oppure può essere chiesto su istanza di parte, del pubblico ministero e dalla istituzione della Difesa Pubblica (organo statale che ha il compito di prestare assistenza giuridica e difendere in giudizio i soggetti meno abbienti). Il pubblico ministero ha, comunque, l'obbligo di intervenire nel corso del giudizio sull'incidente di risoluzione di domande ripetitive. Sempre al fine di garantire una più ampia partecipazione nel giudizio sull'incidente, l'art. 983 dispone che il giudice relatore debba ascoltare le parti e gli altri interessati nella risoluzione della controversia, i quali potranno presentare memorie e depositare documenti in un termine di quindici giorni. Inoltre, il paragrafo unico dell'art. 983 consente la realizzazione di udienze pubbliche, per permettere la manifestazione di persone con esperienza e conoscenza della materia oggetto della controversia. Nella

⁽³⁵⁾ Si veda, in senso simile, M. de Araújo Cavalcanti, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, San Paolo 2016, 220-221.

stessa direzione, è ammesso anche l'intervento dell'*amicus curiae*. Tutto ciò è finalizzato ad ottenere una decisione basata nell'ambito di una cognizione piena e esauriente degli elementi della controversia.

Qualora sia stata proposta più di un'istanza per l'instaurazione dell'incidente in esame, i tribunali devono scegliere quella che contiene l'argomentazione più ampia, che allega il maggior numero di fatti e deduce il maggior numero di questioni di diritto per il giudizio sulle domande ripetitive. In tal modo, la motivazione della decisione sarà completa ed esaustiva e più ampio sarà l'ambito di applicazione della sentenza elaborata in relazione al caso paradigma.

È importante ricordare che l'attuazione degli organi giurisdizionali, attraverso l'istituto dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive, si ricollega all'esigenza di far svolgere al potere giudiziario brasiliano un nuovo ruolo in ragione delle necessità attinenti alle politiche pubbliche e sociali e all'enorme numero di processi vertenti sulle stesse questioni di merito.

A questo proposito, possiamo notare che l'emanazione di una decisione sulle domande selezionate attraverso l'istituto dell'incidente non solo è tecnicamente possibile – essendo effettuata in base ad una cognizione esauriente e rispettando i principi processuali – ma è anche socialmente benefica, in quanto offre un canone di comportamento per i soggetti interessati nella soluzione della questione. Data la rilevanza collettiva dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive, la rinuncia di una parte non impedisce la prosecuzione del giudizio; in tal caso il pubblico ministero assume la titolarità della causa.

Gli organi giurisdizionali competenti per decidere l'incidente di domande ripetitive sono i tribunali di giustizia e i tribunali regionali federali, la cui sezione è stata indicata nel regolamento interno (ricordiamo, nuovamente, che tali tribunali hanno funzioni simili a quelli delle corti d'appello italiane). Risulta, quindi, che i giudici di primo grado possono solo sollevare, anche di ufficio, l'incidente in esame, ma non possono deciderlo.

Sottolineiamo che la decisione emanata sul caso pilota da un tribunale ha un'efficacia vincolante limitata all'interno del tribunale stesso e rispetto agli organi giurisdizionali ad esso subordinati. Per gli altri organi giurisdizionali, la decisione sul caso pilota costituisce solo un precedente persuasivo.

Ricordiamo, altresì, che i tribunali non hanno competenza per decidere sull'incidente di domande ripetitive, se la stessa questione è pendente dinanzi ai tribunali superiori, dovendosi, in tale ipotesi, rispettare l'orga-

nizzazione gerarchica degli organi giurisdizionali e la funzione nomofilattica delle corti di vertice.

Verificata la sussistenza dei presupposti, di cui all'art. 976, e dichiarata l'ammissibilità dell'incidente, tutti i processi pendenti, all'interno dello stesso stato o della stessa regione e che presentano lo stesso contenuto, saranno sospesi fino alla decisione sul caso pilota. La sospensione è automatica e decorre dall'emanazione del provvedimento di ammissibilità dell'incidente. Per evitare l'ingiustificato pregiudizio che le parti possono subire durante la sospensione del processo, è possibile chiedere la concessione di un provvedimento cautelare. Una parte può, comunque, chiedere la prosecuzione del suo processo, se dimostra che quest'ultimo ha ad oggetto una questione diversa da quella oggetto dell'incidente. Si tratta di una tecnica ispirata al *distinguishing*, istituto tradizionale nei sistemi di *common law*. In mancanza di tale previsione normativa, il dispositivo della sospensione sarebbe di dubbia legittimità costituzionale, alla luce dell'art. 5, XXXV, Cost., che garantisce la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti.

La decisione di ammissibilità dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive non sospende, né interrompe, il termine di prescrizione delle domande individuali. Per questo motivo, le parti potrebbero avere interesse a proporre nuove domande individuali, per evitare la prescrizione dei propri diritti. Tale fenomeno è, tuttavia, contrario allo scopo dell'istituto dell'incidente in esame.

Come indicato, all'udienza possono partecipare le parti ed altri interessati alla risoluzione dell'incidente.

In ragione della rilevanza collettiva dell'istituto, la legge esige un maggior grado di profondità e completezza per la motivazione. Il codice del 2015 è particolarmente sensibile alla motivazione, come si desume dalla lettura dell'art. 489, § 1°, che indica le ipotesi in cui una decisione non può considerarsi adeguatamente motivata⁽³⁶⁾. L'art. 984, § 2°, richiede una motivazione ancor più approfondita, nella misura in cui stabilisce che il contenuto della decisione paradigma debba comprendere l'analisi di tutti i punti sollevati sulla tesi giuridica in discussione, sia favorevoli che quelli contrari alla tesi prevalente. L'esigenza di tale dovere analitico di motivazione attribuisce ancora più stabilità alla tesi giuridica contenuta nella

⁽³⁶⁾ Sul punto, rinviamo a P.H. dos Santos Lucon, *Il principio del contraddittorio e il dovere di motivazione nel c.p.c. brasiliano del 2015*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 667 ss.

decisione paradigma, che non potrà essere, in un momento ulteriore, rimessa in discussione in base ad un punto rigettato dal tribunale.

Emanata la decisione sull'incidente, che deve essere pronunciata entro un anno e ha carattere prioritario sugli altri processi (art. 980), la tesi giuridica elaborata verrà applicata a tutti i processi sospesi e a tutti quelli futuri vertenti sulla stessa identica questione. La certezza, che viene data dalla stabilità della decisione pilota, non deve essere confusa con una indesiderabile immutabilità dell'orientamento giurisprudenziale⁽³⁷⁾. Per tale motivo, il tribunale d'ufficio, il pubblico ministero o l'istituzione della Difesa Pubblica possono chiedere la revisione della tesi giuridica fissata, purché tale richiesta sia sorretta da una motivazione appropriata e specifica e vengano rispettati i principi della certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento dei cittadini. Le parti possono, comunque, sollecitare i soggetti legittimati a presentare l'istanza di revisione della tesi giuridica. In altre parole, la sentenza sull'incidente di risoluzione di domande ripetitive non potrà essere modificata, fatta salva la possibilità che ci sia una modificazione sostanziale degli elementi che determinarono la decisione. Se, infatti, la decisione sull'incidente potesse essere rivista in ogni momento e senza la presenza di un motivo plausibile, non si raggiungerebbe quella stabilità giurisprudenziale, alla quale il codice tanto aspira.

La sentenza che decide l'incidente è impugnabile con un ricorso speciale o un ricorso straordinario, a seconda delle disposizioni normative violate. Questi ricorsi hanno effetto sospensivo e, in ragione dell'ampiezza soggettiva della materia discussa, sono dotati del requisito della ripercussione generale. Al momento della proposizione del ricorso, ognuno dei soggetti legittimati per l'instaurazione dell'incidente può chiedere che il tribunale superiore sospenda i processi in corso, in tutto il territorio nazionale, vertenti sulla questione oggetto dell'incidente. Nell'analizzare tale richiesta, i tribunali superiori dovranno agire con molta cautela, richiedendo, se necessario, informazioni ai tribunali locali inferiori sulla opportunità della sospensione. La sospensione dei processi fino alla emanazione della decisione paradigma, infatti, è una misura ragionevole e giustificabile, ma comunque drastica, visto che blocca, seppur temporaneamente, l'esercizio del diritto di azione. Per tale motivo, il legislatore stabilisce che la sospensione possa durare massimo un anno, salvo una decisione motivata del giudice relatore in senso contrario (art. 980, paragrafo unico). La previ-

⁽³⁷⁾ In materia, si veda H. Avila, *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, 2^a ed., San Paolo, 2012, 72 ss.

sione del termine di un anno per la durata massima della sospensione permette di raggiungere due finalità: la certezza del diritto e la celerità processuale.

La decisione che risolve l'incidente di domande ripetitive produce anche altri effetti che, seppur secondari, hanno una grande rilevanza pratica. La questione oggetto dell'incidente costituisce orientamento consolidato di un tribunale e, quindi, potrà essere posta a fondamento di un provvedimento che concede una tutela di evidenza o di un provvedimento che rigetta preliminarmente la domanda contraria alla tesi fissata nell'incidente.

Per dare più forza ed efficacia all'istituto dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive, il codice prevede, altresì, l'utilizzazione dello strumento del reclamo per preservare l'autorità della decisione pilota, che potrebbe essere violata sia in caso di erronea applicazione della tesi giuridica elaborata che in caso di mancata applicazione della stessa (art. 988, IV).

Descritto l'istituto dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive, ci sono tre attività processuali che sono molto importanti affinché tale strumento possa funzionare in maniera appropriata. Si tratta, in primo luogo, della identificazione del processo pilota, che dipende dalla analisi dei processi simili e dalla identificazione dei punti tra loro comuni, che richiedono lo stesso trattamento. In secondo luogo, si tratta di delimitare il nucleo della decisione dell'incidente di domande ripetitive da applicare alla fattispecie concreta, che costituisce la *ratio decidendi* o la questione giuridica applicata alla lite individuale. *Last but not least*, si deve applicare tale nucleo ai casi concreti individualmente considerati. Tale triade identificazione-delimitazione-applicazione costituisce l'aspetto più rilevante dell'istituto.

Rispetto all'applicazione della decisione pilota, ci sono diversi gradi di vincolatività sui casi individuali. Possiamo pensare, innanzitutto, ad un'assenza di vincolatività, data dalla inapplicabilità della decisione al caso concreto. Abbiamo, poi, un effetto vincolante minimo, quando la decisione pilota riguarda solo un punto specifico del processo individuale. Abbiamo, ancora, un effetto vincolante medio, quando sussiste un'applicazione parziale di quanto è stato deciso nella sentenza pilota. Infine, abbiamo una vincolatività massima, quando la decisione pilota trova concreta applicazione⁽³⁸⁾.

(38) Si veda P.H. dos Santos Lucon, *Relação entre demandas*, cit., 209 ss.

8. – Insieme agli altri istituti precedentemente esaminati, l'incidente di avocazione di competenza fa parte del micro-sistema normativo finalizzato ad uniformizzare la giurisprudenza all'interno dei tribunali (scopo espressamente indicato dall'art. 926 c.p.c.). L'incidente di avocazione di competenza è instaurato in maniera preventiva (cosa che costituisce la sua principale caratteristica), prima che la questione di diritto sia oggetto di molteplici processi. A questi fini, l'art. 947, prima parte, c.p.c. dispone che: «è ammissibile l'avocazione di competenza, quando la decisione su un'impugnazione, la rimessione necessaria o il processo di competenza originaria, coinvolge una rilevante questione di diritto, con grande ripercussione sociale, non ripetuta in molteplici processi». Per questione con grande ripercussione sociale, si deve intendere una questione rilevante dal punto di vista economico, politico, sociale o giuridico che superi gli interessi individuali delle parti del processo. Si tratta della stessa condizione prevista per l'ammissibilità del ricorso straordinario.

L'instaurazione dell'incidente di avocazione di competenza persegue la finalità di evitare la dispersione giurisprudenziale, anche prima della proliferazione di vari processi con diverse decisioni su casi simili. La decisione sull'incidente in esame spetta alla sezione del tribunale incaricata di uniformizzare la giurisprudenza ed è dotata di effetto vincolante nei confronti di tutti i giudici inferiori e le altre sezioni del tribunale. In un'ottica di modelli ideali, l'istituto dell'incidente di avocazione di competenza deve avere la precedenza su quello dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive: il primo avendo carattere preventivo e il secondo avendo carattere repressivo. Perseguendo la stessa finalità, si ritiene che tra i due incidenti in esame si possa applicare il principio della fungibilità: dopo l'instaurazione dell'avocazione di competenza, qualora ci sia una moltiplicazione di processi sulla questione, l'incidente potrebbe trasformarsi in un giudizio di risoluzione di domande ripetitive.

Altro aspetto innovatore dell'incidente in esame è dato dalla sua idoneità a risolvere dei conflitti che normalmente non sono giurisdizionalizzati, ma nei quali si evidenzia una chiara lesione ai diritti soggettivi, come è il caso delle multe illegali, comminate dalla pubblica amministrazione, o della pubblicità ingannevole. Speriamo che gli organi giurisdizionali brasiliani utilizzino, nella pratica, il descritto istituto.

9. – Concludendo il presente scritto, possiamo ricordare che gli istituti analizzati (il giudizio sui ricorsi ripetitivi straordinario e speciale, l'incidente di risoluzione di domande ripetitive e l'incidente di avocazione di com-

petenza) formano un micro-sistema normativo diretto ad uniformizzare la giurisprudenza nell'ambito dei tribunali, come indicato dall'art. 926 c.p.c.

L'introduzione di questo micro-sistema per la decisione di domande ripetitive, a partire dalla decisione di un caso pilota, costituisce un'esigenza del nostro tempo per il buon funzionamento del sistema giudiziario brasiliano, in cui ci sono più di cento milioni di processi, molti dei quali possono essere definiti ricorrendo agli istituti precedentemente analizzati nell'ambito di questo scritto.

Riteniamo che i compiti principali degli operatori del diritto per ottenere un buon funzionamento del sistema dei precedenti saranno: (1) una corretta selezione della causa paradigma; (2) un incentivo alla divulgazione e alla partecipazione al processo pilota; (3) il rispetto della regola della motivazione analitica quanto alla elaborazione della tesi oggetto del giudizio degli incidenti processuali in esame; (4) la protezione della stabilità della tesi contenuta nella decisione pilota; (5) il controllo della corretta applicazione della tesi elaborata per la risoluzione di questioni ripetitive; (6) l'ammissibilità del trattamento di questioni ripetitive sia di diritto materiale che di diritto processuale; (7) la fungibilità dell'incidente di avocazione di competenza con quello di risoluzione di domande ripetitive; (8) l'utilizzo dell'incidente di avocazione di competenza per i conflitti macroscopici che non sono giurisdizionalizzati, in ragione del loro basso valore e per avere ad oggetto diritti diffusi o individuali omogenei.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professore associato nell'Università di San Paolo