

A SENTENÇA COM RESERVA DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS INDIRETAS DO DIREITO ITALIANO

JOÃO BOSCO MACIEL JUNIOR*

Resumo: O artigo fornece informações acerca da “condanna con riserva”. Por meio desta técnica processual, há, como que, a derrogação do princípio de que o Juiz deve conhecer todas as exceções opostas pelo réu antes de emanar seu provimento jurisdicional. O Juiz pode proferir provimento condenatório com exame de algumas exceções e, se for o caso, em prosseguimento, o réu terá o direito de demonstrar a veracidade das exceções opostas que foram reservadas para posterior averiguação. São examinados, ainda, os pressupostos da “condenação com reserva” e a “cognizione riservata” frente à coisa julgada, bem como seus fundamentos e justificativas.

Sumário: 1. Introdução - 2. Breves notas sobre a evolução dos principais projetos de reforma da legislação processual italiana: 2.1 O Projeto Chiovenda; 2.2 O Projeto Mortara; 2.3 O Projeto Carnelutti; 2.4 O Projeto de elaboração do *Codice di Procedura Civile* de 1940; 2.5 Dos anos 1950 aos anos 1980; 2.6 As reformas dos anos 1990 - 3. Os atos de introdução da demanda no direito italiano: a *cittazione* e o *ricorso* - 4. A participação ativa do réu contra o qual é pedida a tutela jurisdicional - Nos limites da demanda, mas além do objeto do processo determinado pelo autor: as *eccezione* - 5. A *condanna con riserva* das exceções substanciais indiretas - 6. Fixação dos pressupostos da condenação com reserva - 7. *Cognizione riservata* e coisa julgada - 8. Fundamento e justificativas da condenação com reserva: i) a distribuição do ônus da prova e a repartição do tempo no processo, ii) a parte que necessita da instrução da causa deve suportar o tempo do processo, iii) o processo não pode prejudicar o autor que tem razão e iv) o abuso do direito de defesa - 9. Considerações conclusivas.

Palavras-chave: Condenação com reserva

* João Bosco Maciel Jr. é Especialista em Direito Processual Civil Comparado pela Università di Pavia, Itália e advogado.

1. INTRODUÇÃO

A sentença com reserva do direito italiano é prevista há muito na legislação peninsular. De um lado, não existem paradigmas no ordenamento processual brasileiro que possam inspirar o intérprete a tentar adequar o instituto ao direito processual pátrio. De outro lado, consoante os fundamentos do processo civil moderno, "não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico"¹. Desse modo, trata-se de estudo perfeitamente confluyente com as contemporâneas tendências de exigência em alargar o horizonte da pesquisa científica no campo do direito processual civil comparado, sobretudo por intermédio da investigação da efetividade das diferentes formas de tutela jurisdicional². Portanto, a análise do tema de direito comparado na seara do atual estágio da busca pela efetividade e economia processuais no direito brasileiro constitui um tema muito atual, consoante os modernos fundamentos do processo civil, e em poderosa e nova técnica diferenciada de tutela jurisdicional.

O presente trabalho não objetiva aprofundar o estudo genérico sobre a sentença propriamente dita no direito processual italiano. Não objetiva, também, analisar minuciosamente os aspectos e contrastes da evolução de todos os projetos de reforma da legislação processual peninsular, bem como de seus conceitos doutrinários, seja os técnico-dogmáticos, seja os sociopolíticos. Nem ao menos objetiva esmiuçar todas as

"O processo civil até então era extremamente longo, complexo, custoso e completamente inadequado às necessidades reais de justiça".

hipóteses possíveis de sentença com reserva de condenação. A intenção foi muito mais modesta: apenas apresentar breves notas sobre os principais projetos reformadores da legislação processual italiana, do *Codice di Procedura Civile* de 1940, bem como do pensamento doutrinário vigente à época, para que o leitor possa gravitar sobre o tema. Serão analisados, ainda, tanto os modos de introdução da demanda no direito italiano, quanto as exceções de que eventual e facultativamente o réu (*convenuto*) poderá valer-se - como forma germinadora de uma das espécie do gênero sentença com reserva - para tão-somente chegar ao porto seguro de sua análise minuciosa.

2. BREVES NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO DOS PRINCIPAIS PROJETOS DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL ITALIANA

2.1 O Projeto Chiovenda

O primeiro Código de Processo Civil da Itália unificada, inspirado, veementemente, numa ideologia individualista e fulcrado sobre o primado do procedimento escrito, data de 1865. O processo civil até então era extremamente longo, complexo e custoso e completamente inadequado às necessidades reais de Justiça³.

O terreno é, portanto, fértil para mudanças. Em 1918 é constituída uma comissão de pós-guerra de cuja seção oitava fazia parte um grupo de processualistas presidido pelo saudoso Prof. Giuseppe Chiovenda⁴. Para ele, o momento é ideal para fazer atuar seu programa de reforma global do processo civil vigente. Seus estu-

¹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 20 et seq.

² Cf. Vittorio Denti, *Unprogetto per la giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 1982, p. 12.

³ Cf. Michele Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna: Il Mulino, 1980, p. 194.

⁴ Cf. Giuseppe Chiovenda, apud Michele Taruffo, op. ult. cit., p. 195.

dos e métodos de pensamento são recolhidos e reunidos na conhecida obra *Saggi di diritto processuale civile*, em sua imortal sistematização dos *Principii di diritto processuale civile*, os quais, mais tarde, seriam o germe de outra grande obra monumental, as *Istituzioni di diritto processuale civile*.

Em poucos meses de trabalho a comissão elabora um projeto de reforma, que porém se constitui em obra integral de Chiovenda⁵. Em geral, este fervor e poder de sistematização científica de Chiovenda e os estudos de formação da chamada escola chiovendiana no cenário jurídico-processual italiano têm florescimento e raízes investigatórias na doutrina alemã do século XIX⁶. Em particular, sobretudo quanto à base principal de seu pensamento, fulcrada sobre as pilastras da oralidade e seus conseqüentes, corolários, sua doutrina inspira-se na obra e pensamentos de Franz Klein, na Austria, do final do século XIX, e no Código de Processo Civil austríaco de 1898⁷.

O projeto de reforma é publicado em 1919. De um lado, como justificativa e exaltação dos problemas que afligem a ciência processual, são indicados como núcleo ensejador de retoques i) a exagerada complicação do procedimento, ii) sua interminável duração e iii) o custo extremamente gigantesco do processo. De outro lado, como solução para os problemas detectados e evidenciados, são apresentadas justificativas para tornar o processo i) mais rápido, ii) mais simples e iii) menos custoso, preferindo-se

uma reforma verdadeiramente radical e global da legislação vigente a ajustamentos e retoques meramente parciais⁸.

Como se vê, os postulados da busca pela efetividade da tutela jurisdicional e o desfogamento de causas nos tribunais fazem parte da preocupação da doutrina já nos albores do século. "Não é de hoje o repúdio à rigidez de certos dogmas processuais nem seria justo imputar à doutrina e aos tribunais uma nefasta e indiscriminada postura consistente em interpretar os princípios rigidamente ou sem a plasticidade imposta pela evolução dos tempos"⁹.

O Projeto especificamente é composto de 204 artigos e limitado à reforma do processo de conhecimento. Suas bases e características técnico-dogmáticas fundamentais são i) o desenvolvimento do debate oral em audiência na qual se desenvolvem a instrução e preparação da causa, o recolhimento da prova oral e os debates entre os litigantes, ii) a deliberação da sentença imediatamente depois da instrução probatória e iii) o desenvolvimento da instrução sob plenos poderes de controle do juiz, estimulando as partes em conflito, munido de importantes instrumentos reais na busca da verdade sob o primado da análise probatória¹⁰.

A disciplina das provas é notavelmente modificada. Chiovenda postulava sempre pela atuação da radicalidade da reforma, exigindo, por exemplo, a abolição do juramento decisório,¹¹ proposta sempre refutada pela comissão reformadora.

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ Cf. Piero Calamandrei, *Processo e democrazia*, Padova: Cedam, 1954, p. 14.

⁷ Cf. Por todos, Rainer Sprung, "Le basi del diritto processuale civile austriaco", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 24 et seq., 2000, e Michele Taruffo (informação verbal obtida em sala de aula na Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia, (Italia).

⁸ Cf. Michele Taruffo, *op. cit.*, p. 196.

⁹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *O julgamento do mérito em apelação (no prelo)*.

¹⁰ Cf. Michele Taruffo, *op. cit.*, p. 198.

¹¹ Na Itália o juramento é um meio de prova. Existem duas espécies de juramento: o decisório e o supletório. O juramento decisório é uma solene declaração de verdade ou de ciência, feita por uma das partes ao juiz. De acordo com o art. 233 do *Codice di Procedura Civile*, o juramento decisório pode ser deferido em qualquer estado da causa com declaração feita em audiência pela parte ou procurador munido de poderes especiais. O juiz advertirá a parte sobre a importância moral e religiosa do ato e sobre as conseqüências penais de eventuais declarações falsas, convidando-a, assim, a jurar. Consoante o art. 238, o jurante, em pé e de viva voz, pronuncia as palavras: "Consapevole della responsabilità che col giuramento assumo [davvanti a Dio e agli uomini] giuro(...)". Atualmente o dispositivo está ainda em vigor mas, recentemente, a Corte Constitucional italiana, com *sentenza* de 08.10.1996, declarou a inconstitucionalidade do artigo supramencionado referente às expressões *davvanti a Dio e agli uomini* (Cf. Michele Taruffo, *Codice di Procedura Civile e normativa complementare*, Milano: Raffaello Cortina, p. 137).

De fato, o Projeto Chiovenda não inicia, ao menos, o *iter* parlamentar. Em 1922 é constituída uma nova comissão de estudos para a preparação do *Codice di Procedura Civile*, indicando o Projeto Chiovenda como paradigma de inspiração. Tal comissão, entretanto, não chega a desenvolver os trabalhos de que foi incumbida.

2.2 O Projeto Mortara

Mas o terreno continuava fértil.

Para aproveitá-lo, em 1923, o Parlamento discute a possibilidade de delegação legislativa ao governo para a reforma dos Códigos, entre estes o de processo civil. Assim, no lugar e hora certos, Ludovico Mortara, presidente da subcomissão do Senado, intervém nos debates sobre a reforma publicando um *Progetto di Codice di Procedura*, acompanhado de uma notável relação introdutiva.¹²

A proposta de reforma colocada por Mortara constitui verdadeira antítese aos pontos fundamentais do Projeto Chiovenda. Assim, com pensamento completamente oposto, Mortara postula tão-somente a reorganização e unificação das leis processuais em um único texto, que gravitava em torno da velha legislação processual de 1865.

Mas não é só. De um lado, o princípio da oralidade - pilastra essencial da sistematização doutrinária de Chiovenda - é combatido veementemente como irrealizável no âmbito forense italiano e incompatível com a *collegialità*¹³ dos tribunais. Exemplo dis-

so é a forma como Mortara discursava: "Ho alluso or ora alla oralità. Certamente a enunciare questo requisito, che trasportata la fantasia al tempo arcadico del buon re seduto solto la quercia, si esercita un fascino grande sull'animo di chi ascolta. Ma a parte la quercia e il re, che appartengono al regno delle favole, la pura oralità e appena possibile nei più semplice giudizi civili."¹⁴ Sobre o tema, o Prof. Michele Taruffo, titular de direito processual civil da *Facoltà di Giurisprudenza da Università di Pavia*, Itália, é enfático ao explicar que a oposição sustentada por Ludovico Mortara constituía verdadeiro *golpe baixo* potencialmente eficaz e eficiente num clima de fortíssima tensão política e excessivo nacionalismo.¹⁵ De outro lado, é inegável que o Projeto Mortara foi também uma tentativa de responder às exigências de reforma, em colocar uma pá de cal sobre os problemas que afligiam o processo civil peninsular. O inesgotável trabalho dos juizes, o excessivo acúmulo de demandas, os magistrados reduzidos a meros fabricantes de sentenças em série, sem, ao menos, valorar o caso concreto, são exemplos de alguns casos patológicos que perturbaram o ordenamento processual da época.¹⁶ Naquele momento havia a necessidade imperativa de solucionar a crise do sistema judiciário. Resolver-se-ia, então, o problema da Justiça colocando os tribunais em condições de trabalhar com calma. Portanto, diminuir o trabalho dos tribunais era escopo fundamental, segundo uma autorizada doutrina,¹⁷ que postulava fosse o processo civil mais ágil, mais simples e menos custoso.¹⁸

¹² Cf. Ludovico Mortara, "Per il nuovo Codice della procedura civile", *Giurisprudenza italiana*, 1923, vol. X, p. 136 et seq., e Michele Taruffo, *La giustizia civile...*, cit., p. 198

¹³ Na Itália a organização dos tribunais se diferencia, sensivelmente, da organização dos tribunais brasileiros. Ora a formação dos juizes de primeiro grau é monocrática, ora colegiada. Em face de nova redação dada em 1998 ao art. 50bis do Codice di Procedura Civile, que entrou em vigor em 1999, passou-se a estabelecer hipóteses taxativas de competência colegiada para as causas que prevê, estabelecendo como regra a composição monocrática do juiz de primeiro grau de jurisdição.

¹⁴ Cf. Ludovico Mortara, *Per il nuovo Codice...*, cit., p. 142

¹⁵ Cf. *La giustizia civile...*, cit., p. 200

¹⁶ Cf. Piero Calamandrei, "Per la validità del processo ingiunzionale", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, p. 57, 1924; idem, *il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano: Unitas, 1926, p. 103-104

¹⁷ Cf. Piero Calamandrei, "Per la validità...", cit., p. 58

¹⁸ Cf. Ludovico Mortara, *Per il nuovo Codice...*, cit., p. 136 et seq. Entre tantas, de inegável valor foi a crítica do saudoso autor referente ao procedimento de *ingiunzione* de então, que poderia ser endereçada, tranquilamente, ao legislador do processo monitorio brasileiro. Disse o genial mestre: "Creio que seja útil refazer as normas do procedimento de *ingiunzione*, que, no texto atual, são infelizes e fatalmente estereis" (op. cit., p. 150 - Grifo nossos).

Mas o Projeto Mortara não supera a fase parlamentar. Assim, em dezembro de 1923 é aprovada a lei delegada para a reforma dos Códigos, sendo constituída a chamada subcomissão C da comissão real (encarregada de preparar o novo *Codice di Procedura Civile*). Fato curioso é que a presidência desta terceira comissão considerando a cronologia desde o Projeto Chioventa - é conferida ao mesmo Mortara, ficando Chioventa como vice-presidente. A situação é complicadíssima devido sobretudo a Mortara. Conclusão: Chioventa se demite, porquanto será Carnelutti que redigirá o novo projeto, tendo como desafio superar os contrastes verificados internamente à comissão precedente.¹⁹

2.3 O Projeto Carnelutti

Entre 1923 e 1924 a comissão se reúne periodicamente, sempre presidida por Mortara, enquanto a escola chioventiana é representada somente por Calamandrei.

Em que pese a evidente natureza colegiada da comissão, seus integrantes não chegam a acordo algum, emergindo a forte personalidade de Carnelutti que, superando incertezas, elabora pessoalmente um novo projeto.²⁰

O Projeto Carnelutti é um *Codice Personale*, expressão fiel e coerente com o pensamento originalíssimo de seu autor.²¹ Desenvolvem-se o conceito de jurisdição como composição dos conflitos de interesses e, sobretudo, o conceito fundamental de lide, colocado no centro do sistema teórico do autor e também do Pro-

jeto. Carnelutti dedica à lide os arts. 86 a 103, definindo a noção e aspectos fundamentais do instituto, sempre em alternativa ao conceito e à escola chioventianas de ação.²²

Com esse espírito inovador, portanto, Carnelutti emprega uma linguagem completamente inventada "nel quale la fantasia supera pero di gran lunga la chiarezza. Tale fantasia si esplica soprattutto nell'intitolazione degli articoli, anche quando illoro contenuto non ha nulla di particolarmente nuovo, e produce risultati a volte alquanto strani (come la 'responsabilità attenuata', il 'processo integrale' la 'restrizione del processo' e così via. Lo stile del Carnelutti legislatore e pero pesantissimo e spesso confuso anche nella redazione delle singole norme (...)"²³

A estrutura do processo concebida por Carnelutti, portanto, prefere aproximar-se muito mais ao Projeto Mortara e à ideologia do então vigente e retocado *Codice di Procedura Civile* de 1865, do que ao Projeto Chioventa. O processo é ainda um jogo²⁴ conduzido essencialmente pelas partes e por seus procuradores, conquanto os poderes do juiz permanecem estanques, colocado que está como figura eminentemente passiva na obser-

vação, estreme de atividades, da própria partida que deveria conduzir.²⁵

Os princípios da oralidade, concentração e imediatidade sistematizados por Chioventa são combatidos pela originalidade teórica de Carnelutti e constituem, portanto, a antítese de seu Projeto.

"Os princípios da oralidade, concentração e imedialidade sistematizados por Chioventa são combatidos pela originalidade teórica de Carnelutti e constituem, portanto, a antítese de seu Projeto."

¹⁹ Cf. Michele Taruffo, *La giustizia civile...*, cit., p. 203.

²⁰ O projeto, com seus respectivos detalhes, é publicado na *Rivista di Diritto Processuale Civile* (Padova: Cedam, 1926) com o título "Progetto del Codice di Procedura Civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile" - em duas partes: uma referente ao processo de conhecimento e a outra referente ao processo de execução

²¹ Cf. Michele Taruffo, *la giustizia civile...*, cit., p. 203 et seq

²² Idem, *ibidem*, p. 204 et seq.

²³ Idem, p. 205 (grifos do autor).

²⁴ Cf., sobre a concepção do processo como jogo, Piero Calamandrei, "Il processo come giuoco", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1950

²⁵ Cf. Tarello, *Il probleirw della riforma civile processuale* (apud Michele Taruffo, *la giustizia civile...*, cit., p. 205.).

2.4 O Projeto de elaboração do Codice di Procedura Civile de 1940

Os Projetos Chiovenda, Mortara e Carnelutti não chegam, sequer, a superar o *iter* parlamentar, estagnando-se ao longo de, aproximadamente, dez anos. Todavia, o terreno ainda continua fértil para potenciais mudanças e para a reforma da legislação processual civil de então, sempre desejada tanto pela doutrina como pela comunidade jurídica. Neste momento, em meados de 1933, Enrico Redenti é incumbido de redigir projeto preliminar para a instituição de novo Código, o que faz com rapidez. São três as novidades de relevo: i) reforço da responsabilidade do juiz e das partes, ii) irrecurribilidade das interlocutórias e iii) imposição às partes do dever de deduzir imediatamente nos primeiros atos da demanda toda e qualquer pretensão, exceção e meios de prova, sob pena de preclusão.²⁶

Redenti não crê na oralidade. A uma, porque está convencido da absoluta prevalência do primado da prova escrita sobre a prova oral. A duas, porque não crê na importação de instituto pertencente a outros ordenamentos (v.g. Áustria e Alemanha) que possa beneficiar a legislação importadora. Refuta, portanto, a audiência oral da escola chiovendiana, em que se desenvolveriam muitas das atividades processuais. Por sua vez, o âmbito de aplicação do princípio da imediatidade do juiz é abrandado e sua atividade inexoravelmente reduzida, uma vez que as provas são valoradas pelo *collegio*²⁷ única e exclusivamente sob requerimento das partes, e de regra conhecidas por juiz delegado.

Quanto à concentração dos atos processuais, são inúmeras as normas que a prevêm e a asseguram. Entretanto, muitos são também os casos de atenuação de tais princípios, conquanto se analisa a possibilidade de a audiência ser remarcada.²⁸

Neste ponto os trabalhos da comissão mudam completamente de rota e, em 1935, Arrigo Solmi é nomeado Ministro da Justiça. Insatisfeito com o Projeto Redenti,

nomeia outra comissão, agora composta por advogados e magistrados, com a finalidade de elaborar outro projeto de reforma, de acordo com os paradigmas por ele fixados. Em 1937 é publicado trabalho de 630 artigos, chamado *Progetto Preliminare Solmi*. O escopo principal estabelecido por Solmi é a criação de um processo i) simples, ii) rápido e iii) econômico.²⁹

Como se vê, "há muito as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios em certos casos, para harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar (acesso à Justiça) e vão também, com isso, renunciando a certos dogmas cujo culto obstinado seria fator de injustiças no processo e em seus resultados".³⁰ Exemplo saudosos disso é a quebra de dogmas proposta por Chiovenda - sempre inspirado na doutrina de Franz Klein, da Áustria - e a quebra dos dogmas de Chiovenda oferecida por Mortara. Não satisfeito ainda, Carnelutti intervém com sua genialidade, refutando a teoria de ambos na formulação de seu Projeto, e criando conceitos novos. É assim, portanto, que o Projeto Solmi se desprende da postura individualista da época, reduzindo formalismos exacerbados, simplificando a disciplina das nulidades formais, tudo em consonância com as exigências do mundo fenomênico de então.

A sorte estava lançada. Outra mudança de rota e, em 1939, Solmi é substituído no cargo de Ministro da Justiça por Dino Grandi, que prossegue em grande parte os trabalhos das comissões precedentes. São aproveitados e mesclados todos os pontos considerados essenciais constantes dos projetos supramencionados. Assim, são convidados a colaborar, na tentativa interminável de elaboração final da redação do Código, os docentes Enrico Redenti, Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei, e o magistrado Leopoldo Conforti. A ausência de Giuseppe Chiovenda se justifica em face de seu falecimento em 1937, portanto dois anos antes da formação da nova comissão, e que sempre teve sua escola representada pessoalmente por Calamandrei. Portanto, em nove

²⁶ Cf. Michele Taruffo, *La giustizia civile...*, cit., p. 227 et seq

²⁷ Cf. nota de rodapé 12.

²⁸ Cf. Michele Taruffo, *La giustizia civile...*, cit., p. 227 et seq

²⁹ Idem, *ibidem*, p. 231 et seq

³⁰ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *O julgamento...*, cito

meses, a comissão trabalha arduamente e vem à luz a redação final do Projeto de *Codice di Procedura Civile*, promulgado com o Decreto Real de 28.10.1940, para entrar em vigor somente aos 21.04.1942. Trata-se de um Código dividido em quatro livros: i) *Disposizioni generali*, ii) *Del processo di cognizione*, iii) *Del processo di esecuzione* e iv) *Del procedimenti speciali*. Todavia, a disciplina dos procedimentos não se esgota no arcabouço do vetusto Código peninsular. Exemplo escrito disso é o Decreto Real 1368, de 18.12.1941, que se constitui em verdadeiro apêndice de disposições transitórias e de atuação da legislação processual, bem como de normas regulamentadoras sobre a eficácia e admissibilidade das provas previstas no *Codice Civile*.³¹

O *Codice di Procedura Civile* de 1940 não se utilizou plenamente dos princípios centrais (oralidade, concentração e imediatidade) dos estudos de Chiovenda, em face de forte divergência de opinião suficiente à aplicação rigorosa e integral para refutá-los. Infelizmente o vetusto *Codice* entra em vigor em plena atmosfera de conturbação política mundial - a Segunda Guerra Mundial. As consequências pejorativas do sistema processual, inevitavelmente, vieram imputadas à legislação ao longo do conflito mundial. É nesse momento que nasce a *novella*³² de 1950, imposta pelos menos iluminados contra a opinião totalitária da doutrina vigente, desnaturando e retalhando o recente Código de Processo Civil promulgado, modificando-o substancialmente.³³

2.5 Dos anos 1950 aos anos 1980

A Lei 581, de 14.07.1950, introduz a técnica da *novellazione* no direito processual italiano. Os efeitos desta *contra-reforma* não tardaram a evidenciar os problemas que causariam ao andamento da Justiça -

em crise há muito sentida e mencionada na doutrina.³⁴ Na maior parte dos casos, a *novella* de 1950 introduz inovações pejorativas - isoladas e fragmentárias - sobre institutos particulares do Código. Exemplo histórico disso é a modificação do sistema das preclusões.

Chiovenda, o grande sistematizador do instituto, explica que "a preclusão é a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício".³⁵ Por outro lado, "é intuitiva a necessidade de evitar que as controversias possam ser sempre renovadas, sem que haja um fim que venha a pôr termo, de uma vez, aos litígios".³⁶

E foi assim que a *novella* de 1950 confrontou e derrubou o brilhante instituto ao arrepio dos ensinamentos da melhor doutrina vigente. O Prof. Michele Taruffo explica que as preclusões - infelizmente - desapareceram completamente do sistema processual. As partes e os advogados readquiriram a plena e inteira capacidade de manobras, à semelhança da ideologia do revogado Código de 1865. De um lado, o art. 183 do *Codice di Procedura Civile* é modificado para admitir que na primeira audiência de instrução as partes possam - sem limites - precisar e modificar os pedidos, exceções e conclusões formulados nos atos de introdução da causa. De outro lado, é modificado o art. 184 do mesmo Estatuto para admitir possam - no curso do procedimento e diante do juiz instrutor, e até que este não remeta a causa ao colégio para a decisão - as partes modificar seja a demanda seja a resposta do réu, requerendo novas provas e produzindo novos documentos.³⁷

Contudo, entre os anos 1950 e 1980, não existiram modificações de relevo ao sistema processual dignas de notas, à exclusão da supramencionada *contra-reforma*. Desse modo, somente alguns setores espe-

³¹ Cf. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Feltri, Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, 2. 00., Bologna: Il Mulino, 1998, p. 42 et seq.; e Michele Taruffo, *La giustizia civile...*, cit., p. 231 et seq.

³² Por exemplo, "no Brasil, caracteriza-se como genuína *novella*, nesse sentido, a lei que reformulou a parte geral do Código Penal e a substituiu por outra" (Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36).

³³ Cf. Crisanto Mandrioli, *Diritto processuale civile*, 30. ed., Torino: Giappichelli, 2000, p. 446 et seq.

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 447

³⁵ Cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., trad. I. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1942, vol. III, p. 155

³⁶ Cf. Elmano Cavalcanti de Freitas, *Da preclusão*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 240, PG. 23

³⁷ Cf. Michele Taruffo, op. cit., p. 298 et seq.

cíficos da sociedade obtiveram - seja pela pressão social, seja mediante forças sindicais - reformas relevantes da legislação. Exemplo disso é a Lei 898, de 1.º.12.1970, que introduziu o divórcio; o Estatuto dos Trabalhadores 300 de 20.05.1970; e - sobretudo - a introdução do *processo del lavoro*, disciplinado pela Lei 533 de 11.08.1973 e a formulação do projeto parcial de reforma do Código de Processo Civil em 1973.

Quanto ao processo do trabalho, a reforma foi radical. Essa lei, por intermédio da técnica da *novellazione*, modificou inteiramente o título quarto (atualmente denominado *Norme per le controversie in materia di lavoro*), do livro segundo (*Del processo di cognizione*) do *Codice di Procedura Civile* italiano, que, precedentemente, era também reservado às normas em matéria de trabalho e previdência.³⁸

A reforma do processo do trabalho foi, portanto, total, e uma das melhores já sentidas pela comunidade italiana, configurando um sistema de procedimento sem precedentes na legislação.³⁹ Os atos escritos são recolhidos em audiência única e todas demais atividades - preparatórias e instrutórias, bem como a discussão oral e a pronúncia imediata do dispositivo - são elaboradas na única audiência de discussão da causa.⁴⁰ A audiência é concentrada com o conseqüente sistema de preclusões, muito bem definido, a modificar as matérias não argüidas, salvo quando sobrevierem motivos relevantes ou o juiz o consentir.⁴¹ Trata-se, portanto, de um processo oral e concentrado (como queria Chiovenda), que muda, inclusive, o perfil da atividade do juiz: este recebe amplos poderes diretivos e de impulso oficial, conquanto se analisa dos arts. 420 e 421 do *Codice di Procedura Civile*. Mas

não é só: i) o juiz pode dispor de ofício sobre todo e qualquer meio de prova - mesmo fora dos limites estabelecidos pelas *normas processuais* dispostas no *Codice Civile* -, ii) pode requisitar informações e manifestações das associações sindicais indicadas pelas partes e iii) pode interrogar sujeitos que normalmente seriam incapazes para tal, entre outras coisas.⁴²

Quanto ao projeto de reforma parcial das normas do Código de Processo Civil - dito *Progetto Liebman* -, a tentativa de reformar a legislação foi limitada. Mas, conquanto se analise o âmbito de incisão reformadora no processo de conhecimento - objeto do projeto -, seu núcleo de reforma é radical e global, incidindo, principalmente, sobre o procedimento de primeiro grau de jurisdição e o sistema recursal.⁴³ De um lado, o projeto prevê a implantação definitiva do juiz monocrático - abolindo definitivamente o então vigente tribunal colegiado de primeiro grau - com a finalidade precípua de fazer valer o princípio da imediatidade, conferindo verdadeiro sistema de identidade física do juiz no contato com as provas. De outro lado, a disciplina probatória é retocada. Em primeiro lugar esforça-se por eliminar as normas sobre as provas estabelecidas pelo *Codice Civile*,⁴⁴ colocando-as inteiramente sob o manto do *Codice di Procedura Civile*. Estabelece-se, ainda, a simplificação do procedimento probatório, instituindo, definitivamente, o princípio da livre valoração probatória pelo juiz, e diminuindo, por conseqüência, o âmbito de aplicação das provas legais. O fato é que os princípios da oralidade, da imediatidade e da concentração dos atos processuais são retomados em sua mais pura concepção e o

³⁸ Cf. Crisanto Mandrioli, op. cit., p. 448

³⁹ Michele Taruffo (informação verbal).

⁴⁰ Cf. art. 420 do *Codice di Procedura Civile*

⁴¹ Cf. arts. 414, 416 e 420, § 2.º, do *Codice di Procedura Civile*

⁴² Cf. art. 421 et seq. do *Codice di Procedura Civile*. Em contraposição à ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo do trabalho, cf. o art. 112 do mesmo Estatuto, que dispõe - timidamente - sobre os poderes instrutórios do magistrado no processo de conhecimento.

⁴³ O projeto é publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 452 et seq., 1977, sob nome de "Proposte per una riforma del processo civile di cognizione".

⁴⁴ O mais interessante é que enquanto um dos maiores processualistas do mundo e fundador da *Escola Processual de São Paulo*, que foi Enrico Liebman, se esforça por concentrar a disciplina probatória em âmbito do arcabouço legislativo do Código de Processo Civil italiano, o recente e novo Código Civil brasileiro amplia, demasiadamente, as normas processuais em seu bojo normativo (cf., v.g., art. 212 et seq.). Contradição, contração da história ou nova postura científica?

Progetto Liebman passa a constituir a melhor e coerente tentativa de reforma processual desde o Projeto Chiovenda de 1919.⁴⁵

2.6 As reformas dos anos 1990

O método da *novellazione* foi adotado, também, nas relativamente recentes reformas que atingiram em cheio o sistema do processo de conhecimento regido pelo *Codice di Procedura Civile*. Tais reformas se deram em virtude de inúmeras leis, a primeira das quais foi a Lei 353, de 26.11.1990, que modificou numerosos dispositivos do Código de Processo Civil e do ordenamento judiciário peninsulares. Uma parte desta Lei entrou em vigor a 1.º.01.1993 e a outra parte, aos 30.04.1995. A segunda importante Lei Reformadora 374, de 21.11.1991, instituiu uma nova figura de *giudice onorario*, ou seja, o *giudice di pace* (destinado a substituir o conciliador). Esta Lei entrou em vigor em 1.º.05.1995. A doutrina refere-se, genericamente, a essas leis reformadoras como *La Novella del 1990*.⁴⁶

Depois da reforma, inúmeras outras leis modificaram, revogaram e abrogaram o *Codice di Procedura Civile*. Assim, é evidente que todas essas leis são de significativo interesse seja para o próprio direito italiano seja para a análise comparativa do cientista do direito. Todavia, em simples enumeração e sem qualquer comentário, exporemos as principais leis modificadoras do *Codice di Procedura Civile*, senão vejamos:

- a) a *Legge 183, del 7 giugno 1993*, que disciplina os meios de telecomunicação para a transmissão dos atos processuais;
- b) a *Legge 25, del 5 gennaio 1994*, que modifica a disciplina da arbitragem;
- c) a *Legge 53, del 21 gennaio 1994*, que atribui aos advogados a faculdade de providenciarem diretamente as notificações;
- d) a *Legge 218, del 31 maggio 1995*, que modifica a disciplina do direito internacional processual privado;
- e) a *Legge 534, del 20 dicembre 1995*, que dita normas sobre provimentos de ur-

gência no processo civil e complementa a Lei 353, de 1990;

f) a *Legge 254, del 16 luglio 1997*, que dita a delegação ao governo para a instituição do *giudice unico*;

g) o *Decreto Legislativo 51, del 19 febbraio 1998*, que disciplina as modalidades de atuação da reforma do *giudice unico di tribunale* e de supressão da figura do pretor;

h) o D. M. 264, *del 27 marzo 2000*, que dita normas sobre o registro informatizado junto aos *uffici giudiziari*;

i) o D. M. 123, *del 13 febbraio 2001*, que dispõe sobre o uso de instrumentos informáticos e telemáticos nos processos civil e administrativo e diante das secções judiciárias da *Corte dei Conti*;

j) a *Legge 89, del 24 marzo 2001*, que introduz o direito à *equa riparazione per il danno processuale*;

l) a *Legge 134, del 29 marzo 2001*, que modifica a disciplina do patrocínio de despesas do Estado;

Todas essas leis enumeradas mereceriam comentários não fosse o âmbito deste estudo. Em face disso, portanto, comentar-se-á, tão-somente, a recentíssima Lei 89, de 24.03.2001, que estabelece o direito à *equa* reparação pelo dano processual, seja patrimonial, seja não patrimonial. Além das leis supramencionadas, merecem comentários, ainda, duas comissões de estudos processuais: uma presidida pelo Prof. Giuseppe Tarzia, para revisão das normas do *Codice di Procedura Civile*; e a outra presidida pelo Prof. Raffaele Foglia, para propostas de revisão do processo do trabalho.

Em primeiro lugar, vejamos a Lei 89, de 24.03.2001.

A Corte Européia de Estrasburgo considerou a extrema gravidade da situação em que se encontra a Itália - Estado contraente da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - ao afrontar a excessiva lentidão de sua justiça. A Corte considerou a violação do princípio do *délai*

⁴⁵ Cf. Michele Taruffo, op. cit., p. 340 et seq

⁴⁶ Exemplo disso é a famosa obra de Sergio La China, *Diritto processuale civile: La Novella del 1990*. A respeito cf., ainda, Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma...*, cit., p. 36

raisonnable sancionado pelo art. 6º, § 1º, da Convenção de Roma.⁴⁷ Assim, considerando a situação, o governo italiano, com a finalidade de desagrar a situação indicada pela Corte de Esburgo, por intermédio e iniciativa do Ministro da Justiça, decidiu formular uma política de composição das controvérsias relativas à violação do *délai raisonnable*.⁴⁸

Isto fica patente ao analisarmos as estatísticas. Na Itália o número total de juízes para cada 100.000 habitantes, no ano de 1945, era de 10, passando, em 1970, para 11, e, chegando, em 1997, a um total de 17. O número total de causas civis autuadas em tribunais de primeiro grau, para cada 100.000 habitantes, foi, em 1945 - de 381, das quais apenas 107 obtiveram julgamento. Já em 1970, de 824 causas autuadas, somente 324 foram decididas. Por sua vez, em 1980, das 1.335 causas autuadas, receberam sentença apenas 595. E, finalmente, em 1997, das 1.978 causas autuadas, somente 884 foram decididas.⁴⁹ Em tribunais de segundo grau de jurisdição a situação e acúmulo de trabalho não são diversos. Considerando todas causas civis apeladas, num total de 100.000 habitantes, em 1945, foram inscritas, portanto, 17, mas decididas apenas 7. Já em 1970 foram autuadas 16 causas e decididas apenas 13. Enfim, em 1997 deram entrada no tribunal 129 causas, sendo decididas somente 88.⁵⁰ O quadro também não é diferente quando se analisa o aumento e o volume de estudantes de direito diplomados, sempre sobre a base de 100.000 habitantes. Assim, em 1950, na Itália havia

3 professores para cada 60 alunos, dos quais 57 se diplomaram. Já em 1970 contava com 6 professores para 120 alunos, dos quais 76 obtiveram o diploma. Desse modo, em 1996, sempre para cada 100.000 habitantes, na Itália havia 5 professores para cada 560 estudantes de direito, e destes somente 171 conseguiram se diplomar.⁵¹

É, portanto, diante deste cenário que vem à luz, em 1999, a reforma do art. 111 da Constituição da República⁵² italiana, prevenindo que *todo o processo se desenvolve em contraditório entre as partes; em condições de paridade, diante de um juiz isento e imparcial. A lei lhe assegurará uma duração razoável*.

Assim, e diante da mesma situação fenomênica, a explosão do sistema peninsular faz nascer a Lei 89, de 24.03.2001, que prevê o direito à reparação equitativa em caso de violação do tempo razoável na entrega da tutela jurisdicional. Desse modo, *quem sofrer imediatamente um dano patrimonial ou não patrimonial tem o direito a uma reparação equitativa pelo efeito de violação da Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, sancionada pela Lei 848, de 04.08.1955, sobre os termos de infringência ao respeito à duração razoável do processo prevista no art. 6º, § 1º, da mencionada Convenção*.⁵³ Trata-se de verdadeira demanda de responsabilidade civil do Estado italiano pela reparação por danos causados pela demora excessiva de entrega da tutela jurisdicional. Na averiguação do caso serão considerados:

⁴⁷ Diz o art. 6º, § 1º, da Convenção para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: "Toda pessoa tem o direito que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável (ou)".

⁴⁸ Cf. Andrea Sacceuci, "Tema di durata ragionevole dei processi", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 200 et seq., 2000.

⁴⁹ Cf. Sabino Cassese, "L'esplosione dei diritti. Il sistema giuridico italiano dai 1975 ai 2000", *Rivista Quadrimestrale di Sociologia del Diritto*, XXVIII, p. 56, 2001.

⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 57. No Brasil não ocorre o inverso. "Apenas a título de exemplo, na Justiça Estadual de São Paulo, até agosto de 1998, cerca de milhões de processos" estavam em curso. Neste mesmo mês, foram distribuídos 300 mil novos processos, tudo isto para ser examinado por pouco mais de 1.700 juízes estaduais, sendo que 332 deles exercem as funções em segundo grau de jurisdição, nos quatro tribunais estaduais. Em um destes tribunais, o 1.º Tribunal de Alçada Civil, composto de 60 juízes titulares e 23 auxiliares, deram entrada, em 1998, 65.400 processos, tendo sido julgados 50.826. Apesar desse esforço, ainda existem 40.913 aguardando julgamento, pois no início do ano já havia um 'saldo' de cerca de 26.000" (Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, Carlos Alberto Carmona, *A posição do juiz: tendências atuais*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 349, p. 86).

⁵¹ Cf. Sabino Cassese, *op. cit.*, p. 61.

⁵² No Brasil o projeto de EC 96-E (Reforma do Poder Judiciário) de 1992, que acrescenta o inc. LXXVIII ao art. 5º da CF, dispõe que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

⁵³ Cf. *Legge 89, de 24 marzo 2001*, Capo II Equa riparazione, l'articolo 2 (diritto all' equa riparazione).

i) a sua complexidade, ii) o comportamento das partes, iii) o comportamento do juiz e iv) o comportamento de cada autoridade chamada ao cumprimento e desenvolvimento do procedimento violador da duração razoável.⁵⁴ O magistrado determinará a reparação equitativa à luz da disposição contida no art. 2.056 do *Codice Civile*. A demanda poderá ser proposta também durante a pendência do interminável procedimento principal indicado como violador das garantias estabelecidas na Convenção. Seja como for, se já concluído o procedimento, a propositura da demanda ficará sob pena de decadência de seis meses contados do momento da decisão definitiva que o concluir. A lei dispõe ainda que a demanda de *equa riparazione* se propõe diante da *Corte d'Appello* (Tribunal de segundo grau de jurisdição), que, por sua vez, deverá se pronunciar dentro de quatro meses da protocolização da petição inicial (*ricorso*) que será eventualmente impugnável para a *Corte di Cassazione* (Tribunal de superposição). Assim, sobre a base das disposições da Lei 89, de 24.03.2001, a parte, ao contrário de propor uma demanda de reparação de danos à Corte de Estrasburgo, poderá apresentá-la diretamente à *Corte d'Appello*, que, por sua vez, deverá decidir durante o período de quatro meses da data do depósito da petição inicial, com decisão imediatamente executiva e impugnável à *Corte di Cassazione*.⁵⁵ Cabe ressaltar que a demanda de reparação equitativa terá como pólo passivo i) o Ministro da Justiça, quando se tratar de procedimento de competência do juiz ordinário, ii) o Ministro da Defesa, quando se tratar de procedimento de competência do juiz militar, iii) o Ministro das Finanças, quando se tratar de procedimento de competência do juiz tributário, ou iv) o presidente do Conselho de Ministros em todos e quaisquer outros casos.⁵⁶ Enfim,

a lei *di equa riparazione in caso di violazione dei termine ragionevole del processo* traz em seu bojo disciplina de disposições financeiras com a finalidade de fazer valer em concreto seus comandos normativos. Portanto, prevê a criação, por intermédio do Ministério do Tesouro, de um fundo específico no valor inicial de doze milhões setecentos e cinco mil liras, a decorrer do ano de 2002.⁵⁷

Em segundo lugar merece rápidos comentários a comissão constituída em 1996.

Com o Decreto Ministerial de 1.º.12.1994 foi constituída uma comissão de revisão das normas do *Codice di Procedura Civile* presidida pelo Prof. Giuseppe Tarzia, titular de direito processual civil na *Facoltà di Giurisprudenza da Università Statale di Milano*, Itália.⁵⁸ O grupo, constituído de outros eminentes processualistas italianos, incumbiu-se da elaboração critérios diretivos, tendo redigido um esquema orgânico e completo de revisão das normas do Código e das disposições de atuação. Entre as várias finalidades da comissão havia a de racionalizar e efetivar a aceleração do procedimento, dentro do maior respeito ao direito de defesa das partes, tornando o processo uma disciplina mais moderna e funcional, com particular escopo de enfoque na execução e nos procedimentos especiais.⁵⁹ Em resumo, no dizer do presidente da comissão, o escopo principal de redigir critérios diretivos para uma completa reforma orgânica seria o de "dotar também o processo civil de uma disciplina adequada às condições atuais da nossa sociedade".⁶⁰ Portanto, adequar o processo aos problemas sociais tomando-o mais efetivo significa transformá-lo de meio puramente técnico em instrumento ético e político de atuação das liberdades, aderindo-o à realidade sociojurídica a que se destina, para o integral cumprimento de sua vocação primordial, que é, afinal de contas, a de

⁵⁴ Cf. Andrea Sirotti-Gaudenzi, *Brevi riflessioni sulla riforma, in appendicedi aggiornamento al volume I ricorsi alla Corte dei diritti dell'uomo - Guida pratica alla tutela dei diritti umani in Europa*, Milano: Maggioli, 2001, p. 16.

⁵⁵ Idem, *ibidem*.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Cf. *Legge 89, del 24 marzo 2001, Capo II Equa riparazione, l'articolo 7 (disposizioni finanziarie)*.

⁵⁸ Cf. "Per la revisione del Codice procedura Civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p.945, 1996

⁵⁹ Idem, *ibidem*

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 947: "Dotare anche il processo civile di una disciplina adeguata alle Condizioni attuali della nostra società".

servir à efetiva atuação dos direitos materiais.⁶¹

Em terceiro lugar merece também breves comentários a comissão constituída em 2000.

De há muito a concepção de racionalizar o processo vige, com muita erudição, no pensamento dos doutos italianos. Aliás, é o que vê do esboço histórico proposto no presente estudo. E o processo do trabalho não poderia ficar distante disso, haja vista que seu desenvolvimento - por intermédio das reformas havidas, sobretudo a de 1973 - o aproximou ainda mais do ápice do escopo social e político da finalidade instrumentalista do processo.

Em manutenção desta concepção e deste norte, há pouco foi elaborada uma comissão de estudos (criada pelo Decreto Ministerial de 24.07.2000), presidida pelo Prof. Raffaele Foglia, com a incumbência de sugerir diversas propostas para a reforma do processo do trabalho, individualizando os atuais pontos de estrangulamento do sistema.⁶² Assim, a comissão, que concluiu os estudos em abril de 2001, individualizou precisamente quatro campos de necessária intervenção do legislador, entre eles o *decreto ingiuntivo*.⁶³ Diante de diversos argumentos, a conclusão foi de que o alargamento do campo de aplicação do processo monitorio (isto é, introduzindo-o no processo do trabalho) comportaria uma notável racionalização na administração da Justiça Civil. Uma recente pesquisa indicou que em 0,34% de demandas trabalhistas o réu é contumaz.⁶⁴ E mais. A comissão de estudos foi além: concluiu que diante da realidade social em que vivemos a tendência mais incisiva e eficaz é de fazer valer o procedimento monitorio - puro - ou seja, desvinculado de verdadeira exigibilidade de prova escrita que constitua os fatos direito do autor.⁶⁵

Portanto, muito brevemente, o processo do trabalho no ordenamento italiano utilizará a técnica monitoria em sua concepção pura como mais uma forma de buscar a efetividade da tutela jurisdicional.

3. OS ATOS DE INTRODUÇÃO DA DEMANDA NO DIREITO ITALIANO: A *CITTAZIONE* E O *RICORSO*

Os atos introdutivos da demanda no direito italiano têm particulares características que os diferenciam em substância dos atos introdutivos da causa no direito brasileiro. Assim, diz o art. 24 da Constituição italiana que *tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti*. Portanto, os jurisdicionados podem fazê-lo mediante duas formas de propositura da demanda; i) pela *cittazione* e ii) pelo *ricorso*. O primeiro em caráter geral; e a segundo em caráter excepcional. Trata-se de verdadeiros atos escritos praticados pelas partes seja pessoalmente⁶⁶ seja por intermédio de advogado. De um lado, conforme dispõe o art. 163 do *Codice di Procedura Civile*, o postulante deve indicar o juiz ao qual são dirigidos, as partes, o objeto do processo, as razões da demanda etc. De outro, conforme prevê o art. 125 do mesmo Estatuto, os atos devem ser subscritos pela própria parte, quando atuarem em juízo pessoalmente, ou por seu advogado, quando litigarem por intermédio de procurador mediante outorga de mandato.⁶⁷

Enquanto a *cittazione* é ato típico com o qual se promove o processo de conhecimento em primeiro grau de jurisdição e alguns modos de impugnação dos atos judiciais, o *ricorso*, por sua vez, é ato típico introdutivo do i) processo do trabalho, ii) dos procedimentos especiais (v.g. o procedimento monitorio e o procedimento arbitral), iii) do processo executivo etc. A diferença específica entre estas duas formas de atos

⁶¹ Cf. Ada Pellegrini Grinover, "L'insegnamento di Enrico "Tullio Liebman in Brasile" *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 707, 1986.

⁶² Cf. Sergio Chiarloni, "Nuove prospettive di riforma per il processo del lavoro". *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 1.763.

⁶³ Idem, *ibidem*, p. 1.763 et seq.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Cf. Conforme dispõe o art. 316 do *Codice di Procedura Civile*, que regulamenta as disposições especiais do procedimento diante do Juiz de Paz, a demanda se propõe mediante *cittazione* ou, também, *pessoalmente*, por intermédio de *ato verbal*.

⁶⁷ Cf. art. 316 do *Codice di Procedura Civile*.

reside não apenas no conteúdo mas também no plano técnico. Em síntese: a *citazione*, para o comparecimento à audiência fixa, proposta pela parte ou por seu procurador, é em primeiro lugar notificada ao réu (*convenuto*) e somente em momento posterior depositada em cartório (*cancelleria dei giudice*), conjuntamente aos outros requisitos indispensáveis para a constituição do autor em juízo.⁶⁸ Já o *ricorso* é depositado, em primeiro lugar, em cartório - contrariamente à *citazione* - e, imediatamente depois, munido do decreto de fixação da audiência de comparecimento das partes, notificado ao réu por intermédio do oficial judiciário, mediante impulso oficial.⁶⁹

4. A PARTICIPAÇÃO ATIVA DO RÉU CONTRA O QUAL É PEDIDA A TUTELA JURISDICIONAL NOS LIMITES DA DEMANDA, MAS ALÉM DO OBJETO DO PROCESSO DETERMINADO PELO AUTOR: AS ACCEZIONI

Depois de analisar os atos introdutivos da demanda no ordenamento processual italiano, faz-se mister o estudo do direito e modos de defesa do demandado. A expressão retromencionada do art. 24 da Constituição italiana de que todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos, se é entendida como verdadeiro direito de iniciar uma demanda para fazer valer a pretensão do autor, é também compreendida no sentido de que todos os demandados podem agir em juízo para a defesa do alegado contra si.

Realmente, inúmeras formas há de o demandado exercê-lo, uma das quais são as exceções substanciais indiretas.

O conceito de exceção no direito processual é por demais vasto, acarretando, por isso, certa dificuldade na compreensão e sistematização do tema. Assim, "diante da ação do autor, fala-se em 'exceção' do réu, no sentido de contradizer. Exceção em sentido amplo é o poder jurídico de que se acha investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida. Por isso, dentro de uma concepção sistemática do processo, o tema da exceção é virtualmente paralelo ao da ação".⁷⁰ Exceção em sentido estrito "le

"Exceção em sentido amplo é o poder jurídico de que se acha investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida. Por isso, dentro de uma concepção sistemática do processo, o tema da exceção é virtualmente paralelo ao da ação".

quali possono essere proposte (*o opposte*) unicamente da parte interessata a farle valere, avendo per oggetto fatti (estintivi, modificativi o impeditivi) operanti non già in modo automatico, ma soltanto 'in via di eccezione'⁷¹. A exceção em sentido estrito é, em outras palavras, o direito de a parte resistir à demanda e conseguir que o provimento sobre o mérito abarque, também, os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão do autor⁷². É, ainda, um *contro-diritto* diante da ação, isto é, um direito potestativo à anulação desta⁷³. Portanto, "a defesa

pode dirigir-se contra o processo e contra a admissibilidade da ação, ou pode ser de mérito. No primeiro caso, fala-se em exceção processual e, no segundo, em exceção substancial; esta por sua vez se subdivide em direta (atacando a própria pretensão do autor, o fundamento de seu pedido) e indireta

⁶⁸ Cf. Arts. 163, 165 e 399 do *Codice di Procedura Civile*.

⁶⁹ Cf. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri, Michele Taruffo, *op. cit.*, p. 248 et seq.

⁷⁰ Cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 12. ed. rev. e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 276 et seq. (grifos dos autores).

⁷¹ Cf. Comoglio, Ferri, Taruffo, *op. cit.*, p. 274 (grifos dos autores).

⁷² Cf. Enrico Tullio Liebman, "Intorno ai rapporti Ira azione ed eccezione", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 266 et seq., 1961

⁷³ Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2. ed., Napoli: Jovene, 1935, vol. I, p. 309.

ta (opondo fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor, sem elidir propriamente a pretensão por este deduzida: por exemplo, prescrição, compensação, novação)⁷⁴.

Desse modo, estabelecidos os dois conceitos, seja de exceção em sentido estrito seja de exceção em sentido amplo, fica claro que ela nada mais é - conquanto se analise sua substância estrita - que a participação ativa do réu contra o qual é pedida a tutela jurisdicional, opondo fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.⁷⁵ Uma ramificação desta exceção em sentido estrito no direito italiano é a *eccezione di compensazione* prevista no art. 35 do *Codice di Procedura Civile*.

5. A CONDANNA CON RISERVA DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS INDIRECTAS

Existem dois sistemas de reserva de exceção, aliás muito complexos: o primeiro é o da reserva indeterminada; e o segundo, o da reserva determinada das exceções. Aquele vigora na Alemanha. Este, por sua vez, é o sistema vigente na Itália. Aquele confere ao opositor das exceções a possibilidade de alegar toda e qualquer matéria de defesa. Este, por sua vez, dá ao réu somente o direito de fazer valer algumas hipóteses de defesa, sempre fulcradas sobre o primado de requisitos específicos.

O ordenamento processual italiano não disciplina em via geral e atípica a *condanna con riserva delle eccezioni* e a Lei 353, de 26.11.1990, não acolheu a proposta de *ordinanza di condanna con riserva* oferecida pelo Conselho Superior da Magistratura. Assim, prevê, tão-somente, hipóteses típicas do instituto de modo particular e específico - em alguns artigos do *Codice di Procedura Civile*, do *Codice Civile* e em algumas leis esparsas. Exem-

plo disso é o disposto no art. 1462 do *Codice Civile* (contrato pelo qual as partes acordam a vigência da cláusula solve et repete, conquanto as exceções não sejam de nulidade, anulabilidade ou rescisão), nos arts. 35 e 36 do *Codice di Procedura Civile* (respectivamente as *eccezione di compensazione e domanda riconvenzionale*), no art. 648 também do *Codice di Procedura Civile* (*opposizione ai decreto di ingiunzione*) etc.⁷⁶ Contudo, diante de todos estes tipos ressalvados, é cediço salientar que para nós caberá a análise, conforme já mencionado alhures - considerando os limites objetivos deste trabalho - tão-somente da explanação da técnica contida no art. 35 do *Codice di Procedura Civile*, tomando-se como paradigma, ou seja, da sentença com reserva das exceções de compensação.

Como visto, a compensação é um exemplo vivo de oposição de exceção substancial indireta e instituto que produz a extinção de créditos recíprocos. Quem a opuser mirará conseguir a extinção total ou parcial do crédito do autor fazendo atuar seus efeitos desde o dia da contemporânea existência de ambos⁷⁷. Assim, quando oposto em compensação um crédito contestado excedente à competência do juiz e se a demanda for fundada sobre título incontroverso ou facilmente acertável, o procedimento se bifurcará e o juiz da causa remeterá as partes ao juiz competente para a decisão relativamente à exceção de compensação oposta, subordinando, quando ocorrer, a execução da sentença à prestação de caução. Trata-se de âmbito da *condanna con riserva delle eccezioni di compensazione*, ou seja, da sentença com reserva das exceções substanciais indiretas.

A sentença com reserva no direito italiano é classificada por Chiovenda como *accertamento con prevalente funzione esecutiva*⁷⁸. Com este instituto se derroga o

⁷⁴ Cf. Cintra, Grinover, Dinamarco, op. cit., p. 275.

⁷⁵ Cf. Crisanto Mandrioli, op. cit., p. 123 et seq.

⁷⁶ Cf. Andrea Prato Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli: Jovene, 11 1991, p. 382 et seq.

⁷⁷ Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni...*, cit., p. 230.

⁷⁸ Cf. Idem, *ibidem*, p. 202 et seq. No entanto, há quem qualifique esta classificação chiovendiana, qual seja de *accertamento con prevalente funzione esecutiva*, em grosso equívoco no que se refere a alguns procedimentos que destaca por exemplo o monitório (cf. Giovanni Tomei, *Procedimento di ingiunzione, Digesto delle discipline privatistiche XIV*, 1996, p. 570).

princípio de que o juiz deve, conjuntamente com a ação, conhecer de todas as exceções opostas pelo demandado antes mesmo de emanar algum provimento jurisdicional. Admite-se, com isto, a cisão do procedimento para a apreciação de uma ou mais exceções opostas. Assim, posteriormente à bifurcação do procedimento, o juiz se pronunciará, de plano e definitivamente, sobre as exceções não reservadas - isto é, sobre as defesas já alegadas mas não objeto de conhecimento da reserva excepcional, profereindo provimento condenatório - se for o caso - imediatamente. À evidência, resguardar-se-á ao réu o direito de fazer valer, no prosseguimento do juízo, a veracidade das exceções opostas e que ficaram reservadas para posterior apreciação. Em caso de serem fundadas, eventualmente se poderá repetir o pagamento (*solve et repete*).⁷⁹

Como se verá, trata-se de instituto extremamente poderoso e fortemente atuante contra os males do tempo do processo (que deve ser suportado pela parte que tem necessidade da instrução da causa), do excessivo encargo de trabalho nos tribunais, do retardamento da entrega da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, do *tempus mortuus*⁸⁰ do processo, visto que, em outras palavras, a bifurcação do procedimento confere ao réu - e não ao autor - o ônus de suportar o tempo de entrega da tutela jurisdicional. Proto Pisani, com olhos voltados à efetividade da prestação jurisdicional, salientou a importância de buscar técnicas diferenciadas de tutela. Em primeiro lugar em virtude da necessidade de evitar o custo do processo de cognição plena e exauriente. Em segundo lugar, para estancar o abuso de direito de defesa do demandado. E, em terceiro lugar, para garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Portanto, como se vê, indubitavelmente, são as mesmas finalida-

des da *condanna con riserva*.⁸¹ Aliás, diferenciar técnicas de tutela, em outras palavras, significa realizar, na criação e na aplicação do direito, o comando posto na Constituição que prevê tutela efetiva para as situações subjetivas possíveis, porquanto se considera que as garantias fundamentais não são somente de pura forma ou procedimento.⁸² "E realizar a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer Constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através de sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da Constituição".⁸³

6. FIXAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA CONDENAÇÃO COM RESERVA

A idéia da técnica da condenação com reserva se coaduna perfeitamente com a aspiração do réu de obter a tutela jurisdicional no menor tempo possível. O instituto derruba dogmas. Exemplo disso é o estigma de a execução somente ser possível após a cognição plena e exauriente, abrindo oportunidade à antecipação da execução forçada. É neste moderno enfoque que a sentença com reserva abre caminho como potencial instrumento contra a crise da efetividade da tutela jurisdicional.

Dois são os pressupostos da condenação com reserva: i) o réu deve propor exceções e ii) as exceções opostas devem ser de longa verificação.

O primeiro pressuposto consiste na mais simples necessidade de o próprio réu opor exceções. Nas hipóteses de o réu não as opor, a sentença não será de condenação com reserva, mas mera sentença condenatória em simples procedimento or-

⁷⁹ Cf. Giuseppe Chiovenda, "Principii di diritto processuale civile", *Ristampa inalterata con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli*, Nápoli: Jovene, 1980, p. 205 et seq.

⁸⁰ Cf. O *tempus mortuus* do processo nada mais é do que a inatividade ou a paralisação de seu movimento constante, formado pelo sucessão de atos concatenados por seus sujeitos, integrantes da relação jurídica processual. Exemplo vivo disso é o lapso de tempo que o processo deve aguardar nas prateleiras dos tribunais até o julgamento (Vincenzo Vigoriti).

⁸¹ Cf. "Sulla tutela giurisdizionale differenziata", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 568-569, 1979.

⁸² Cf. Luigi Montesano, "Luci ed ombre in leggi e proposte de 'tutele differenziate' nei processi civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 592, 1979.

⁸³ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed. rev., Coimbra: Almedina, 1991, p. 1.126.

dinário. Como dito alhures, o instituto da *condanna con riserva* derroga o princípio de que o juiz deve, conjuntamente com a ação, conhecer de todas as exceções opostas pelo demandado antes mesmo de emanar algum provimento jurisdicional, justamente porque ele o fará condenando o réu de plano, reservando as exceções opostas para posterior análise - dividindo o ônus do tempo do processo, desde que sejam de longa verificação.

As exceções opostas pelo réu devem ser verdadeiras e próprias. Ou seja, o réu deverá afirmar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos aptos a produzir a rejeição da ação.⁸⁴ A sua simples negação não poderá dar ensejo à sentença com reserva.⁸⁵ "A propositura de uma exceção alarga a matéria da causa, porque introduz na discussão fatos diversos dos que tinham sido afirmados pelo autor, embora deixe inalterados os limites da decisão, que são determinados somente pelos pedidos [domande] das partes."⁸⁶

O segundo pressuposto, portanto, é que as exceções opostas sejam de longa verificação ou averiguação, isto é, que não sejam de pronta solução. O porquê disso reside no fato de a necessidade da complexidade da matéria alegada ser inexoravelmente exigida. Ora, se as exceções opostas forem de pronta solução de tal modo a serem julgadas imediatamente pelo juiz, a sentença então será de condenação

ou de rejeição do pedido do autor.⁸⁷ Na medida em que a oposição de exceções amplia a matéria da causa, introduzindo na discussão fatos não alegados pelo autor, e se desdesse decorrer necessidade de longa verificação da matéria oposta, admitir-se-á a cisão do procedimento - tendo cabimento a sentença com reserva - como lúdima forma de distribuição e repartição do tempo do processo e do ônus da prova entre as partes litigantes. Assim, "quando a exceção é de pronta solução - fundada sobre prova documental ou sobre um fato incontroverso -, não há motivo para a condenação com reserva, já que o juiz poderá proferir a sentença, julgando a própria exceção, desde logo".⁸⁸

Assim, caberá ao juiz analisar se as exceções dependem de instrução dilatória ou se são de pronta solução a partir do conhecimento que obterá diante da análise dos fatos opostos em exceção ou do próprio conhecimento da réplica que o autor poderá propor contra a oferta da matéria impeditiva, modificativa ou extintiva.⁸⁹

Todavia, engana-se o estudioso mais apressado quando pensa ser o raciocínio do juiz apenas e exclusivamente determinado pelo direito positivo, conquanto decorrente de decisões judiciais. Não o é. Estamos acostumados a pensar - sobretudo por influência dos princípios básicos do ordenamento jurídico - que o juiz está *sujeito à lei*, que *aplica o direito*, que ele é *a bouche de la loi*.⁹⁰ Tudo isso leva a crer

"Todavia, engana-se o estudioso mais apressado quando pensa ser o raciocínio do juiz apenas e exclusivamente determinado pelo direito positivo, conquanto decorrente de decisões judiciais."

⁸⁴ Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 169.

⁸⁵ Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni...*, cit., p. 226.

⁸⁶ Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual...*, cit., p. 169.

⁸⁷ Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni...*, cit., p. 226.

⁸⁸ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 49. O festejado autor é uma das poucas vozes de docentes brasileiros que escreveram brilhantemente sobre o tema objeto deste estudo, enfocando a tutela antecipatória através da técnica da condenação com reserva do direito italiano.

⁸⁹ Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni...*, cit., p. 227.

⁹⁰ Cf. Michele Taruffo, "Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 665 et seq., 2001 (grifos do autor).

ser o raciocínio do juiz exclusivamente jurídico. Ocorre, entretanto, que o raciocínio do juiz é inevitavelmente imerso no senso comum. E este, por sua vez, está intrinsecamente ligado - conjuntamente ao direito - num contexto de confluência e interligação da aplicação da norma jurídica.⁹¹ Portanto, o juiz, mesmo diante de normas jurídicas particulares, aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, mesclando-as com as regras de experiência técnica.⁹² Disso decorrerá ser a exceção de pronta solução ou longa verificação. E disso decorrerá haver cabimento ou não da sentença com reserva no direito italiano.

7. COGNIZIONE RISERVATA E COISA JULGADA

Analisemos em primeiro lugar a *cognizione riservata*.

A cognição pode ser sistematizada em três planos distintos: i) *vertical* (profundidade, isto é, quando se pode falar em cognição sumária e exauriente), ii) *horizontal* (extensão, amplitude, isto é, quando se fala em cognição plena e modalidade parcial) e iii) *rarefeita* (isto é, a cumprida no processo de execução, que é a sua modalidade mais tênue).⁹³

“Na técnica da condenação com reserva o juiz é obrigado a examinar com base em cognição exauriente (prova plena) apenas os fatos alegados pelo autor. Na perspectiva da cognição no sentido horizontal o juiz examina apenas parcela dos fatos alegados pelas partes (os fatos alegados pelo autor) com base em prova plena (cognição exauriente), razão pela qual a cognição pode ser dita *parcial* porque não é abrangente de

toda a matéria que foi posta pelas partes em juízo.”⁹⁴

Desse modo, os autores italianos identificam um outro tipo de cognição em face de mecanismos outros que existem em seu ordenamento jurídico-processual.

Discorrendo sobre a cognição da sentença com reserva no direito italiano - a chamada *cognizione riservata* -, Giuseppe Chiovenda assim adverte: “Tratasi dunque d'un vero e proprio giudizio di cognizione, in cui il procedimento presenta le forme ordinarie, il giudice è il giudice ordinario competente per materia o valore. La cognizione e parte della cognizione *plenaria* o ordinaria e deve essere completata successivamente con la *parte* di cognizione riservata. (...) Posto che la condanna con riserva non esclude la cognizione ordinaria, ma soltanto la frazione e quindi provvede anche al bisogno della certezza giuridica, è più logico ed è più utile che questa sentenza lasci dietro di sé la minor possibile quantità di punti incerti”.⁹⁵

Portanto, fica claro, depois de extenso discurso, que no sistema da reserva determinada de exceções (vigorante na Itália) o devedor deve deduzir tempestivamente da matéria extintiva, impeditiva ou modificativa do direito do autor. Por sua vez, o juiz, com base numa *parte* da cognição *plenária* ou ordinária totais - ou seja, a cognição reservada - examinará se determinadas exceções opostas são ou não de pronta solução. De um lado, em sendo elas de pronta solução, o juiz poderá proferir sentença desde logo julgando a própria exceção.⁹⁶ No momento da condenação com reserva não consta ao juiz a existência pura do direito do autor. Ao contrário, deve constar apenas a existência de fatos constitutivos. De outro lado, isto é, em não sendo elas de pronta solução, o juiz con-

⁹¹ Idem, ibidem, p. 667.

⁹² No Brasil o art. 335 do CPC é peculiar. “Este artigo contém um *plus* em relação ao art. 126 do CPC. Admitem-se aqui as máximas de experiência. Estas representam juízo de valores, tanto na aplicação da lei, como na aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, juízos de valores estes individuais. Embora individuais, adquirem autoridade porque trazem consigo a imagem do consenso geral, pois certos fatos e certas evidências fazem parte da cultura de uma determinada esfera social” (cf. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3.ed. rev. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 619).

⁹³ Cf. Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 110 et seq.

⁹⁴ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 52 (grifos nossos).

⁹⁵ Cf. Giuseppe Chiovenda, “Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva”, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma: [s.n.], 1930, p. 102 et seq.; e nesse sentido: idem, *Istituzioni...*, cit., p. 229 (grifos do autor).

⁹⁶ Cf. Giuseppe Chiovenda, “Principii...”, cit., p. 209.

denará o réu imediatamente - seja no pedido do autor, seja nas despesas processuais -, e as partes serão remetidas - em *continuidade* do mesmo procedimento - à instrução das exceções reservadas, subordinando, eventualmente, a execução da sentença à prestação de caução.⁹⁷ No entanto, se na continuidade do juízo (ou seja, na instrução das exceções substanciais indiretas) ficar demonstrada a veracidade da alegação do réu, o autor deverá restituí-lo ao seu primitivo *status quo*, devolvendo o quanto recebeu.⁹⁸

Passemos agora à coisa julgada.

A sentença com reserva produz coisa julgada formal.

O pensamento de Francesco Carnelutti se associa à equivocada visão de que a coisa julgada seria um efeito da sentença e, conseqüentemente, o resultado do processo de conhecimento.⁹⁹ Não obstante o saudoso Prof. Giuseppe Chiovenda discorrer também nesse sentido, sobretudo no que diz respeito à *condanna con riserva*,¹⁰⁰ preferimos ficar com a posição majoritária na doutrina brasileira, encampada por Enrico Tullio Liebman e seguida por seu discípulo direto, o Prof. Cândido Dinamarco. Assim, ficou claramente demonstrado que coisa julgada e eficácia da sentença são fenômenos nitidamente diferentes. A coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma especial qualidade que imuniza os efeitos desta, favorecendo a estabilidade da tutela jurisdicional: "A coisa julgada não tem dimensões próprias, mas as dimensões que tiverem os efeitos da sentença".¹⁰¹ No entanto, hodiernamente, estão em conflitos dois valores na ordem jurídico-processual: i) a segurança nas relações jurídicas e ii) a efetividade das decisões. Assim, contemporaneamente se começou a falar de relativização da coisa julgada material em situações extraordinárias e raras "como valor inerente à ordem constitucional-processual, dado o convívio com outros valores de

igual ou maior grandeza e necessidades de harmonizá-los".¹⁰²

Desse modo, como retromencionado, a *condanna con riserva* não produz coisa julgada material justamente porque é ato dependente da pronúncia subseqüente sobre as exceções reservadas. Ora, se a sentença com reserva tivesse imediatamente a formação da coisa julgada material, em Pouquíssimos casos seria possível sua desconstituição. Exemplo disso seria a ação rescisória, a chamada *revocazione* no direito italiano. Todavia, com relação única e exclusivamente à primeira parte do procedimento, a sentença com reserva é definitiva. A primeira parte dele se fecha às matérias defensivas não propostas, havendo com isso preclusão de toda matéria não impugnada. Por Sua vez, a sentença resolveu todos os pontos controvertidos admitidos naquela fase, exaurindo o escopo de agilidade da tutela jurisdicional. Portanto, é assim que a *condanna con riserva* se diferencia de outros tipos de tutela jurisdicional ordinária, haja vista seu inexorável valor prático, em face de sua eficácia executiva liberada imediatamente após sua emanção, transferindo o ônus de instrução da causa ao próprio réu que dela necessita.

Enfim, a sentença com reserva de exceções deve conter a condenação nas despesas processuais e a menção sobre se o juiz impôs ou não a caução, conforme faculdade prevista no supramencionado art. 119 do *Codice di Procedura Civile*.

8. FUNDAMENTO E JUSTIFICATIVAS DA CONDENAÇÃO COM RESERVA: I) A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A REPARTIÇÃO DO TEMPO NO PROCESSO, II) A PARTE QUE NECESSITA DA INSTRUÇÃO DA CAUSA DEVE SUPORTAR O TEMPO DO PROCESSO, III) O PROCESSO NÃO PODE PREJUDICAR O AUTOR QUE TEM RAZÃO E IV) O ABUSO DO DIREITO A DEFESA

⁹⁷ Cf. O art. 119 do *Codice di Procedura Civile* generaliza a possibilidade de o juiz impor caução, devendo indicar seu objeto, o modo de prestá-la e o termo entre o qual a prestação deve entender-se.

⁹⁸ Cf. Giuseppe Chiovenda, "Principii...", cit., p. 208.

⁹⁹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 13.

¹⁰⁰ Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzione...*, cit., p. 228 et seq.

¹⁰¹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção...*, cit., p. 13 et seq.

¹⁰² Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. 358, p. 12 et seq. Com frase célebre e grande poder de síntese, o Prof. Dinamarco assim fundamenta suas razões: "Não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização."

O acesso à Justiça como programa de reforma e como método de pensamento autoriza qualquer investigação constituída de endereçamento teleológico. Autoriza, ainda, no mundo da processualística contemporânea, quando não exige, a investigação sociopolítica da realidade à qual o processo se destina, como instrumento ético e político de atuação das liberdades, para cumprimento de sua vocação primordial, que é, afinal de contas, servir à efetiva atuação dos direitos materiais.¹⁰³

Mauro Cappelletti, moderno e sempre atual processualista italiano, identifica três dimensões da Justiça na sociedade contemporânea como necessários e fundamentais movimentos de mudança de mentalidade, quais sejam: i) a *giurisdizione costituzionale*, ii) a *dimensione transnazionale* e iii) o *accesso al diritto e alla giustizia*.¹⁰⁴

A primeira trata da dimensão constitucional da Justiça, que se traduz na pesquisa de alguns valores fundamentais, como as normas com força de *lex superior*, vinculante também para o legislador ordinário.¹⁰⁵ É a chamada jurisdição constitucional, há muito já prevista no sistema de direito anglo-americano - com base sobretudo no princípio do *due process of law*. Já o direito continental europeu, passou a investigar o problema das garantias constitucionais do processo civil mais recentemente, após a Segunda Guerra Mundial.¹⁰⁶

A segunda trata da dimensão transnacional da Justiça. A tentativa - embora qualificada de utópica, pelo menos embrionária para o momento - é superar rígidos critérios de soberania com a criação de um núcleo de leis universais e, conseqüentemente, de um governo universal, ou transnacional - o chamado *word*

government.¹⁰⁷ Exemplo disso seria a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, documento puramente filosófico-político, sem força jurídica, que procurou estabelecer um pacto transnacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais da sociedade moderna.¹⁰⁸

Estas duas dimensões do direito como programa de reforma e como novo método de pensamento, segundo Cappelletti, são respostas que a humanidade deu (no caso da primeira) - ou está tentando dar (no caso da segunda) - à realidade social contemporânea como forma de desenvolvimento sociopolítico entre os povos.

A última e terceira dimensão do direito e da Justiça seria a *social*, que nos últimos anos vem sendo denominada de acesso ao direito e à Justiça. A preocupação do acesso à Justiça foi um grito de alerta dado, mais uma vez, pelos iluminados juristas de Florença, no famoso movimento intercontinental sobre o acesso à Justiça.

As primeiras palavras escritas pelo Prof. Mauro Cappelletti¹⁰⁹ em estudos sobre essa iniciativa constituem um repúdio ao positivismo jurídico. Assim, sobre o genioso autor, o Prof. Cândido Dinamarco discorreu: "A grande lição a extrair da obra de Cappelletti é a de que o *accesso à Justiça* é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo. De minha parte, vou também dizendo que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo um *princípio-síntese e o objetivo final*, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um

¹⁰³ Cf. Ada Pellegrini Grinover, op. cit., p. 707.

¹⁰⁴ Cf. Mauro Cappelletti, "Accesso alla Giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero", *Rivista di diritto processuale*, Padova: Cedam, p. 233 et seq., 1982.

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p. 233 de incertezas" (p. 14).

¹⁰⁶ Cf. José Frederico Marques, *O direito processual em São Paulo*, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 38. "Nos países latino-americanos, coube a Eduardo Couture, na atualidade, o comando inicial deste movimento." No Brasil os Professores Rui Barbosa, João Mendes Junior, Alfredo Buzaid e Ada Pellegrini Grinover são alguns nomes precursores dos estudos constitucionais do direito processual civil (Cf. p. 37 et seq.).

¹⁰⁷ Cf. Mauro Cappelletti, op. cit., p. 234.

¹⁰⁸ Idem, ibidem

¹⁰⁹ Cf. "Access to Justice - A worldwide movement to make rights effective - A general report", *Access to Justice - A world survey*, Leyden-London/ Milão: Sitjhoff/Giuffrè, 1978, I. t. I, (em cooperação com Bryant Garth).

processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*. Que toda causa seja conduzida e decidida por um *juiz natural*; que o juiz seja imparcial e trate as partes e suas pretensões de modo isonômico; que todo processo seja realizado com a marca da publicidade; que os litigantes tenham amplas oportunidades de defesa de seus interesses conflitantes, legitimando mediante sua participação em contraditório o provimento que o juiz proferrá afinal; que lhes seja franqueado o direito à prova ou, mais amplamente, o direito ao processo. Como meio eficaz da defesa de seus direitos e interesses; que toda experiência processual se desenvolva com plena observância dos preceitos e regras inerentes ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa (*due process of law*) etc. - esses são os modos pelos quais, segundo a experiência multissecular, com mais probabilidade se poderá propiciar a quem tiver razão o efetivo acesso à Justiça".¹¹⁰

Portanto, é neste enfoque de amplo acesso à Justiça, não somente debruçado sobre o problema da efetividade do processo, mas também como forma de pesquisa e de métodos novos e alternativos daqueles tradicionais para a Justiça,¹¹¹ que a técnica da *condanna con riserva* deve ser entendida. O processo não pode prejudicar o autor que tem razão, e quem deve suportar o tempo do processo é, exatamente, a parte que necessita da instrução da causa. "A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o

liberalismo clássico, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se este fosse o responsável pela demora inerente à verificação da existência dos direitos."¹¹²

À luz do art. 2.697 do *Codice Civile* italiano,¹¹³ quando o autor provar a existência dos fatos constitutivos cumprirá, absolutamente, seu ônus processual. Desse modo, o processo prosseguirá - em continuidade do procedimento - para a verificação das exceções opostas que são única e exclusivamente de interesse do réu (*convenuto*).

Assim, a partir desse momento pareceria incongruente que o autor tivesse de suportar os danos da duração do processo, haja vista que não é ele que necessita da instrução da causa, conquanto se verifique a evidência de seu direito.¹¹⁴

Este artigo é visto como uma norma feita pelo bom senso, porquanto distribui, de maneira equilibrada, o ônus probatório. O que está em evidência não é somente o aspecto estático da prova, mas o aspecto dinâmico; isto é, a disposição que reparte entre autor e réu o ônus geral da atividade instrutória e o tempo neces-

sário para sua produção.¹¹⁵

Portanto, no caso de exceção substancial indireta infundada, isto é, de oposição de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos ao direito do autor, que exige produção probatória certamente sem conteúdo, o ônus do tempo do processo deve ser suportado pelo réu, repartindo-se-lhe através da técnica da condenação com reserva.

¹¹⁰ Cf. O julgamento..., cit., e, do mesmo autor, *Instituições de direito processual civil*, - 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, vol. 1, p. 246 (grifos do autor).

¹¹¹ Mauro Cappelletti, *Accesso alla Giustizia...*, cit., p. 238

¹¹² Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 135.

¹¹³ Cf. Art. 2967: "Chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si e modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda" (Cf. Michele Taruffo, *Codice...*, cit., p. 643).

¹¹⁴ Cf. Giuliano Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè, 1989, p. 560.

¹¹⁵ Idem, *ibidem*.

As garantias oferecidas pelo processo de cognição plena, conquanto se analisa em sua peculiar estrutura, podem ser instrumentalizadas no momento da atividade defensiva, com a finalidade básica de deslocamento ou antecipação da tutela jurisdicional.¹¹⁶ Neste caso em particular, a *condanna con riserva* responde ao princípio de que "i tempi immediati del processo devono andare a danno della parte che ha bisogno della trattazione della causa per provare l'esistenza del diritto o dell'eccezione".¹¹⁷

Enfim, mais do que nunca - nos tempos modernos - o processo deve ser instruído por princípios éticos, de modo que o provimento jurisdicional almejado pelas partes seja o mais aderente possível à verdade.¹¹⁸ Esta é a razão pela qual os Códigos processuais introduzem normas gerais sobre o abuso do processo, sancionando as partes em caso da litigância de má-fé.¹¹⁹

Segundo alguns, a técnica da *condanna con riserva* satisfaz exigências em evitar o abuso de direito de defesa, não de repartir o tempo do processo entre autor e réu.¹²⁰

A justificativa é o desenrolar de seu próprio conceito, ou seja, que com essa técnica o juiz conhece somente os fatos constitutivos do direito do autor, emitindo um provimento jurisdicional de mérito, reenviando a uma fase procedimental sucessiva a cognição das exceções opostas. Esse provimento é imediatamente executivo, sendo que sua eficácia é *resolutivamente* con-

dicionada ao acolhimento das exceções.¹²¹

Em outras palavras, é preciso ressaltar que diante desta visão a condanna con riserva não se presta apenas na evidência de fatos constitutivos do direito do autor, mas requer uma exceção provavelmente infundada, haja vista a condição resolutiva a que se sujeitará.

9. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O resultado e as conclusões do estudo não constituem fórmula mágica para erguer as pilstras de um processo mais efetivo no direito processual civil brasileiro. A sentença com reserva do direito italiano ajuda em muito mas não resolve o problema da efetividade da tutela jurisdicional. E nem poderia resolvê-lo.

A busca pela efetividade do processo e pelo acesso à ordem jurídica justa (na feliz expressão do Prof. Kazuo Watanabe, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) em uma visão indubitavelmente sociopolítica não requerem apenas normas jurídico-processuais de extraordinária eficácia para a obtenção de êxito. São importantes, mas não são absolutamente imprescindíveis. É preciso, ainda, uma mudança de mentalidade dos operadores do direito - do juiz, dos advogados, dos membros do Ministério Público, das partes e do ensino jurídico. É preciso que todos se dêem conta de que a entrega da tutela jurisdicional em tempo excessivo é a mesma coisa que a sua

¹¹⁶ Cf. Andrea Proto Pisani, *La nuova...*, cit., p. 382 et seq., e, da mesma autora, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, 1999, p. 608; Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, 12. ed., a cura di Carmine Punzi, Padova: Cedam, 1996, p. 326 et seq., e Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória...*, cit., p. 30 et seq.

¹¹⁷ Cf. Giuliano Scarselli, op. cit., p. 551.

¹¹⁸ Cf. Ada Pellegrini Grinover, "Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court", *Repro*, 102/219, São Paulo: Ed. RT, 2001.

¹¹⁹ *Idem*, ibidem, p. 219 et seq. Exemplo vivo disso é a recente alteração introduzida pela Lei 10.358 de 27.12.2001, que acresceu ao art. 14 do Código de Processo Civil brasileiro o inc. V e respectivo parágrafo único. A cooperar com a celeridade do procedimento a lei processual impõe ali uma postura essencialmente ética de seus litigantes e representantes judiciais a despeito de ressaltar a responsabilidade dos advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB (Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Lincamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 13 et seq.).

¹²⁰ Cf. Andrea Proto Pisani, *Lezioni...*, cit., p. 608. No Brasil, depois de meditar sobre o tema, o Prof. Luiz Guilherme Marinoni tem posição equivalente (Cf. *Tutela antecipatória...*, it., p. 59). Todavia, há quem pense diferente. Giuliano Scarselli sustenta que dizer que a condenação com reserva serve para repartir entre autor e réu o tempo necessário ao desenvolvimento da atividade jurisdicional de conhecimento é coisa diversa que afirmar que tal técnica processual tem a finalidade de evitar o abuso de direito de defesa do demandado (Cf. *Op. cit.*, p. 554).

¹²¹ Cf. Andrea Proto Pisani, *La nuova...*, cit., p. 384., e da mesma autora, *Lezioni...*, cit., p. 608 et seq.

denegação, ou seja, a denegação da própria Justiça.

Enfim, nunca nos atreveríamos a indicar o caminho da sentença com reserva do direito italiano como a *chave mágica* para ultrapassar a *porta da esperança* e atravessar o campo minado em que se encontra a base da Justiça brasileira. Muito pelo contrário: tentando superar os mitos que afligem todo jovem estudioso do direito, ou-samos apenas nos colocar entre aqueles que

enxergam o instituto como mais uma potencial tentativa de esforço investigativo de importância sóciopolítica na pesquisa científica do direito alienígena - sem supervalorizá-lo. Portanto, apenas nos esforçamos em mais uma investigação de direito comparado sem quaisquer aspirações de imitação e transposição das normas de lá para cá, mas tão-somente com o intuito de expor uma técnica que orna os fundamentos do direito processual civil moderno.