

**IL PRINCIPIO DELLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO CIVILE:
LE TENDENZE, LE TECNICHE E I LIMITI NEGLI ORDINAMENTI
BRASILIANO E ITALIANO**

Tesi presentata come requisito parziale per il conseguimento del titolo di Dottore in Diritto alla Scuola Dottorale di Diritto ed Economia Tullio Ascarelli – Università Degli Studi Roma Tre - Italia.

Relatore: Chiar.mo Prof. Antonio Carratta

Roma-Italia
2010

A Bárbara

I miei più sinceri ringraziamenti

Al Professore Antonio Carratta, per la generosità e disponibilità nell'orientamento del presente lavoro.

Al Professore Luiz Fernando Calil de Freitas, esempio di giurista e uomo, per la sua amicizia dimostratami quotidianamente.

Ai Professori Hermes Zaneti Jr. e Daisson Flach, per il fondamentale contributo al lavoro.

RIASSUNTO

La presente tesi si occupa con l'idea del diritto alla ragionevole durata del processo come diritto fondamentale processuale messo esplicitamente nelle attuali Costituzioni italiana e brasiliana, ma ormai esistente – modo implicito – nelle carte costituzionali precedenti, per contribuire ad un processo giusto in ambito civile, attraverso il raffinamento delle tecniche di sommarizzazione materiale e formale del procedimento, senza, tuttavia, escludere l'incidenza degli altri diritti fondamentali processuali. Inizialmente è stato identificato il diritto alla durata ragionevole del processo come diritto fondamentale e unificato il discorso in questo punto, come anche è stata tracciata l'evoluzione di questo diritto – insieme agli altri diritti fondamentali processuali – lungo la storia recente italiana e brasiliana, in modo di comprovare la preesistenza di questo diritto, anche se di forma implicita nei testi revocati. In un secondo momento, si è dimostrato che il diritto fondamentale alla durata ragionevole del processo è fattore fondamentale per la garanzia di un processo civile giusto e come la questione della durata ragionevole del processo è affrontata, comparativamente, in Italia e in Brasile, percependosi delle differenze accentuate. Da qui, si è passato all'analisi delle tecniche di sommarizzazione affinché il processo possa svilupparsi in un tempo ragionevole di durata. Infine, si è affrontata la questione dei limiti alla sommarizzazione del processo, concludendosi che tali limiti sono attenuati mediante in giudizio di ponderazione fra tutti i diritti fondamentali processuali – applicati nel caso concreto – in modo che tutti essi siano garantiti nella maggior misura possibile.

PAROLE CHIAVE: processo civile - Processo in tempo ragionevole – processo giusto – diritti fondamentali – tecniche di sommarizzazione processuale – limiti alla sommarizzazione processuale.

RESUMO

A presente tese trabalha com a concepção do direito à razoável duração do processo como direito fundamental processual posto expressamente nas atuais Constituições italiana e brasileira, mas já existente – modo implícito – nas cartas constitucionais anteriores, de forma a contribuir para um processo justo no âmbito civil, pelo refinamento das técnicas de sumarização material e formal do procedimento, sem, contudo, excluir a incidência dos demais direitos fundamentais processuais. Inicialmente foi identificado o direito à razoável duração do processo como direito fundamental e unificado o discurso nesse ponto, bem como foi traçada a evolução desse direito – juntamente com os demais direitos fundamentais processuais – ao longo da história recente italiana e brasileira, de sorte a comprovar a preexistência desse direito, ainda que de forma implícita nos textos revogados. Num segundo momento, demonstrou-se que o direito fundamental à duração razoável do processo é fator fundamental para a garantia de um processo civil justo e como a questão da duração razoável do processo é enfrentada, comparativamente, na Itália e no Brasil, percebendo-se acentuadas diferenças. Daí, passou-se à análise das técnicas de sumarização para que o processo possa se desenvolver em um tempo razoável de duração. Por fim, enfrentou-se a questão dos limites à sumarização do processo, concluindo-se que tais limites são obtidos mediante um juízo de ponderação entre os todos os direitos fundamentais processuais – aplicados do caso concreto – de forma que todos eles sejam garantidos na maior medida do possível.

PALAVRAS-CHAVE: processo civil - Processo em tempo razoável – processo justo – direitos fundamentais – técnicas de sumarização processual – limites à sumarização processual

RESUMEN

La presente tesis trabaja con la concepción del derecho a la duración razonable del proceso como derecho fundamental procesal, colocado expresamente en las actuales Constituciones italiana y brasileña, pero ya existentes – en forma implícita – en las Cartas Constitucionales anteriores, para contribuir a un proceso justo en ámbito civil, a través del refinamiento de las técnicas de sumarización material y formal del procedimiento, sin, todavía, excluir la incidencia de los otros derechos fundamentales procesales. Inicialmente fue identificado el derecho a la duración razonable del proceso como derecho fundamental y unificado el discurso en este punto, como también fue trazada la evolución de este derecho – junto a los otros derechos fundamentales procesales – a lo largo de la historia reciente italiana y brasileña, para comprobar la preexistencia de este derecho, aunque de forma implícita en los textos derogados. En un segundo momento, se demostró que el derecho fundamental a la duración razonable del proceso es factor fundamental para la garantía de un proceso civil justo y cómo la cuestión de la duración razonable del proceso es enfrentada, comparadamente, en Italia y en Brasil, percibiéndose las diferencias acentuadas. De ahí, se pasó al análisis de las técnicas de sumarización para que el proceso pueda desarrollarse en un tiempo razonable de duración. Finalmente, se enfrentó la cuestión de los límites de la sumarización del proceso, concluyéndose que tales límites son atenuados mediante el juicio de ponderación entre todos los derechos fundamentales procesales – aplicados en el caso concreto – en modo que todos ellos sean garantizados en la mayor medida posible.

PALABRAS CLAVE: proceso civil- Proceso en tiempo razonable – proceso justo – derechos fundamentales – técnicas de sumarización procesal – límites a la sumarización procesal

SOMMARIO

INTRODUZIONE	08
1. TEMI ESSENZIALI ALLO SVILUPPO DELLA TESI PROPOSTA	11
1.1. Uniformazione del discorso: principi processuali costituzionali o diritti fondamentali processuali?.....	11
1.2. I diritti fondamentali processuali positivati nelle Costituzioni Brasiliana e Italiana lungo il tempo.....	30
1.2.1. I diritti fondamentali processuali positivati nelle Costituzioni brasiliane.....	31
1.2.2. I diritti fondamentali processuali positivati nelle Costituzioni italiane.....	43
2. DIRITTO FONDAMENTALE ALLA DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO COME RISULTATO DEL DIRITTO FONDAMENTALE AL PROCESSO GIUSTO	48
2.1. Il processo giusto in Brasile e in Italia.....	51
2.2. Il diritto fondamentale al processo in tempo ragionevole in Brasile e in Italia.....	68
2.3. La prestazione della tutela giurisdizionale in tempo ragionevole come esigenza per un processo giusto.....	104
3. TECNICHE DI CONCRETIZZAZIONE DEL DIRITTO FONDAMENTALE AL PROCESSO IN TEMPO RAGIONEVOLE NEL PROCESSO CIVILE BRASILIANO ITALIANO	110
3.1. Tecniche di sommarizzazione materiale come mezzi di effettivazione del diritto fondamentale al processo in tempo ragionevole.....	119
3.2. Tecniche di sommarizzazione formale come mezzi di effettivazione del diritto fondamentale al processo in tempo ragionevole.....	146
3.3. Limiti alla sommarizzazione nel processo civile alla luce dei diritti fondamentali processuali.....	164
CONCLUSIONE	179
RIFERIMENTI	183

INTRODUZIONE

Ad ogni giorno che passa, il passaggio contenuto nell'opera di Rebelais¹ di che "il tempo matura tutte cose: tutte cose vengono a evidenza grazie al tempo; il tempo è padre della verità", resta più distante dall'uomo in tutti i continenti.

Il secolo in cui viviamo ha assistito al passaggio inesorabile dello Stato liberale individualista allo Stato Sociale di Diritto, prodotto di profonde trasformazioni politiche, economiche e sociali. Il sistema di libertà formali decimonico viene superato attraverso le esigenze legate all'effettività, in modo concreto, dai diritti e garanzie che preserva la Costituzione. La versione lineare di uno Stato come semplice amministratore passivo e inerte (nightwatchman) ha dovuto ripiegarsi lasciando spazio a nuove concezioni di partecipazioni, che lo ergono come controllore garante dell'operatività effettiva dei diritti disposti nella Carta Fondamentale, e in particolare dei nuovi diritti sociali².

Alcuni di questi diritti messi nelle Costituzioni – specialmente, per il presente Studio, l'italiana e la brasiliana – incidono direttamente sul processo civile, come verrà analizzato più avanti, in modo da garantire a tutti che reclamino dallo Stato, una provvidenza giurisdizionale, una risposta adeguata, efficace e tempestiva. In altre parole, non basta indicare che la decisione è presa sotto la protezione dell'autorità di un dispositivo legale, è necessario dimostrare ancora che l'equitativa, opportuna, socialmente utile³. Non si potendo dimenticare che per valutare l'efficienza di un sistema processuale devono considerarsi complessivamente sia i costi, sia i tempi, sia la qualità del prodotto⁴.

In ricerca recente pubblicata dall'Istituto di Ricerca Economica Applicata (IPEA), il 31 maggio 2011, nell'ambito del denominato Sistema di Indicatori di Percezione Sociale (SISPS), ha ritrattato i Sistemi di Giustizia del Brasile nella valutazione della popolazione. Sebbene abbiano ottenuto il voto medio di 4,55 punti (in una scala da 0 a 10), nei quesiti rapidità, imparzialità e onestà, è stato

¹REBELAIS, François. **Gargantua e Pantagruel**. Roma: Formiggini Editore, 1925, p. 216.

²BERIZONCE, Roberto. **O Efectivo acceso a la justicia**. La Plata: Libreria Editora Platense, 1987, p. 05.

³PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 154.

⁴FINOCCHIARO, Giuseppe. **L'improbabile "quadratura" costituzionale dell'equità necessária**. In *Giur. It.*, n° 3, Torino: UTET, 2005, pp. 540 e ss.

possibile verificare una “immagine relativamente fragile fra i cittadini di cui l’inversione di questo quadro esigerà più che l’aumento semplicemente detto di produttività”. La ricerca ritratta e dettaglia la valutazione della Giustizia fra le varianti socio-demografiche (regione, razza/etnia, sesso, scolarità e reddito) e si percepisce che la valutazione negativa è generalizzata e più profonda fra coloro che hanno cercato effettivamente i loro diritti⁵.

Sotto questo prisma, il diritto alla durata ragionevole del processo assume rilevante contorno, una volta che il valore che il tempo ha nel processo è immenso e, in grade parte, sconosciuto⁶. Tale importanza, si sottolinei, straripa i limiti della sfera giudiziale, raggiungendo – di forma indesiderabile – altre aree di importanza sociale, come, ad esempio, l’economica. Come hanno appurato pure le Sezioni Unite (Cass. civ., SS.UU., sentenza 16 luglio 2008 n. 1949912), le istituzioni specializzate nell’argomento hanno segnato “le inefficienze e le lunghezze del sistema giudiziario civile tra le cause del rallentamento dello sviluppo economico dell’Italia”.

Nel presente lavoro, dunque, pretendiamo affrontare il tema della ragionevole durata del processo nel Brasile e nell’Italia.

Nel primo capitolo, cercheremo di individuare la natura del diritto alla durata ragionevole del processo in modo di unificare il discorso, non solo sulla terminologia scientifica più adatta da essere impiegata per il trattamento dell’argomento, ma, principalmente, affinché si possano visualizzare gli effetti di questo diritto sul processo e a tutti coloro che – diretta o indirettamente – subiscono gli effetti di una durata non ragionevole del rapporto processuale.

Ancora nello stesso capitolo, faremo un approccio storico sui diritti fondamentali processuali nelle Costituzioni italiane e brasiliane lungo gli anni, per un’analisi evolutiva delle Carte costituzionali riguardo a questi diritti, specialmente, a quello del processo in tempo ragionevole.

Nel secondo capitolo, lavoreremo con l’idea che il diritto alla ragionevole durata integra la nozione di processo giusto. Pertanto, faremo un paragone fra il

⁵ FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. AIREs, José Rover. **A Reforma do Judiciário: uma análise sistêmica da nova estrutura e organização**. In Pensar, Fortaleza, v. 17, n° 2, jul./dez. 2012, pp. 478/479.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1971, p. 412.

processo giusto in Italia e in Brasile, e anche paragoneremo il diritto alla ragionevole durata del processo nei due paesi.

Alla fine di questo capitolo, analizzeremo l'elemento in comune tra "processo giusto" e "processo in tempo ragionevole".

Passando al terzo capitolo della tesi, cercheremo stabilire uno Studio comparativo – quando possibile – fra alcune tecniche processuali adottate dall'ordinamento giuridico italiano e quello brasiliano, in modo di permettere che il processo civile si sviluppi nel minor tempo possibile, senza violare altri diritti garantiti alle parti, cioè, meccanismi per l'ottenimento di un processo in tempo ragionevole.

Inizialmente, in questo capitolo, tratteremo di identificare che le tecniche per l'ottenimento di un processo con ragionevole durata sono definite come tecniche di "sommarizzazione" processuale. Quindi, divideremo, conforme contributi dottrinari, queste tecniche di sommarizzazione in due gruppi: tecniche di sommarizzazione materiale e tecniche di sommarizzazione formale del processo, definendo il contenuto e la portata di ognuna di esse.

Dopo, lavoreremo individualmente con le tecniche di sommarizzazione, iniziando da quella materiale. In questa, affronteremo la questione della tutela cautelare e della tutela anticipata, sia nel sistema processuale italiano, sia in quello brasiliano. Nell'approccio delle tecniche di sommarizzazione formale, faremo l'analisi di tre istituti tipici – dato le sue peculiarità – del diritto processuale civile brasiliano: la sentenza di improcedibilità *prima facie*, le sintesi vincolanti e i Tribunali Speciali Civili, in modo di approfittare l'esperienza brasiliana nell'impiego di queste tecniche.

Alla fine del capitolo, cercheremo di identificare se esistono e quali sino i limiti d'applicazione delle tecniche di sommarizzazione del processo civile.

Infine, presenteremo le conclusioni a cui siamo potuti arrivare attraverso la realizzazione del presente studio.

1. TEMI ESSENZIALI ALLO SVILUPPO DELLA TESI PROPOSTA

Per una migliore comprensione delle idee messe nel presente lavoro, si fa necessaria un'adeguata comprensione sulla natura dei diritti processuali messi nelle Costituzioni Italiana e brasiliana.

Si ha scritto molto su di essi, intanto, non c'è unità nella dottrina sulla quale l'effettiva posizione che occupano nello scenario delle norme giuridiche. E questo è fondamentale affinché si possa non solo comprendere le su strutture, ma, principalmente, identificare gli effetti che possono produrre dinanzi al caso concreto, perché tutta la norma, momento di sintesi di fatto e valore, rappresenta la relazione o misura che integra uno all'altro di questi elementi⁷.

Si mostra anche essenziale alla presentazione dei diritti processuali – messi nelle carte costituzionali dei due paesi – lungo la storia, in modo che si possano vedere le sue evoluzioni e identificare lo stage attuale di progresso in cui si trovano.

Tutto ciò, non solo per fare la mappa d quello che è stato e quello che é, ma fondamentalmente, affinché si possa vedere e lottare per quello che sarà, in termini di diritti fondamentali processuali.

Così, si passa a quest'abbordaggio storico e il tentativo di uniformizzazione del discorso a riguardo dei diritti processuali, nelle Costituzioni italiana e brasiliana.

1.1. Uniformazione del discorso: principi processuali costituzionali o diritti fondamentali processuali?

La democrazia costituzionale è sempre un sistema nomodinamico⁸, giacché il processo di creazione e applicazione delle norme giuridiche parte da un'analisi relazionale dei suoi organi con l'esteriorità dei contenuti⁹. In questo passo, le norme costituzionali delimitano il processo di formazione delle altre norme giuridiche e garantiscono che esse siano idonee per presentare, grazie

⁷ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. DINIZ, Maria Helena. GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Steveson. *constituição de 1988: Legitimidade, vigência e eficácia*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 72.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – Teoria del Diritto e della democrazia**. Vol 2, Bari: Editori Laterza, 2007, p. 14.

⁹ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 28.

alla loro collocazione nel cuneo della gerarchia delle fonti delle norme, i requisiti essenziali che si esigono da esse, sia quelli di forma o quelli di sostanza¹⁰.

Perciò, l'idea di gerarchia delle norme costituzionali sulle altre norme che integrano il sistema legale di un paese è espressione legittima di uno Stato dove la costituzione visa a mettere d'accordo le strutture del potere politico e l'organizzazione della società secondo la misura del diritto¹¹. È, infine, la legge suprema dello Stato, perché è in essa che si trova la propria strutturazione di questo e l'organizzazione dei suoi organi, ed è in essa dove sono stabilite le norme fondamentali dello Stato¹².

Quest'idea di supremazia della Costituzione, che non è nuova nel Diritto¹³, trova nell'opera di Kelsen grande espressione, considerandosi che l'ordine giuridico non è un sistema di norme coordinate ad uguale livello, ma una gerarchia di diversi livelli di norme giuridiche¹⁴, dove la Costituzione rappresenta il livello più elevato del diritto positivo¹⁵. Bisogna ricordare che l'Italia adotta esplicitamente questo sistema piramidale. Si vedano le disposizioni preliminari del Codice Civile italiano del 1942, che stabiliscono che "La formazione delle leggi e l'emanazione degli atti del Governo aventi forza di legge sono disciplinate da leggi di carattere costituzionale"¹⁶ e "Il potere regolamentare del Governo è disciplinato da leggi di carattere costituzionale"¹⁷. Nel sistema brasiliano, sono rare le regole di interpretazione positive in testo legale. Quelle esistenti si concentrano nella Legge di Introduzione al Codice Civile (Decreto-Legge 4.657 del 1942), che, a fianco delle norme sulla validità delle leggi, diritto intertemporale e diritto internazionale particolare, consacrano

¹⁰ FERRAJOLI. Luigi. **Principia iuris – Teoria del Diritto e della democrazia**. Vol 2, Bari: Editori Laterza, 2007, p. 14.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 357.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 9ª edição, 1994, p. 47.

¹³ Si veda il precedente statunitense del celebre caso *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 - 1803), in cui l'argomentazione contenuta in esso conduce alla conclusione che: senza il controllo di costituzionalità, la legge può derogare la Costituzione, che perde in questo modo il suo carattere di regola obbligatoria (LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **O controle da constitucionalidade das medidas provisórias: a judicialização da política**. In Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre, ano 13, nº 46, 2002, p. 41)

¹⁴ KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Los Angeles: University of California Press, 1967, p. 221.

¹⁵ KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Los Angeles: University of California Press, 1967, p. 222.

¹⁶ Articolo 2º.

¹⁷ Articolo 3º.

soltanto due proposizioni riguardanti il tema: una sull'integrazione¹⁸ e l'altra di impronta teleologica¹⁹. La dottrina converge nel senso che le norme sull'interpretazione, ancora quando costanti nel Codice Civile o in un testo che si premetta ad esso, si rivestono di impronta materialmente costituzionale²⁰.

Prima dell'attuale comprensione della forza gerarchico-strutturante delle Costituzioni come fonte principale del Diritto, la crescita dei movimenti liberali esaltando il principio della supremazia della legge e del parlamento – principalmente nell'Europa del secolo XVIII²¹ – ha fatto sì che fosse ritardato il riconoscimento del valore giuridico delle costituzioni²². La cornice storica del nuovo Diritto Costituzionale, nell'Europa Continentale, è stato il costituzionalismo del dopo guerra, specialmente in Germania e Italia²³. La ricostituzionalizzazione dell'Europa, subito dopo la 2^a Grande Guerra e lungo la seconda metà del secolo XX, ha definito nuovamente il posto della Costituzione e l'influenza del Diritto Costituzionale sulle istituzioni contemporanee. L'avvicinamento delle idee di costituzionalismo e di democrazia ha prodotto una nuova forma di organizzazione politica, che risponde con diversi nomi: Stato democratico di diritto, Stato costituzionale di diritto, Stato costituzionale democratico²⁴. Sull'argomento Lenio Luiz Streck²⁵ dice che

¹⁸Art. 4º Quando la legge sia omissa, il giudice deciderà il caso d'accordo con l'analogia, i costumi e i principi generali del diritto.

¹⁹Art. 5º Nell'applicazione della legge, il giudice attenderà ai fini sociali a cui essa si rivolge e alle esigenze del bene comune.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 1999, pp. 82/83.

²¹ Il costituzionalismo classico, come movimento rivoluzionario di vocazione universale, nasce durante la Rivoluzione Francese, alla fine del secolo XVIII, scandita in una triade: garanzia dei diritti individuali, sovrania nazionale, separazione di poteri. In un'accezione più ristretta, il costituzionalismo, come movimento contrario al antico regime, cercava essenzialmente la limitazione del potere statale con finalità di garanzia. Le norme costituzionali avevano carattere evidentemente individualista, come i diritti civili e politici. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I, Coimbra: Editora Coimbra, 1997, pp.110/175).

²² MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 181.

²³ BARROSO, Luis Roberto. **Noeconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. In Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº 09, março/abril/maio, 2007, p. 02.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Noeconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. In Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº 09, março/abril/maio, 2007, p. 03.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro/junho, 2009, p. 66.

Il secolo XX è stato generoso per il Diritto e la Filosofia. Nel Diritto, il secondo dopo guerra ha proporzionato l'incorporazione dei diritti di terza dimensione all'elenco dei diritti individuali (prima dimensione) e sociali (seconda dimensione). Le sfaccettature ordinatrice (Stato Liberale di Diritto) e promotrice (Stato Sociale di Diritto), lo Stato Democratico di Diritto aggiunge un *plus* (normativo): il Diritto passa ad essere trasformatore.

In Brasile – dove il diritto è nato dal ramo che il colonizzatore portoghese ha portato e innestato nel nuovo continente²⁶ – il fenomeno della costituzionalizzazione del diritto è sorto con la Costituzione del 1988. Infatti, la Carta Democratica di ottobre ha un nitido carattere neocostituzionale, una volta che da essa si è cominciata una valorizzazione non meramente formale della Costituzione, come in altri tempi si era osservata, ma anche materiale, potenzializzata dalla normatività dei suoi principi e dalla previsione di una serie di diritti e garanzie fondamentali, che hanno come scopo rafforzare il sistema costituzionale su tutte le sfere del diritto²⁷. La Costituzione del 1988 ha cominciato a referendare contenuti che portano l'interprete a capirla come inserita nell'elenco di quel costituzionalismo il cui oggetto fondante si trova nei diritti umani, i quali devono orientare non solo i lavori dei giuristi, ma anche l'azione delle autorità pubbliche e della società nella sua totalità²⁸. Il fatto è che a partire della Carta Costituzionale brasiliana del 1988, si crea un nuovo scenario giuridico-costituzionale, per cui dietro ogni regola c'è un principio che collega detta regola/norma al mondo dei fatti²⁹.

Sotto questa nuova prospettiva – chiamata di neocostituzionalismo³⁰ – lo Stato e il diritto brasiliani hanno acquistato dei nuovi contorni³¹. Si è cominciato

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27.

²⁷ MACHADO, Clara Cardoso. **O neoconstitucionalismo e a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas**. In Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba: UniBrasil, vol. 2, n° 2, julho/dezembro, 2007, p. 03.

²⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado Nacional Constitucional como fenômeno contemporâneo: Problemas e perspectivas**. In Revista Estudos Jurídicos, São Leopoldo, Vol. 37, n° 100, maio/agosto, 2004, p. 13.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 06.

³⁰ Neocostituzionalismo é anche conosciuto come costituzionalismo di diritti, costituzionalismo avanzato o paradigma argomentativo. (SANCHÍS, Luis Pietro. **Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial**. Lima: Palesta Editores, 2007, pp. 109/111).

³¹ Il neocostituzionalismo si presenta con tratti propri e caratteristici, come sono, l'adozione di modello prescrittivo di costituzione come norma; la composizione del diritto non solo con delle

ad analizzare il diritto non soltanto come ordine coattivo proveniente dall'autorità statale, ma a partire dalla sua ricerca incessante di legittimazione sociale, attraverso la costituzionalizzazione dei principi e dei diritti fondamentali, fino alla positivazione del diritto naturale³². E la Costituzione, modellata precedentemente come normativo-programmatica, si è elevata ad un modello principiologico-interventivo³³.

In Italia, il termine neocostituzionalismo è nato dalla Scuola di Genova, che, alla fine degli anni '90, ha cominciato a farne uso per denominare le forme e i modi che il costituzionalismo è andato assumendo negli ultimi decenni, nella profusione filosofica di R. Alexy, C. Nino, R. Dworkin e nella sempre più vasta letteratura che a questa produzione filosofica esplicitamente si richiama³⁴.

Sul carattere principiologico esistente anche nella Costituzione italiana, vale ricordare la storica sentenza n. 1146 del 1988³⁵. In questo giudizio, la Corte Costituzionale riconosce che

La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana.

Riccardo Guastini afferma perfino che le Costituzioni³⁶, sotto il prisma del neocostituzionalismo, si sono trasformati in "Costituzioni invasore", perché

norme, ma anche con principi; l'adozione della tecnica interpretativa della ponderazione o bilanciamento; e la consegna dei compiti di integrazione alla giurisprudenza e di compiti pragmatici alla teoria del Diritto. (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. **Neocostitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006, p.79)

³² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 4ª edição, 2007, p. 171.

³³ HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes e NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O costituzionalismo principiologico como condição de possibilidade para a concretização dos direitos humano-fundamentais**. In *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1º quadrimestre de 2011, p. 108.

³⁴ MAZZARESE, Tecla. **Neocostituzionalismo e positivismo giuridico**. in *Ragion pratica*. 2/2003, pp. 557/564, doi: 10.1415/10873.

³⁵ In "Giur. cost.", 1988, p. 5569 e ss.

capaci di collegare sia il diritto, la giurisprudenza dottrinale e lo stile, l'azione degli attori politici, come anche i rapporti sociali³⁷.

Sul neocostituzionalismo nel Brasile, il Supremo Tribunale Federale brasiliano, nel giudizio del Ricorso Straordinario n° 477.554, ha annotato che

La forza normativa di cui si trovano impregnati i principi costituzionali e l'intervento decisivo rappresentato dal rafforzamento della giurisdizione costituzionale esprimono aspetti di alto rilievo che delineano alcuni degli elementi che compongono la cornice dottrina che conferisce supporto teorico al neocostituzionalismo, per permettere, in prospettiva di implementazione di concretezza, la piena realizzazione, nella sua dimensione globale, del proprio testo normativo della Costituzione (STF, Ricorso Straordinario n° 477554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, giudicato il 1°.07.2011)

Dinanzi a questa condizione peculiare delle norme costituzionali dentro l'ordinamento giuridico dello Stato, si può concludere a riguardo della rilevanza della sua interpretazione, nella misura in cui creano le direttrici per la comprensione di tutto l'ordine giuridico³⁸, rivolgendosi e limitando le possibilità legittime e legali della concretezza materialmente definita del diritto, nell'ambito del suo quadro³⁹. Importa ricordare che in testi costituzionali non hanno lo scopo di consegnare al lettore-interprete un senso prestabilito e preciso del tenore che essi esprimono. Carlos Maximiliano afferma che all'interprete compete prendere dalla formula tutto ciò che nella medesima è contenuto, implicita ed esplicitamente, ciò che, di regola, solo è possibile raggiungere sperimentando le varie risorse dell'ermeneutica⁴⁰. Si afferma perciò, che interpretare è:

³⁶ Fra le quali la brasiliana e italiana.

³⁷ GUASTINI, Riccardo. **La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano.** In Estudios de teoría constitucional. México/DF: Fontamara, 2003, p. 153.

³⁸ GUERRA, Sidney. EMERIQUE, Lílian Márcia Belmant. **Hermenêutica dos Direitos Fundamentais.** In Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, N° 7 - Dezembro de 2005, p. 302.

³⁹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000, p. 56.

⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 111.

Pur inconsciamente, prendere partito per una concezione del Diritto, il che significa dire, per una concezione del mondo e della vita. Interpretare è dar vita ad una norma. Questa è una semplice proposizione ipotetica di una condotta futura. In questo modo, è un obiettivo ideale, invisibile (il testo scritto però, è la rappresentazione della norma, ma non la norma vera e propria) e suscettibile di essere percepito dal ragionamento e dall'intuizione. Il ragionamento e l'intuizione, tuttavia, appartengono ad un determinato uomo, e perciò, sono colmi di soggettivismo. Ogni interprete è, nonostante non lo voglia, un filosofo, un politico della legge⁴¹.

Nella storia del diritto brasiliano, ci sono casi interessanti coinvolgendo, appunto, l'interpretazione dei testi costituzionali, specialmente a riguardo della ragionevolezza (o meno) dell'interpretazione e la possibilità di esercizio di appello sostitutivo. Al tempo della Costituzione del 1946 – che è sopravvissuta alla rinuncia di un presidente⁴² e a un breve periodo di parlamentarismo nel Brasile⁴³ – corrispondeva al Supremo Tribunale Federale giudicare in ricorso straordinario⁴⁴ le cause decise in unica o ultima istanza da altri tribunali o giudici quando la decisione fosse contraria a quanto disposto dalla Costituzione o alla lettera di trattato o legge federale. Questo era il testo del caput, III, “a”, dell'articolo 101, della CF/46. In 1964, il Supremo Tribunale Federale ha editato la summa 400, il cui tenore era: “Decisione che ha dato un'interpretazione ragionevole alla legge, nonostante non sia la migliore, non autorizza ricorso straordinario secondo la lettera “a” dell'Art. 101, III, della Costituzione Federale”. L'applicazione di questa ordinanza ha avuto come obiettivo ritirare dalla competenza del STF la revisione di atti giuridici che fossero ragionevoli, riconoscendo esplicitamente la nozione positivista che non esiste una e soltanto una decisione giuridicamente corretta *a priori* per ogni caso concreto⁴⁵. Oggi, con la Costituzione del 1988 e i cambiamenti di paradigmi portati da essa, l'orientamento giurisprudenziale del STF a riguardo del tema ha sofferto un giro di centottanta gradi. Questo perché:

⁴¹ HARKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o Direito à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 112.

⁴² Jânio da Silva Quadros, il 25 agosto 1961.

⁴³ Da settembre 1961 a gennaio 1963.

⁴⁴ Fra altre ipotesi.

⁴⁵ COSTA, Alexandre Araújo. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF**. Brasília: Thesaurus, 2008, pp. 20/22.

Temi di indole costituzionale non vengono esposti, in forza della propria natura di cui si rivestono, l'incidenza dell'enunciato 400 della Decisione del Supremo Tribunale Federale. Questa formulazione decisoria non ha qualsiasi pertinenza e applicabilità alle cause che veicolino, davanti al Supremo Tribunale Federale, in sede di ricorso straordinario, questioni di diritto costituzionale positivo. In una parola: in materia costituzionale non bisogna cogitare l'interpretazione ragionevole. L'esegesi di precetto iscritto nella Costituzione della Repubblica, molto di più di ciò che è semplicemente ragionevole, deve essere giuridicamente corretta. (STF, AI 145680 AgR, Relatore(trice): Min. CELSO DE MELLO, Primo Gruppo, giudicato il 13/04/1993)

La Costituzione non può essere, quindi, ciò che l'interprete vuole (*the Constitution cannot be merely what its interpreters wish to be*). Si tratta, di un'avvertimento che stabilisce i limiti al nucleo della critica principale al positivismo: il problema della discrezionalità; si tratta di esaminare la tensione fra testo e senso del testo, problematica che accompagna e provoca angoscia nell'uomo da quando il *logos* ha superato il mito⁴⁶.

Affinché si possa trovare il vero (e unico) senso del testo costituzionale, come quello di ogni norma giuridica, si deve attribuire un significato a manifestazioni di un determinato linguaggio, in cui l'interpretazione corrisponderà all'insieme dei processi logici e pratici, mediante i quali si realizza quest'attribuzione di significato⁴⁷. Ed è giustamente nell'ermeneutica, che ha come oggetto l'indagine e coordinamento – in modo sistematico – dei sensi e dei fini delle norme giuridiche e la restaurazione del concetto organico del diritto, per effetti della sua applicazione e interpretazione⁴⁸, dove l'interprete deve cercare questo senso del testo costituzionale.

Il procedimento ermeneutico costituzionale riconosce come norme quelle che compongono un certo sistema giudiziario, e lavora con una logica razionale, di natura assiologica, gerarchizzatrice e finalistica, cominciando a dare preferenza più al contenuto che alla forma (senza ferire e, specialmente)

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta.** In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. A filosofia no Direito e a filosofia do Direito. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, volume 1, nº 5, 2007, p. 125.

⁴⁷ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Madrid: Tecnos, 6ª edição, 1999, pp. 254/255.

⁴⁸ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª edição anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1999, p. 456.

per qualificare l'unitarietà del sistema giuridico⁴⁹. A partire da questa prospettiva, il concetto di sistema giuridico è stato ridimensionato⁵⁰ – con il fine di fronteggiare anche il punto pertinente delle “antinomie giuridiche”, conforme insegna Juarez Freitas⁵¹, *verbis*:

Si considera più appropriato concettuare il sistema giuridico come una rete assiologica e gerarchizzata di principi generali e topici, di norme e di valori giuridici la cui funzione è quella di, evitando o superando antinomie, compiere i principi e obiettivi fondamentali dello Stato Democratico di Diritto, così come si trovano consostanziati, esplicita o implicitamente, nella Costituzione.

È in questo quadro che i principi agiscono in modo sistematico e sistematizzatore⁵² della pretesa costituzionale, essendo indissolubili dal modello neocostituzionale, dato che è la sua normatività che si proietta su tutto l'ordinamento giuridico⁵³. I principi di interpretazione costituzionale e i metodi ermeneutici tradizionali devono essere applicati in un insieme, sotto pena di ottenersi un'interpretazione limitata o semplicistica. Così, tali principi affermano: l'unità della Costituzione; il suo effetto integrativo; la massima effettività delle norme costituzionali; la concordanza pratica o dell'armonizzazione; la forza normativa della costituzione e dell'interpretazione secondo la Costituzione.

Il principio dell'unità della Costituzione, sorge dall'idea che il procedimento di interpretazione è inserito in un certo ordinamento giuridico, per mezzo del quale, si considera l'insieme dei dispositivi della Carta, in modo di rendere inviabili possibili contraddizioni fra le norme. Nella sintesi presentata da Canotilho⁵⁴

⁴⁹ RICHTER, Luiz Egon. MÜLLER, Thaís Carnieletto. Considerações sobre uma hermenêutica sistêmica. *In Revista de Direito*, Santa Cruz do Sul, n° 13, 2000, p. 43.

⁵⁰ Di fonte alle idee del Diritto come sistema, già esistenti e consacrate, v.g., a de Claus-Wilhelm Canaris.

⁵¹ FREITAS, A **melhor interpretação vs. única resposta correta**. *In SILVA*, Virgílio Afonso da (Org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 352/353.

⁵² FREITAS, Juarez. **A melhor interpretação vs. única resposta correta**. *In SILVA*, Virgílio Afonso da (Org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 352/353.

⁵³ PEREIRA, Cynthia Nóbrega–THEMIS - *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – Fortaleza*, v.7, n.1, jan/jul, 2009, p. 88.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 162.

Perciò l'interprete deve sempre considerare le norme costituzionali, non come norme isolate e disperse, ma si come precetti integrati in un sistema interno unitario di norme e principi.

Sorge dai principi di interpretazione costituzionale, trattandosi di effetto integratore, permettendo la prevalenza degli elementi che vengano a realizzare l'unità politica in prestigio all'integrazione sociale e politica⁵⁵, come un fine che si propone raggiungere il testo costituzionale. Nella condizione di principio ermeneutico costituzionale figura ancora, l'effettività che avviene dalla forza normativa della Costituzione, nella misura in cui, il processo interpretativo diventa legittimo quando è applicato dalla massima effettività o efficacia della norma costituzionale⁵⁶.

In ambito di principi dell'interpretazione costituzionale, si aggiunge quello rivolto all'armonizzazione, con l'obiettivo di proteggere i diversi beni tutelati coinvolti e, collocando in ambito pratico la verifica del "non pregiudizio" di uno o altro bene⁵⁷. Si tratta, dunque, essenzialmente di ponderazione nei casi di collisione di diritti fondamentali. Nell'insegnamento di SARLET⁵⁸

Non si tratta dell'attribuzione di una prevalenza assoluta di un valore sull'altro, ma si, nell'intento di applicazione simultanea e compatibilizzata di norme, pur quando nel caso concreto diventi necessaria l'attenuazione di una di esse.

Oltre a questo, consta dal principio dell'interpretazione secondo la Costituzione la necessità di rendere compatibile le altre che compongono il sistema giuridico al testo costituzionale, giacché "determinata disposizione legale offre diverse possibilità di interpretazione, essendo alcune di esse incompatibili con la propria Costituzione⁵⁹".

Questa combinazione di principi di interpretazione sorge dalla propria supremazia della Costituzione e, converge nel senso della funzione stabilita

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.097.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.097.

⁵⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997, pág. 91.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição**. Revista da Ajuris, nº 66, 1996, p. 121.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 222.

nelle lettere democratiche, cioè: a partire da un sistema di diritti fondamentali rendere perfettibili i diritti che riguardano la dignità umana⁶⁰. In questo senso, afferma Jorge Miranda⁶¹

La Costituzione conferisce un'unità di sentimento, di valore e di concordanza pratica al sistema dei diritti fondamentali. E lui riposa sulla dignità della persona umana, cioè, sulla concezione che fa diventare la persona fondamento e fine della società e dello Stato.

C'è, quindi, un innegabile ridimensionamento nel paradigma dell'ermeneutica. Queste trasformazioni non riguardano solo i metodi interpretativi, ma si riferiscono alla concezione di un sistema aperto, che si serve di principi e procedimenti argomentativi per dedurre il senso della norma in analisi. Conforme Fiuza⁶²:

Il sistema giuridico, sia codificato o no, non deve essere visto come qualcosa di esaustivo, né deve pretendere di esserlo. L'interpretazione deve prendere come punto di partenza il caso concreto, cercando di coniugare le idee della giustizia e della sicurezza giuridica.

Passando ad un'analisi dei riflessi di questa nuova ermeneutica costituzionale sul diritto processuale civile, si percepisce che, nel diritto brasiliano, i tribunali – compreso il Supremo Tribunale Federale – si servono indiscriminatamente delle espressioni “principi processuali costituzionali”⁶³, “garanzie processuali costituzionali”⁶⁴ e “diritti fondamentali processuali”⁶⁵ per

⁶⁰ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional: una mirada (de soslayo) al neoconstitucionalismo**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), julho/dezembro, 2009, p. 15.

⁶¹ MIRANDA Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. v. 4, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 166.

⁶² FIUZA, César. **Direito Civil**. 9ª edição, Belo Horizonte-MG: editora Del Rey, 2006, p. 99.

⁶³ Come esempio di applicazione di questa denominazione nel Supremo Tribunale Federale brasiliano: AI 845162 AgR, Relatore(trice): Min. ELLEN GRACIE, Secondo Gruppo, giudicato il 02/08/2011, DJe-160 DIVULG 19-08-2011 PUBLIC 22-08-2011 EMENT VOL-02570-04 PP-00828.

⁶⁴ Come esempio di applicazione di questa denominazione nel Supremo Tribunale Federale brasiliano: RE 642176, Relatore(trice): Min. AYRES BRITTO, giudicato il 20/09/2011, pubblicato em DJe-191 DIVULG 04/10/2011 PUBLIC 05/10/2011.

⁶⁵ Come esempio di applicazione di questa denominazione nei tribunali inferiori: Tribunale di Giustizia dello Stato del Paraná: 6367288 PR 0636728-8, Relatore: GamalielSemeScaff, Data del Giudizio: 19/01/2011, 13ª Camera Civile, Data di Pubblicazione: DJ: 561; Tribunale di Giustizia dello Stato del Rio Grande do Sul: Appello Civile N° 70036249621, Terza Camera

identificare i riflessi della Costituzione Federale nel processo civile. Di forma identica, succede questo fenomeno in Italia⁶⁶. Ed è assolutamente naturale che ci sia questo collegamento indissociabile (non solo terminologico) fra processo e Costituzione, perché il Codice di Processo Civile e le leggi stravaganti di processo non sono niente più e niente meno che 'leggi che regolamentano la garanzia costituzionale di Giustizia contenuta nella Costituzione', giacché la Costituzione può essere studiata d'accordo con le garanzie che presenta di fronte all'arbitrio dello Stato. Garanzie queste che l'esercizio dei poteri statali non ferirà diritti individuali e collettivi⁶⁷.

Questa nuova prospettiva del diritto processuale, a partire dal neocostituzionalismo, conduce all'esigenza che l'interpretazione e applicazione delle norme processuali realizzino ciò che la Costituzione tratta come diritto fondamentale. In questo senso, la traiettoria del processo civile raggiunge quello che viene essendo chiamato di neoprocessualismo⁶⁸. Fenomeno questo che insorge dalla costituzionalizzazione dei diritti e garanzie processuali e che, oltre a ritirare dal Codice di Processo la centralità del ordinamento processuale (fenomeno della decodificazione), risalta il carattere pubblicistico del processo⁶⁹.

Su questa strada evolutiva del processo civile, è restata superata la concezione del processo come mera formalità per la realizzazione del diritto materiale, attraverso lo strumentalismo in cui si afferma l'autonomia scientifica del processo e il suo carattere finalistico⁷⁰, rendendo possibile inoltrarsi in questa fase⁷¹ in cui il processo civile viene retto dai diritti fondamentali e principi processuali, i quali fanno diventare indissociabili il processo e la costituzione.

Speciale Civile, Tribunale di Giustizia del RS, Relatore: Maria José Schmitt Sant Anna, Giudicato il 20/07/2010.

⁶⁶ Ad esempio: Ordinanza 35/2013 (Corte Costituzionale).

⁶⁷ ZANETI JÚNIOR. Hermes. **Processo Constitucional: relações entre processo e Constituição**. In Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 26.

⁶⁸ DIDIER JR. Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. **In Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro**. TELLINI, Denise Estrela. JOBIM, Geraldo Cordeiro. JOBIM, Marco Félix. (ORG). Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 199.

⁶⁹ CAMBI, Eduardo. **Neocostitucionalismo e neoprocessualismo**. In Panóptica. Vitória, ano 1, nº 6, fevereiro de 2007, p. 25.

⁷⁰ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Civil**. 20ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 8/9.

⁷¹ CAMBI, Eduardo. **Neocostitucionalismo e neoprocessualismo**. In Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz;

In questo modo, è essenziale che si realizzi in questo momento e sotto questa prospettiva del neoprocessualismo, un'operazione ermeneutica affinché si possa bene classificare il contenuto delle norme processuali – fra le quali quella che regola la ragionevole durata del processo – messe nelle Costituzioni italiana e brasiliana come contenuto principiologico o come rivelatore di diritto fondamentale. Bisogna risaltare che quest'indagine non presenta impronta meramente tassionomica-scientifica, ma da questa verranno tratti riflessi importanti nel campo della sua efficacia e sovrania.

Come primo passo di quest'operazione ermeneutica, si devono tracciare i concetti di “principi” e di “diritti fondamentali”, come anche gli elementi che lo costituiscono.

Prima, però, è necessario distinguere fra “regole” e “principi”. Nonostante compiano ruoli diversi nel sistema, le regole e i principi hanno punto di contatto: le due figure sono specie di “norme”. Infatti, disse Alexy⁷² che *“La distinzione fra regole e principi è, quindi, una distinzione fra due tipi di norma”*, visto che queste due categorie esercitano una funzione deontica. Fra i criteri tradizionali di differenziazione fra regole e principi ci sono: criterio della generalità; criterio della determinabilità dei casi di applicazione; criterio a partire dal fatto di trattarsi di ragioni per regole o di essere regole in sé stesse; criteri di essere norme di argomentazione o norme di comportamento. Con base in questi criteri Alexy⁷³ presenta tre possibili tesi, diverse fra di loro, sulla differenza fra regole e principi: la prima di queste afferma che, a causa della diversità fra le due categorie di norme, sarebbe impossibile distinguerle; la seconda tesi informa che esiste distinzione fra regole e principi, per quanto riguarda i diversi gradi di generalità; e, una terza tesi, che acquisisce una distinzione di grado e di qualità fra le due specie, a partire della quale è possibile riconoscere una struttura delle norme di diritto fondamentale, presentando criteri che identificano precisamente la distinzione fra principi e regole, come categorie di norme.

Nelle parole di Eros Grau, un sistema, oppure ordinamento giuridico, non sarà mai integrato esclusivamente da regole, perché in esso si trovano, anche,

WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson; (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 662/683.

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 89/90.

principi giuridici o principi di Diritto. Così, nel Diritto, come ordine giuridico, i principi giuridici possono essere presi, basicamente, in due sensi: nel primo, come principi positivi del diritto, e, nel secondo, come principi generali del Diritto⁷⁴.

In questo senso, il nucleo dell'incidenza dei principi, in quanto categoria di norme, è che loro sono *comandamenti di ottimizzazione*, realizzabili nella maggior misura possibile a partire della realtà dei fatti e giuridica. Con relazione alle regole, diverse dei principi, esse sono o no realizzate, cioè non le mette in rapporto, dunque, con misure o gradi possibili di incidenza delle regole, giacché in esse si contengono determinazioni. Quindi, esse sono soddisfatte o no, realizzabili o no, valide o no. In questo modo, la distinzione fra regole e principi è evidentemente qualitativa.

Nella strutturazione delle norme di diritto fondamentale, a partire della distinzione fra regole e principi, diventa caratteristico in queste categorie di norma, il suo senso *prima facie*⁷⁵. I principi trattati come comandamenti di ottimizzazione non portano un comando definitivo, ma soltanto *prima facie*. Ciò avviene in senso opposto quando si tratta di regole, che sono realizzabili o no, nei limiti delle possibilità fattiche. La fortificazione del carattere *prima facie* dei principi avviene per il carico argomentativo che si presenta, a partire dei diversi interessi che essi affettano. Perciò, risulta che i diritti fondamentali hanno un carattere principiologico, visto che per quanto riguarda l'effettività, un modello puramente di regole non basta⁷⁶, ragione per la quale la teoria dei principi si riveste dell'importanza nell'attuale ermeneutica giuridica.

Nella lezione di Jorge de Miranda⁷⁷, i principi hanno intrapreso una funzione ordinatrice, quando: permettono la loro applicazione immediata; quando si prestano a interpretazione e integrazione coerente delle norme costituzionali; come elemento nella costruzione e qualificazione dell'ordinamento costituzionale; così anche nella loro funzione prospettiva:

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82.

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103.

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 179.

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, v. 2, pp. 254/255.

capace di innovare il sistema giuridico d'accordo con le prospettive costituzionali.

Tali caratteristiche superano l'idea di principi come norme programmatiche, quando rendono un'applicabilità pronta e permettono che la loro incidenza diventi importante in coerenza all'ordinamento giuridico e la capacità di questo sistema di dare risposte in ambito pratico. Inoltre, dialogano con la sfida di effettivazione dei diritti fondamentali, quando compone lo scopo di una nuova ermeneutica, orientata a attribuire valore alle norme⁷⁸, allontanando l'attività silogistica che ridurrà l'interpretazione giuridica a mero procedimento logico della regola di fronte alla situazione dei fatti.

Fuori questo, la dottrina attribuisce diversi sensi e caratteristiche ai principi. In questo senso, sorgono ora delle quali norme qualificate, giacché esercitano proposizioni basiche da essere considerate e, in questa condizione in gerarchia superiore alle altre norme⁷⁹; ora, come norma uguale alle altre. Conforme propone Bobbio, i principi sono delle norme e possiedono una natura di complementarità al sistema giuridico e forza normativa⁸⁰:

Norme fondamentali o generalissime del sistema, le norme più generali. La parola principi porta allo sbaglio, tanto è vero che è una vecchia questione fra i giuristi se i principi generali sono norme. Per me non c'è dubbio: i principi generali sono norme come tutte le altre. E questa è anche la tesi sostenuta da Crisafulli. Per sostenere che i principi generali sono norme, gli argomenti sono due, ed entrambi validi; innanzitutto se sono norme quelle dalle quali sono tratti i principi generali, attraverso un procedimento di generalizzazione successiva, non si vede perché non devano essere norme anche quelli: se astraggo dalla specie animale ottengo sempre animali, e non fiori o stelle. In secondo luogo, la funzione per la quale sono tratti e impiegati è la stessa compiuta da tutte le norme, cioè, la funzione di regolare un caso. E con questa finalità sono tratti in caso di lacuna.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 585.

⁷⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. Volume 1, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pp. 19/21.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, pp. 158/159.

Perciò, si deduce che i principi sono comandamenti per ottimizzazione, servendo da procedimento per coerenza e innovazione dell'ordinamento giuridico, vista la loro dimensione valutativa accentata, per la loro stessa natura e ancora per concentrarsi nei valori di maggior perennità nella storia sociale e in quelli che raggiungano consistenza e legittimità culturale in un dato momento storico e, allo stesso tempo, esercitano queste funzioni di forma simultanea nello stesso processo di apprensione, comprensione e applicazione del Diritto⁸¹.

I diritti fondamentali, intanto, riguardano il proprio uomo, come garanzie positivate nel piano costituzionale che hanno succeduto l'affermazione dei diritti umani in ambito internazionale⁸². Per questa ragione, i diritti fondamentali estrapolano la portata dell'ordinamento giuridico nazionale, allo stesso tempo che lo vincolano anche, per trattarsi originariamente di diritti degli uomini che, a differenza dei primi, dispensano una positivazione per la loro validità⁸³. Secondo Alexandre de Moraes⁸⁴, i diritti fondamentali sono l'

insieme istituzionalizzato di diritti e garanzie dell'essere umano che ha come finalità básica il rispetto alla sua dignità, attraverso la sua protezione contro l'arbitrio del potere statale e lo stabilimento di condizioni minime di vita.

Ecco perché la dignità umana si costituisce come nucleo essenziale intangibile⁸⁵ dei diritti fondamentali. Specialmente, trattandosi di una categoria di diritti che appartengono a tutti i cittadini. In questo passo, Bonavides insegna⁸⁶:

La dignità della persona umana da molto ha smesso di essere esclusiva manifestazione concettuale di quel diritto

⁸¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2004, pp. 14/17.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

⁸³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria geral**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 39.

⁸⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 3ª edição, 2003, p. 49.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231.

naturale metapositivo, la cui essenza era cercata ora nella ragione divina ora nella ragione umana, consonante professavano nelle loro lezioni di teologia e filosofia i pensatori dei periodi classici e medioevo, per diventare, in ultimo caso, in una proposizione autonoma, del più alto tenore assiologico, irremissivamente perda alla concretizzazione costituzionale dei diritti fondamentali.

I diritti fondamentali sono prodotto di diversi periodi storici e politici, desiderosi di nuovi ordini, che hanno compreso le molteplici dimensioni di diritti e la complessità sociale attraverso la quale l'umanità è venuta trasformandosi. In questo modo, comprende la sfera delle libertà individuali e dei diritti politici, consustanziati come diritti di resistenza contro lo Stato⁸⁷, nella transizione dall'assolutismo al liberalismo.

Così, insegna Sarlet⁸⁸ che la prima dimensione di diritti è segnata dall'affermazione di libertà formali astratte; e la seconda è definita da libertà materiali e concrete. A questo seguono i cosiddetti diritti collettivi o diffusi, che riguardano tutti gli individui o certi gruppi, determinante della specificazione di diritti, ai quali si relazionano con la fraternità, con la sostenibilità e la qualità di vita. In questo senso, afferma Ferrajoli che la Costituzione brasiliana del 1988, si caratterizza come la più avanzata del costituzionalismo di terza generazione⁸⁹. Nel ciclo evolutivo dei diritti fondamentali, si presenta una quarta dimensione che comprende i diritti di partecipazione, di accesso all'informazione come strumento di realizzazione della democrazia, inerenti l'attuale stage di globalizzazione⁹⁰.

I diritti fondamentali si caratterizzano per una efficacia che irradia verso l'insieme dell'ordinamento giuridico⁹¹, per essere insuscettibili di retrocesso⁹², e per contare sulle chiamate garanzie che visano a farli diventare effettivi. José

⁸⁷ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 517.

⁸⁸ SARLET. Info Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56.

⁸⁹ FERRAJOLI. Luigi. **O constitucionalismo garantista e o estado de direito**. In *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. (Org) FERRAJOLI. Luigi. STRECK. Lenio Luiz. TRINDADE. Andre Karan. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 232/233.

⁹⁰ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 525.

⁹¹ ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 525.

⁹² CALIL DE FREITAS, Luiz Fernando. **Direitos Fundamentais**. Limites e restrições. Porto Alegre, 2007, p. 216.

Afonso da Silva classifica le garanzie dei diritti fondamentali in “*garanzie generali e garanzie costituzionali*”. Mentre la prima si riferisce all’esistenza e all’effettività dei diritti che conformano lo Stato Democratico di Diritto, la seconda si riferisce alle istituzioni e alla tutela dei diritti fondamentali, e si suddivide in garanzie generali e speciali che, insieme agiscono nella limitazione, imposizione di condotte negative o positive al potere pubblico, sia per l’osservanza o riparazione dei diritti fondamentali⁹³.

Secondo Alexy, il concetto di diritti fondamentali ospita tre aspetti che interagiscono fra di loro: formale, materiale e procedimentale. Ecco che, oltre a comporre il sistema positivo costituzionale, rivelano un contenuto di protezione ai diritti umani. Succede che trasformare diritti umani in diritti fondamentali presenta problemi istituzionali, trattati nell’ambito del concetto procedimentale, per il quale questa categoria di diritti è di tale importanza che non può restare in balia di maggioranze parlamentari affermarli e difenderli. In questo senso, significano supporto e, allo stesso tempo, limitazione della democrazia⁹⁴.

Importa ancora, che i diritti fondamentali sono considerati quando catalogati in questa forma al testo costituzionale, come quando nella forma di principi fondamentali informatori della pretesa costituzionale, come esplicitamente ammette la Carta brasiliana⁹⁵. Visti in questo modo, i principi costituzionali servono, nella condizione di categoria di norma, a ponderare, integrare, determinare ed innovare il sistema giuridico⁹⁶. Ugualmente, possono essere anche vocazionati ad apparire nella condizione di diritto fondamentale, quando riguardano l’organizzazione del proprio Stato e del regime adottato da lui⁹⁷, la dignità umana⁹⁸ fra gli altri principi che reggono il sistema costituzionale

⁹³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 191/192.

⁹⁴ ALEXY. Robert. **Teoria do discurso e direitos fundamentais**. Trad.: Maria Claudia Cachapuz. In *Direito natural. Direito positivo. Direito Discursivo*. HECK. Luis Afonso (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 123/126.

⁹⁵ SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, pp. 87/88.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 78/81.

⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 379.

⁹⁸ SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 105.

brasiliano. In questo senso il Tribunale di Giustizia dello Stato del Paraná ha già deciso⁹⁹:

Contemporaneamente, i principi costituzionali oltre ad essere principi in sé stessi, sono, in verità diritti fondamentali, per cui tutta la teoria di tali diritti inseriti nel nucleo della Costituzione Federale del 1.988 devono essere applicati nel diritto processuale, ragione per la quale avrebbero i citati principi lo status di diritti fondamentali processuali costituzionali. Nonostante non essere adeguato parlare di gerarchia fra principi, a riguardo di quelli che orientano il processo civile, indimenticabile la suprema importanza del principio del dovuto processo legale (due process of law), che lungo il tempo (1^a previsione di cui si ha notizia si trova nel lontano anno 1215) da lui si traggono diversi altri principi come sono: il contraddittorio, il giudice naturale, l'ampia difesa, ecc.

La teoria dei principi e la teoria dei diritti fondamentali hanno avuto la prerogativa di ridimensionare le prospettive date al Diritto lungo il secolo XX, ragione per la quale ancora sono oggetti d'analisi ed elaborazione da parte della dottrina, le loro nomenclature sono normalmente applicate in forma indistinta.

Intanto, è possibile identificare distinzioni fra principi e diritti fondamentali. I principi hanno doppia incidenza nel sistema giuridico di un paese: incidono come categoria di norma¹⁰⁰; o come meccanismi idonei a costituire un diritto fondamentale¹⁰¹. I diritti fondamentali, invece, sono diritti degli uomini portati in ambito costituzionale, impassibili di retrocesso, con applicazione immediata, irradiatori dell'ordinamento giuridico ai quali succedono le rispettive garanzie come mezzo di renderli effettivi, e che importano un ciclo storico evolutivo che corrisponde alla storia recente dell'umanità.

Queste ponderazioni circa la classifica delle garanzie processuali inserite nelle Costituzioni italiana e brasiliana come principi o come diritti fondamentali

⁹⁹ Apelação Cível nº 7592163 PR, 13ª Câmara Cível, Relatora: Angela Maria Machado Costa, Data de Julgamento: 20/07/2011.

¹⁰⁰Capace di servire al ordinamento giuridico per quanto riguarda la sua coerenza e perfezionamento, integrazione e innovazione e, che in questa qualità di norma sono ponderabili, nella misura in cui sono applicabili nella maggior misura possibile dato il suo carattere *prima-facie*, per mezzo di processi argomentativi.

¹⁰¹Quando il suo contenuto diventa viabile come un diritto rivolto al individuo, nonostante non sia catalogato in questo modo nel testo costituzionale.

ostenta grande importanza. Ciò perché, sia nel diritto italiano¹⁰², quanto in quello brasiliano¹⁰³, le norme che definiscono i diritti e garanzie fondamentali hanno applicazione immediata.

Così, l'uso del termine "principio" per l'esigenza costituzionale di una durata ragionevole al processo può avere l'inconveniente di preservare la concezione delle norme costituzionali spogliate da applicazione immediata.

In questo modo, si rivela necessaria la sostituzione dell'espressione "principio della ragionevole durata" con l'espressione "diritto fondamentale alla ragionevole durata", per lasciare chiara l'adozione di questa nuova cornice teorico-dogmatica che costituisce il nucleo del costituzionalismo contemporaneo: la teoria dei diritti fondamentali¹⁰⁴.

Inoltre, siccome i principi possono essere diritti fondamentali in sé stessi oppure categorie di norma, l'impiego dell'espressione "diritto fondamentale" ingloba anche l'idea di "principio" in quanto riguarda la ragionevole durata del processo, permettendo un'uniformizzazione del discorso che non si potrebbe ottenere per via inversa.

Sotto questo prisma, e per la manutenzione di un'unità concettuale, tratteremo la "ragionevole durata" e gli altri diritti processuali inseriti nelle Magne carte costituzionali italiana e brasiliana come "diritti fondamentali processuali".

1.2. I diritti fondamentali processuali positivi nelle Costituzioni Brasiliana e Italiana lungo il tempo

Il Diritto è la memoria della società, la cui funzione più antica e più permanente è quella di istituire il passato, certificare i fatti avvenuti, garantire

¹⁰² In questo senso: QUARANTA, Alfonso. LOPILATO, Vincenzo. **Il processo amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 202.

¹⁰³ In questo senso: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alváro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**.

[http://www.abdpc.org.br/abdpc/Articulos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/Articulos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf), accessed il 20 settembre 2011.

¹⁰⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 100.

l'origine dei titoli, delle regole, delle persone e delle cose. Questa missione di guardiano della memoria sociale è stata, da sempre, affidata ai giuristi¹⁰⁵.

Come punto di partenza si analizzano i diritti fondamentali processuali utilizzati durante la storia delle Costituzioni brasiliane e italiane.

1.2.1. I diritti fondamentali processuali positivati nelle Costituzioni brasiliane

Le Costituzioni brasiliane e, come conseguenza, i diritti allegati al processo, inseriti in esse lungo il tempo, sono stati influenzati profondamente e evidentemente da fattori storici, sociologici e politici¹⁰⁶.

In primo luogo, è importante evidenziare che il Brasile ha avuto Stato prima ancora di aver avuto territorio e prima di aver avuto popolo¹⁰⁷. In questo passo, il Brasile, ancora colonia di Portogallo, ha visto all'inizio dell'anno 1821, i portoghesi di tutti i ceti manifestarsi a favore di una costituzione liberale¹⁰⁸, cosa che essi non capivano; ma era libertà vestita alla moda portoghese, e tanto era sufficiente per conquistarli¹⁰⁹. Ma, mentre la prima Costituzione Portoghese è stata promulgata il 23 settembre 1822, la prima Costituzione Brasiliana sarebbe entrata in vigore solo il 25 marzo 1824 – dopo la dichiarazione dell'indipendenza politica di fronte a Portogallo, avvenuta il 7 settembre 1822.

La Carta del 1824 è stata, allo stesso tempo, imperiale e democratica; di ispirazione francese, filosofica e anche napoleonica; idealista e realista; che doveva far diventare definitive tutte le conquiste, teoriche o concrete dello spirito rivoluzionario liberale¹¹⁰, e in essa erano previsti esplicitamente i diritti: (a) al giudice naturale¹¹¹; (b) all'accesso alla giustizia¹¹²; (c) all'uguaglianza¹¹³; e

¹⁰⁵ OST. François. **O tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 52.

¹⁰⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. pp. 55/56.

¹⁰⁷ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzatto, 2002, p. 11.

¹⁰⁸ Cornice di questa nuova postura è stata la "Rivoluzione del Porto" avvenuta il 24 agosto 1820, nella città del Porto, in Portogallo.

¹⁰⁹ D'ALBUQUERQUE, Salvador Henrique. **Resumo da História do Brasil**. Pernambuco: Typografia Imparcial, 1848, p. 277.

¹¹⁰ OLIVEIRA LIMA, Manoel. **O Império Brasileiro (1822-1889)**. São Paulo: Melhoramentos, 1927, p. 100.

¹¹¹ Articolo 179, XI, della Costituzione del 1824: "Nessuno sarà sentenziato, tranne che dall'Autorità competente, in virtù di Legge precedente, e nella forma da essa prescritta."

(d) al doppio grado di giurisdizione¹¹⁴. A riguardo di quest'ultimo, si sottolinea che l'unica Carta Politica brasiliana che fa menzione esplicita al doppio grado di giurisdizione è giustamente quella del 1824. Nelle altre Costituzioni del Brasile, tale diritto appare in modo implicito, sorgendo dal sistema normativo, che prevede l'esistenza di tribunali per giudicare ricorsi contro le decisioni giudiziali¹¹⁵. Per quanto riguarda il diritto al dovuto processo legale, la dottrina nazionale non è unisona con relazione alla sua previsione nella Costituzione Imperiale del 1824. Paulo Fernando Silveira sostiene che "... non si può parlare di garanzie di diritti individuali o, specificamente, dell'osservanza del principio del dovuto processo legale, che neanche era esplicitamente citato"¹¹⁶. In senso contrario, João Gualberto Garcez Ramos scrive che "... Il dovuto processo legale si trova anche nel cuore del Diritto brasiliano dal suo inizio. La Costituzione dell'Impero, del 1824, nel suo articolo centosettantanove, inciso secondo, riportava un aspetto sostanziale del principio. La Costituzione brasiliana del 1988 l'ha soltanto enfatizzato nel nostro ordinamento giuridico."¹¹⁷

Nonostante nella Carta Politica del 1822 si potessero ormai vedere diritti allegati al processo ancora oggi presenti nel testo della Costituzione Federale del 1988 in vigore, si mostra fondamentale il riferimento che, all'epoca, l'Esecutivo non soltanto si arrogava il diritto di discutere la giustizia delle decisioni del Giudiziario come stava anche disposto a punire tutti coloro che nel loro esclusivo giudizio agissero in disaccordo con le loro credenze¹¹⁸, perché il potere concesso all'Imperatore dalla propria Costituzione del 1824

¹¹² Articolo 179, XXX, della Costituzione del 1824: "Ogni Cittadino potrà presentare per iscritto al Potere Legislativo, e all'Esecutivo reclami, denunce o petizioni, e perfino esporre qualsiasi infrazione della Costituzione, richiedendo davanti all'Autorità competente la responsabilità effettiva degli infrattori."

¹¹³ Articolo 179, XIII, della Costituzione del 1824: "La Legge sarà uguale per tutti, sia che protegga, sia che castighi, lo ricompenserà d'accordo con i meriti di ognuno."

¹¹⁴ Articolo 158 della Costituzione del 1824: "Per giudicare le cause in seconda e ultima istanza ci saranno nelle Province dell'Impero le Relazioni che fossero necessarie per la convenienza dei Popoli."

¹¹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. V. 1, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

¹¹⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 117.

¹¹⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Evolução histórica do princípio do devido processo legal**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 46, Curitiba: SER/UFPR, 2004, p.101.

¹¹⁸ NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 1999, pp. 36/37.

(Potere Moderatore¹¹⁹) permetteva l'imposizione di pensioni obbligatorie o altre sospensioni¹²⁰, come anche il trasferimento di magistrati¹²¹.

La Costituzione dell'Impero è durata 67 anni, rappresentando il periodo di durata più lungo di una Costituzione in tutta la storia brasiliana. Questa carta magna è stata sostituita dalla prima Costituzione repubblicana¹²², dominata dal pensiero di Ruy Barbosa, principale autore del progetto della Costituzione del 1891¹²³. Con un colpo di penna, il Brasile, che era uno Stato monarchico, parlamentarista e unitario decentrato, passa ad essere uno Stato repubblicano, presidenzialista e federativo¹²⁴.

Nonostante la Carta del 1891 sia stata la più disgiuntiva/decentralizzatrice in termini federativi della storia brasiliana, fenomeno che fa sì che un insieme significativo di attribuzioni – fra le quali quella di legistare sulla materia processuale – fosse concesso costituzionalmente per i legislatori delle sfere statali¹²⁵, i diritti processuali costanti nella Carta Imperiale sono stati ratificati e ad essi sono stati incorporati altri di alta rilevanza. Vale riferire che, nella raccolta del processo, la Carta del 1981 ha rappresentato una delle due grandi ricezioni di modello straniero nel sistema brasiliano: la ricezione del modello costituzionale degli Stati Uniti d'America¹²⁶¹²⁷.

¹¹⁹ Articolo 98 della Costituzione del 1824: "Il Potere Moderatore è la chiave di tutta l'organizzaione politica, e è delegato in modo privato al Imperatore, come Capo Supremo della Nazione, e il suo Primo Rappresentante, affinché incessantemente vegli sulla manutenzione dell'Indipendenza, equilibrio e armonia dei Potere Politici."

¹²⁰ Articolo 101 della Costituzione del 1824: "L'Imperatore esercita il Potere Moderatore: ... VII. Suspendendo i Magistrati nei casi del Art. 154."

¹²¹ Articolo 153 della Costituzione del 1824: "I Giudici di Diritto saranno perpetui, ciò che ancora non si capisce è che non possano essere scambiati per altri posti per il tempo e modo che la Legge determinasse."

¹²² Regime politico stabilito nel Brasile dal Maresciallo Manuel Deodoro da Fonseca, il 15 novembre 1889.

¹²³ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 120.

¹²⁴ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzatto, 2002, p. 37.

¹²⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belho Horizonte: Del Rey, 2004, p. 132.

¹²⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo: A Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático de Direito**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p.50.

¹²⁷ "Il sistema giuridico brasiliano, quando ha ricevuto il diritto costituzionale nordamericano nella Costituzione del 1891, è passato da una rivoluzione copernicana. Ha seguito di là togliendo le direttrici basiche in cui oggi si poggia, da una parte, nella larghezza della disposizione espressa nell'articolo 5º, XXXV, della CF/88, secondo il quale non si può escludere all'apprezzamento del Potere Giudiziario nessuna lesione o minaccia di lesione al diritto, e

Con relazione ai diritti processuali, si mostrano presenti nel testo della Costituzione del 1891 quella (a) dell'uguaglianza¹²⁸; (b) dell'accesso alla giustizia¹²⁹; e (c) del giudice naturale¹³⁰. Il diritto al doppio grado di giurisdizione, inserito direttamente dalla Carta Imperiale del 1824 non si riproduce direttamente nella Carta Repubblicana del 1981, come è già stato detto alcune linee fa. Viene, in forma implicita tanto nella dizione del paragrafo sedici, dell'articolo settantadue¹³¹, quanto nel disporre sull'organizzazione dei tribunali e dei ricorsi applicabili¹³², nei termini degli articoli cinquantanove¹³³ e sessanta¹³⁴. Di modo anche implicito, il diritto al dovuto processo legale può essere visto nella Carta del 1891, sia nella parte finale del quindicesimo

d'altra parte, nell'effettività di *writs* messi a disposizione della cittadinanza.” (ZANETTI JUNIOR, *Hermes. A Constitucionalização do Processo*, pp. 45/46)

¹²⁸ Articolo 72, §2º, della Costituzione del 1891: “Tutti sono uguali davanti alla legge”.

¹²⁹ Articolo 72, §9º, della Costituzione del 1891: “È permesso a chiunque sia rappresentare, tramite richiesta, ai Poteri Pubblici, denunciare abusi delle autorità e promuovere la responsabilità dei colpevoli”.

¹³⁰ Articolo 72, §23º, della Costituzione del 1891: “L'eccezione delle cause che, per sua natura, appartengono a Giudizi speciali, non avrà foro privilegiato”.

¹³¹ “Agli accusati si assicurerà nella legge la più ampia difesa, con tutte le risorse e mezzi essenziali ad essa, ...” (grifei)

¹³² MAGANO, Marcelo Camargo. **O duplo Grau e os Recursos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 06.

¹³³ Art 59 - Al Supremo Tribunale Federale compete: I - processare e giudicare originaria e privatamente: a) il Presidente della Repubblica nei crimini comuni, e i Ministri di Stato nei casi dell'art. 52; b) I Ministri Diplomatici, nei crimini comuni e in quelli di responsabilità; c) le cause e conflitti fra l'Unione e gli Stati, o fra questi e fra di loro; d) i litigi e le reclamazioni fra nazioni straniere e l'Unione o gli Stati; e) i conflitti dei Giudici o tribunali Federali fra di loro, o fra questi e gli Stati, come anche quelli dei Giudici e tribunali di uno Stato con Giudici e Tribunali di un altro Stato. II – giudicare, in grado di ricorso, le questioni risolte dai giudici e tribunali Federali, come anche quelle di cui tratta il presente, § 1º, e l' art. 60; III – rivedere i processi, finiti, nei termini dell'art. 81. § 1º - Delle sentenze delle Giustizie degli Stati, in ultima istanza, ci sarà ricorso per il Supremo Tribunale Federale: a) quando si questionerà sulla validità, o la applicazione di trattati e leggi federali, e la decisione del tribunale dello Stato sia contro di essa; b) quando si contesterà la validità di leggi o di atti dei Governi degli Stati dinanzi alla Costituzione, o delle leggi federali, e la decisione del tribunale dello Stato consideri validi questi atti, o queste leggi impugnate. § 2º - Nei casi in cui ci si debba applicare leggi degli stati, la Giustizia Federale consulterà la giurisprudenza dei tribunali locali, e viceversa, le giustizie degli Stati consulteranno la giurisprudenza dei tribunali Federali, quando ci si debba interpretare leggi dell'Unione.

¹³⁴ Art 60 - Compete ai Giudici o Tribunali Federali, processare e giudicare: a) le cause in cui qualcuna delle parti fondi l'azione, o la difesa, in disposizione della Costituzione Federale; b) tutte le cause proposte contro il governo dell'Unione o Azienda Nazionale, fondate in disposizioni della Costituzione, leggi e regolamenti del Potere esecutivo, o in contratti celebrati con lo stesso Governo; c) le cause provenienti da compensazioni, reindicazioni, indennizzo di pregiudizi o qualsiasi altre proposte, dal Governo dell'Unione contro particolari o viceversa; d) i litigi fra uno Stato e cittadini di altro, o fra cittadini di Stati diversi, diversificando le leggi di questi; e) i pleiti fra Stati stranieri e cittadini brasiliani; f) le azioni mosse da stranieri e fondate, sia in contratti con il governo dell'Unione, sia in convenzioni o trattati dell'Unione con altre nazioni; g) le questioni di diritto marittimo e navigazione sia nell'oceano che nei fiumi e laghi del paese; h) le questioni di diritto criminale o civile internazionale; i) i crimini politici.

paragrafo, dell'articolo settantadue¹³⁵, sia per la redazione del sedicesimo paragrafo, dello stesso dispositivo¹³⁶, pur facendo menzione esplicita al processo penale. Rafforza la presenza di questo diritto in quei tempi, come ricorda bene Adhemar Ferreira Maciel¹³⁷, il Decreto n° 848, del 11 ottobre 1890 (responsabile per la creazione del Supremo Tribunale Federale e della Giustizia Federale e che ha avuto come modello il famoso *Judiciary Act* del 1789), che, nel suo penultimo articolo (articolo trecentoottantasei) disponeva: "Gli statuti dei popoli colti e specialmente quelli che reggono i rapporti giudiziari nella repubblica degli Stati Uniti d'America del Norte, i casi di *common Law* e *equity*, saranno anche sussidiari dalla Giurisprudenza e processo federale." Nonostante con menzione alla raccolta processuale penale, il diritto alla ampia difesa appare testualmente nella Carta del 1891, nel suo articolo settantadue, sedicesimo paragrafo: "Agli imputati si assicurerà nella legge la più piena difesa, con tutti i ricorsi e mezzi essenziali ad essa, dalla nota di colpa, consegnata entro 24 ore al prigioniero e firmata dall'autorità competente con i nomi dell'accusatore e dei testimoni." Ratificando questa comprensione, Carolina Alves de Souza Lima riferisce che "... la Costituzione del 1891 ha protetto sia il diritto all'Ampia Difesa, in modo esplicito, come al doppio Grado di Giurisdizione, in modo implicito."¹³⁸

La seconda Costituzione della Repubblica è stata promulgata il 16 luglio 1934 per influenza della Costituzione di *Weimar* del 1919 e della Costituzione spagnola del 1931, entrambe oriunde dall'ambiente dopo Prima Guerra in Europa, che era di costruzione del cosiddetto Stato sociale o stato del benessere (*Welfare State*)¹³⁹. Nella Costituzione del 1934, la tecnica di distribuzione di poteri adoperata è stata usata per sollevare la grande decentralizzazione avuta con la Costituzione del 1891, quando gli stati membri

¹³⁵ Articolo 72, §15°, della Costituzione del 1891: "Nessuno sarà sentenziato se non dall'autorità competente, in virtù della legge precedente e nella forma da essa regolata."

¹³⁶ Articolo 72, §16°, della Costituzione del 1891: "Agli imputati si assicurerà nella legge la più ampia difesa, con ogni risorsa e mezzo essenziale ad essa, dalla nota di colpa, consegnata entro 24 ore al prigioniero e firmata dall'autorità competente con i nomi dell'accusatore e dei testimoni."

¹³⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. **Dimensões do direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 229/230.

¹³⁸ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. Barueri: Manole, 2004, p. 77.

¹³⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: IESDE, 2008, p. 20.

raggiunsero autonomia così grande che ci è stato pericolo nell'Unità Federale. Così, mentre nella Costituzione del 1891 c'erano i poteri elencati dell'Unione e quelli che non lo fossero sarebbero liberamente riservati agli Stati Federati, la Costituzione del 1934 ha introdotto la tecnica della legislazione dell'Unione e della legislazione complementare degli Stati Federati, affinché assistessero alle peculiarità locali, sotto la condizione di non dispensare le esigenze della legislazione federale (Costituzione del 1934, articolo quinto, terzo paragrafo¹⁴⁰)¹⁴¹. Quindi, con la competenza dell'Unione per legistare sul processo dettata costituzionalmente nel 1934, è diventata necessaria la preparazione di un nuovo Codice di Processo Civile; avendo il governo organizzato dei comitati di giuristi incaricati di quel compito¹⁴².

In ambito dei diritti processuali, la Carta del 1934 ha mantenuto nel testo, con certe modifiche di redazione, i diritti all'uguaglianza¹⁴³; all'accesso alla giustizia¹⁴⁴; al giudice naturale¹⁴⁵; e all'ampia difesa¹⁴⁶. Ha mantenuto anche, tuttavia in modo implícito, il diritto al dovuto processo legale¹⁴⁷ e al doppio

¹⁴⁰ "Compete privatamente all'Unione: ... § 3º - La competenza federale per legistare sulle materie dei numeri XIV e XIX, letras *c* e *i*, *in fine*, e sui registri pubblici, disappropriazioni, arbitraggio commerciale, giunte commerciali e rispettivi processi; richieste civili e militari, radiocomunicazione, emigrazione, imigrazione e casse economiche; ricchezze del sottosuolo, minurazione, metalurgia, acque, energia idroelettrica, foreste, caccia, pesca, e la sua esplorazione non esclude la legislazione statale suppletiva o complementare sulle stesse materie. Le leggi statali, in questi casi, potranno, attendendo alle peculiarità locali, suprire lacune o deficienze della legislazione federale, senza dispensare le esigenze di questa."

¹⁴¹ ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 513/514.

¹⁴² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 107.

¹⁴³ Articolo 113, 1, della Costituzione del 1934: "Tutti sono eguali davanti alla legge. Non ci saranno privilegi, né distinzioni, per motivo di nascita, sesso, razza, professioni proprie o dei genitori, classe sociale, ricchezza, credenze religiose o idee politiche."

¹⁴⁴ Articolo 113, 10, della Costituzione del 1934: "È permesso a chiunque rappresentare, mediante petizione, ai poteri pubblici, denunciare abusi delle autorità e promuoverle responsabilità."

¹⁴⁵ Articolo 113, 25, della Costituzione del 1934: "Non esisterà foro privilegiato né tribunali d'eccezione, si ammettono, però, Giudizi speciali in Ragione della natura delle cause."

¹⁴⁶ Articolo 113, 24, della Costituzione del 1934: "La legge assicurerà agli imputati ampia difesa, con i mezzi e risorse essenziali ad essa."

¹⁴⁷ L'effimera Costituzione del 1934 ha mantenuto, senza alterazioni sostanziali, le garanzie all'imputato nel processo penale, preservando anche le garanzie estensibili a tutti i litiganti in generale, del divieto di Giudizio o Tribunale d'eccezione e quella secondo la quale "Nessuno verrà processato, né sentenziato se non dall'autorità competente, in virtù di legge anteriore al fatto, e nella forma da essa prescritta", a partire dalla quale si potrà trarre il *due process of Law*. (CARVALHO JUNIOR, Odilair. **Dos provimentos antecipatórios e o devido processo legal**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Vitória, 2007, p. 44)

grado di giurisdizione¹⁴⁸. La Carta del 1934 ha portato, però, per la prima volta al testo costituzionale il diritto al processo in tempo ragionevole, anche se in relazione, all'epoca, soltanto con il procedimento amministrativo¹⁴⁹.

Getúlio Vargas, allora Presidente della Repubblica, sperimenta difficoltà per adattarsi alle regole democratiche e al principio dell'alternanza nel potere, sopportando soltanto per tre anni gli obblighi imposti dall'Esistenza di una Carta Fondamentale¹⁵⁰. Il giorno 10 novembre 1937, Getúlio Vargas riunì il Ministero e, di fronte ai microfoni della radio Nazionale, presentò al paese una nuova Costituzione¹⁵¹. Il colpo era aspettato, una volta che, dalla fine del 1935, il governo aveva, con l'aiuto o consenso della maggioranza del Congresso, una importante concentrazione di poteri, richiesta sotto l'allegazione che aleggiava sulla nazione la minaccia di sedizione comunista¹⁵². Era stato creato ciò che è venuto a chiamarsi di "Stato Nuovo".

Sotto il prisma dei diritti processuali e altre garanzie fondamentali del cittadino, c'è stato un evidente retrocesso nella Carta del 1937¹⁵³. Nonostante i "diritti e garanzie individuali" (cose nominati nel testo della Carta) fossero espressi negli articoli 122 e 123, Getúlio Vargas governò il paese con base soltanto nelle disposizioni transitorie e finali della Costituzione del 1937, le quali conferivano al Presidente della Repubblica la pienezza dei poteri esecutivo e legislativo mentre non si riunisse il Parlamento.¹⁵⁴ Il Parlamento, intanto, solo sarebbe eletto dopo la realizzazione di un plebiscito nazionale per ratificare la

¹⁴⁸ Articolo 113, 24, della Costituzione del 1934: "La legge assicurerà agli imputati ampia difesa, con i mezzi e risorse essenziali a questa."

¹⁴⁹ Articolo 113, 35, della Costituzione del 1934: "La legge garantirà il veloce andamento dei processi negli uffici pubblici, la comunicazione agli interessati delle decisioni proferite, come anche delle informazioni a cui questi si riferiscano, e l'espedizione dei certificati richiesti per la difesa dei diritti individuali, o per la chiarificazione dei cittadini circa gli affari pubblici, salvo, i casi in cui l'interesse pubblico imponga segreto o discrezione."

¹⁵⁰ SEITENFUS, Ricardo. **O Brasil vai à guerra: o processo do envolvimento brasileiro na Segunda Guerra Mundial**. 3ª ed., Barueri: Manole, 2003, p. 70.

¹⁵¹ FERREIRA, Jorge (org.). **O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo**. Vol. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 15.

¹⁵² PENNA, Lincoln de Abreu (org.). **Manifestos políticos do Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: E-papers, 2008, p. 161.

¹⁵³ La "polacca", come è rimasta depregiativamente conosciuta per le sue somiglianze con la carta autoritaria emessa nel 1935 dal Maresciallo Josef Pilsudski, nella Polonia. (FAUSTO, Boris. **Getúlio Vargas: o poder e o sorriso**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 79)

¹⁵⁴ Articolo 180 della Costituzione del 1937: "Mentre non si riunisca il Parlamento nazionale, il Presidente della Repubblica avrà il potere di rilasciare decreti-legge su tutte le materie della competenza legislativa dell'Unione."

Costituzione¹⁵⁵ e sarebbe convocato quando e come il presidente lo desiderasse¹⁵⁶, ciò che non è mai successo¹⁵⁷.

Dall'analisi della Carta del 1937, si constata che molti dei diritti costituzionali applicabili al processo civile che constano nelle precedenti Costituzioni sono stati soppressi dal testo della nuova Costituzione (*v.g. quello dell'accesso alla giustizia e quello del giudice naturale*). E, della ricapitolazione dei fatti avvenuti in quell'epoca, i diritti che sono rimasti positivati (*v.g. quello dell'uguaglianza – articolo 122, 1°*) sono stati, in pratica, sospesi indefinitamente insieme con tutte le altre garanzie fondamentali¹⁵⁸. Sotto questo clima dittatoriale, e nato nel 1939 il primo Codice di Processo Civile Brasiliano¹⁵⁹ (Decreto-Legge n° 1.608/1939). Conforme l'esposizione di motivi¹⁶⁰ presentata al Presidente Getúlio Vargas il 24 luglio 1939, il novello diploma processuale era destinato a "... mettere sotto la guarda dello Stato l'amministrazione della giustizia, sottraendola alla discrezione degli interessati ...".

Nonostante la convinzione di Vargas che l'apparecchio autoritario dello Stato Nuovo era necessario per raggiungere i suoi traguardi nazionalisti, questa politica di restrizioni alle libertà individuali dei cittadini dispiaceva grande parte della società brasiliana, che solo non si è alzata in opposizione al governo nella prima metà degli anni '40 perché la seconda Grande Guerra aveva stimolato molto l'economia brasiliana, elevando il padrone di vita della popolazione¹⁶¹. Con maggiori libertà concesse alla stampa – frutto appunto del coinvolgimento del Brasile nella campagna contro l'Asso – e con l'esaltazione delle idee di libertà portate dai venti della guerra, è diventata impossibile a Vargas la

¹⁵⁵ Articolo 187 della Costituzione del 1937: "Questa Costituzione entrerà in vigore nella sua data e sarà sottomessa al plebiscito nazionale nella forma regolata in decreto dal Presidente della Repubblica."

¹⁵⁶ Articolo 178 della Costituzione del 1937: "Sono sciolti in questa data la Camera dei deputati, il Senato Federale e le Camere Municipali. Le elezioni al Parlamento Nazionale saranno segnate dal presidente della repubblica, dopo realizzato il plebiscito a cui si riferisce l'art. 187."

¹⁵⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 597.

¹⁵⁸ COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2ª ed., São Paulo: UNESP, 2006, p. 89.

¹⁵⁹ Che, come dispone Articolo 1.218 della Legge 5.869/73, ancora ha vigenza per regolare alcuni procedimenti, *v.g.*, quello di scioglimento e liquidazione delle società (inciso VII).

¹⁶⁰ Che può essere accessata, integralmente, sul sito: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>

¹⁶¹ LEVINE, Robert M. **Pai dos pobres?: O Brasil e a era Vargas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 104.

manutenzione del suo regime dittatoriale. Al tramonto del 29 ottobre 1945 ebbe inizio in Rio de Janeiro un movimento delle forze dell'Esercito che è finita con la caduta di Getúlio Vargas e la fine dello Stato Nuovo¹⁶².

Con la promulgazione della Costituzione del 1946, lo Stato brasiliano è rientrato nel sistema costituzionale di Stato liberale affermando le sue aspirazioni di un paese di tradizione democratica¹⁶³. Ispirata in grande parte nel testo della Costituzione del 1934 la Carta del 1946 ha avuto come assi fondamentali il consolidamento di un sistema politico fondato sulla democrazia rappresentativa, l'istituzionalizzazione della federazione e dell'autonomia municipale e la progressione nel trattamento costituzionale dei diritti e garanzie fondamentali¹⁶⁴. Ciò che ha contribuito di più all'approccio dei testi delle costituzioni del 1934 e 1946 è stata la coincidenza dei fattori politici che hanno ispirato l'elaborazione costituzionale, orientata, nei due momenti, dal pensiero di una reazione contro le esagerazioni del presidenzialismo della Vecchia Repubblica, o contro le tendenze dittatoriali che hanno modellato la Carta del 1937¹⁶⁵.

Sotto la nuova egida della democrazia, la Costituzione del 1946 non ha annuito in dare agli Stati membri qualsiasi competenza in materia di diritto processuale civile¹⁶⁶. Tale centralizzazione si trovava espressa nel suo articolo 5^o, inciso XV, linea "a"¹⁶⁷ e manteneva l'applicabilità esclusiva del Codice di Processo Civile del 1939 in tutto il territorio nazionale.

Nel suo articolo 141, la Costituzione del 1946 ha recuperato in colori vivi i diritti processuali dell'uguaglianza¹⁶⁸ e dell'accesso alla giustizia¹⁶⁹. Su quest'ultimo, si sottolinea che il testo dell'articolo della Carta del 1946 è molto

¹⁶² FAUSTO, Boris. **Getúlio Vargas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 154.

¹⁶³ RICCITELLI, Antonio. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. 4^a ed. rev., Barueri: Manole, 2007, p. 89.

¹⁶⁴ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 240.

¹⁶⁵ BALEEIRO, Aliomar e SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 33.

¹⁶⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 3^a ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 452.

¹⁶⁷ "Articolo 5^o - Compete all'Unione: ... XV – legistare su: a) diritto civile, commerciale, penale, processuale, elettorale, aeronautico e del lavoro; ..."

¹⁶⁸ Articolo 141, paragrafo primo, della Costituzione del 1946: "Tutti sono uguali davanti alla legge."

¹⁶⁹ Articolo 141, paragrafo primo della Costituzione del 1946: "La legge non potrà escludere dall'apprezzamento del Potere Giudiziari qualsiasi lesione di diritto individuale."

simile al testo dell'attuale Costituzione del 1988¹⁷⁰. Con la soppressione del termine "individuale", però, la Carta del 1988 ha rotto il paradigma individualista della tutela dei diritti¹⁷¹ e ha aperto le porte alla tutela dei diritti collettivi e diffusi sul piano costituzionale brasiliano. La Carta del 1946 ha disposto anche sui diritti all'ampia difesa e al doppio grado di giurisdizione¹⁷²; al giudice naturale¹⁷³; al dovuto processo legale¹⁷⁴, non più vincolato esplicitamente al processo penale, com'è avvenuto nella Costituzione del 1934, ma di forma ampia e senza restrizioni; e al processo in tempo ragionevole¹⁷⁵, allegato anche, tale e quale è avvenuto nella Carta del 1934, direttamente alla sfera amministrativa.

La Costituzione del 1946 è sopravvissuta alla rinuncia di un presidente¹⁷⁶ e a un breve periodo di parlamentarismo nel Brasile¹⁷⁷, ma non ha resistito al colpo del 1° aprile 1964, in cui le forze armate hanno finito per prendere la direzione dello Stato. E, affinché questo nuovo regime potesse essere possibile, è stato fondamentale ferire di morte la Costituzione della Repubblica. Infatti, la strada percorsa dai militari non poteva essere diversa che quella del decentramento e la fortificazione del Potere Esecutivo, in cui il periodo da aprile 1964 a dicembre 1966 ha registrato niente meno che l'edizione di quattro atti istituzionali e quindici e modifiche costituzionali¹⁷⁸. Il primo degli atti

¹⁷⁰ Articolo 5º, inciso XXXV, della Costituzione del 1988: "la legge non escluderà dall'apprezzamento del Potere Giudiziario lesione o minaccia a diritto".

¹⁷¹ Sul tema, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior insegnano che: "Il diritto al processo, come lo conosciamo oggi, è stato fortemente influenzato dal liberlismo e dall'illuminismo. A partire dal secolo XVII, con la diffusione del metodo cartesiano e della logica ramista nell'Europa continentale, è stata cristallizzata l'idea della proprietà individuale, dell'autonomia della volontà e del diritto di agire come attribuzioni esclusive del titolare del diritto privato, unico sovrano sul proprio destino del diritto soggettivo individuale (base di tutto il sistema). Solo al titolare del diritto lesato corrispondeva decidere se proponeva o no la domanda. Era l'inizio degli Stati-Nazione, della vincolazione della giurisdizione alla sovranità statale e della futura 'Era dei Codici'". (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 2ª ed., vol. 4, Salvador: JusPodium, 2007, p. 24).

¹⁷² Articolo 141, paragrafo 25, della Costituzione del 1946: "È assicurata agli imputati piena difesa, con tutti i mezzi e risorse essenziali ad essa..."

¹⁷³ Articolo 141, paragrafo 26, della Costituzione del 1946: "Non ci sarà foro privilegiato né giudici e tribunali d'eccezione".

¹⁷⁴ Articolo 141, paragrafo 27, della Costituzione del 1946: "Nessuno sarà processato né sentenziato se non dall'autorità competente e nella forma della legge precedente".

¹⁷⁵ Articolo 141, paragrafo 36, I, della Costituzione del 1946: "La legge assicurerà ... il rapido andamento dei processi negli uffici pubblici".

¹⁷⁶ Jânio da Silva Quadros, il 25 agosto 1961.

¹⁷⁷ Da settembre 1961 a gennaio 1963.

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 8ª ed. Brasília: OAB Editora, 2006, p. 433.

istituzionali (AI-1), fra altre misure¹⁷⁹, ha sospeso l'efficacia della Costituzione vigente e, con essa, tutte le garanzie individuali del cittadino. Ma la necessità di istituzionalizzare la rivoluzione era una costante nel pensiero degli integranti del movimento del 1964, e perciò c'era così tanta preoccupazione con l'edizione di una nuova Costituzione¹⁸⁰.

Il 07 dicembre 1966, l'Atto Istituzionale Numero Quattro (AI-4) ha convocato il Congresso Nazionale per votazione e promulgazione della nuova Costituzione. Il 24 gennaio 1967 è entrata in vigore la sesta Carta Costituzionale Politica del Brasile, e con essa sono state rinnovate le speranze che la fine dei cosiddetti Atti Istituzionali fosse vicina. Formalmente, sono rimasti inseriti nel suo testo i diritti processuali dell'uguaglianza¹⁸¹; dell'accesso alla giustizia¹⁸²; dell'ampia difesa, doppio grado e giudice naturale¹⁸³. D'altra parte, i diritti al dovuto processo legale e al processo in tempo ragionevole sono stati tolti dalla redazione, ciò che evidentemente si poteva aspettare che succedesse.

Nonostante ci fosse la speranza di ridemocratizzazione per l'entrata in vigore della Costituzione del 1967, l'Atto Istituzionale Numero Cinque (AI-5), realizzato il 13 dicembre 1968, ha seppellito questa speranza¹⁸⁴. Ciò perché quest'Atto Istituzionale ha sfidato l'indole del popolo brasiliano e sospeso in modo traumatico i diritti e le libertà dei cittadini¹⁸⁵, stabilendo una dittatura in cui i generali, al ricevere la quarta stella, credevano di avere il diritto di ricevere la quinta: il carico di presidente della repubblica¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Come, ad esempio, l'istituzionalizzazione delle elezioni indirette a Presidente della Repubblica, e la sospensione dei diritti politici di tutti coloro che erano identificati con le idee socialiste/comuniste, ecc.

¹⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. Idem.

¹⁸¹ Articolo 150, paragrafo 1º, della Costituzione del 1967: "Tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, razza, lavoro, credo religioso e convinzioni politiche. Il preconceito di razza verrà punito dalla legge".

¹⁸² Articolo 150, paragrafo 4º, della Costituzione del 1967: "La legge non potrà escludere dall'apprezzamento del Potere Giudiziario qualsiasi lesione di diritto individuale".

¹⁸³ Articolo 150, paragrafo 15º, della Costituzione del 1967: "La legge assicurerà agli imputati ampia difesa, con le risorse ad essa inerenti. Non ci sarà foro privilegiato né tribunali d'eccezione".

¹⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 8ª ed. Brasília: OAB Editora, 2006, p. 434.

¹⁸⁵ A titolo di esempio, l'Articolo 10º dell' AI – 5 determinava che "resta sospesa la garanzia di *habeas corpus*, nei casi di crimini politici, contro la sicurezza nazionale, l'ordine economico e sociale e l'economia popolare" e l'Articolo 11º, che "sono esclusi da qualsiasi apprezzamento giudiziale tutti gli atti praticati d'accordo con questo Atto Istituzionale e i suoi Atti Complementari, come anche i rispettivi effetti."

¹⁸⁶ CONTRAIRAS, Hélio. **AI-5 - A Opressão no Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 108.

Il 17 ottobre 1969, i Ministri della Marina di Guerra, dell'Esercito e dell'Aeronautica Militare hanno promulgato la Modifica Costituzionale n°1 alla Costituzione del 1967, che è stata, in verità, nuova Carta Costituzionale concessa dalla Giunta Militare che, allora governava il paese¹⁸⁷. E questo nuovo testo ha portato poche alterazioni al sistema giudiziario¹⁸⁸ e nessuna ai diritti costituzionali del processo civile, che hanno continuato disposti della stessa forma com'erano nella Costituzione del 1967 ed essendo violati, come era dall'inizio del colpo militare.

Passati oltre vent'anni di durata dei cosiddetti "anni di piombo", era arrivata l'ora di costruirsi una nuova cittadinanza, disabbrutire la società, che si scopriva esausta e divisa fra popolani e reietti¹⁸⁹. E la ridemocratizzazione del Brasile è cominciata con l'elezione indiretta di un presidente civile¹⁹⁰, nell'anno 1985, arrivando a una nuova Costituzione nel 1988: la "Costituzione Cittadina", ancora in vigore.

La Costituzione Federale del 1988, approvata in un contesto economico e sociale difficile (l'inflazione accumulata nell'anno 1988 è stata di 1.037,56%)¹⁹¹, ha rafforzato, come fondamento dell'ordine giuridico, il principio della legalità, fonte di diritti e doveri e limite al potere dello Stato e all'autonomia della volontà¹⁹² e ha accentuato la tendenza di convertire il processo in strumento di difesa della cittadinanza e dei valori consacrati nel nuovo ordine costituzionale¹⁹³. Non si tratta soltanto di conformare il processo alle norme costituzionali, ma di impiegarle nel proprio esercizio della funzione giurisdizionale¹⁹⁴.

¹⁸⁷ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 6ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 698.

¹⁸⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 71.

¹⁸⁹ LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2008, p. 865.

¹⁹⁰ Tancredo de Almeida Neves, che è morto 39 giorni dopo l'elezione senza aver presso posse ufficialmente.

¹⁹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2066, p. 464

¹⁹² TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras: 1988**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2004, p. 13.

¹⁹³ LOPES, João Batista. **Função social e efetividade do processo civil**. Revista Dialética de Direito Processual, n° 13, abril/2004, p. 33.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvoro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. [http://www.abdpc.org.br/abdpc/Articulos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/Articulos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf), accesso il 19 agosto 2011.

Come diritti fondamentali processuali, la Costituzione brasiliana del 1988, prevede esplicitamente: a) quello dell'accesso alla giustizia (art. 5º, inciso XXXV)¹⁹⁵; b) quello del giudice naturale (art. 5º, incisi LIII¹⁹⁶ e XXXVII)¹⁹⁷; c) quello del contraddittorio e quello dell'ampia difesa (art. 5º, inciso LV)¹⁹⁸; d) quello della pubblicità dei giudizi e quello della motivazione delle decisioni giudiziali (art. 93, inciso IX)¹⁹⁹; e) quello della ragionevole durata del processo (art. 5º, inciso LXXVIII)²⁰⁰.

1.2.2. I diritti fondamentali processuali positivati nelle Costituzioni italiane

In Italia possono, possono contarsi ben 23 Costituzioni nel territorio italiano, sin dai tempi del primo progetto di Costituzione italiana, votato a Bologna in San Petronio il 4 dicembre 1796, passando per il famoso proclama di Murat lanciato a Rimini il 30 marzo 1815, fino agli Statuti fondamentali nati "nel clima di tempesta del 1848"(Massimo Severo Giannini)²⁰¹.

Su questo periodo della storia italiana, Lucy Riall²⁰² ha scritto che

In contrast to the experiences of both Italian democrats and Italian conservatives, the decade before 1860 had been a time of great success for moderate liberals in Piedmont. After the failure of the 1848/1849 revolutions Piedmont followed a different political path from the rest of Italy. In the Two Sicilies the constitutional reforms introduced during 1848 revolution were revoked or otherwise allowed to lapse; in the

¹⁹⁵ Art. 5º. ... XXXV – la legge non escluderà dall'apprezzamento del Potere giudiziario lesione o minaccia al diritto;

¹⁹⁶ Art. 5º. ... LIII – nessuno sarà processato né sentenziato se non dall'autorità competente.

¹⁹⁷ Art. 5º. ... XXXVII – non ci sarà giudizio o tribunale d'eccezione.

¹⁹⁸ Art. 5º. ... LV – ai litiganti, in processo giudiziale o amministrativo, e agli imputati in generale sono assicurati il contraddittorio e ampia difesa, con i mezzi e le risorse ad essa inerenti;

¹⁹⁹ Art. 93. ... IX – tutti i giudizi del Potere Giudiziario saranno pubblici, e fondate tutte le decisioni, sotto pena di nullità, potendo la legge limitare la presenza, in certi atti, alle proprie parti e ai loro avvocati, o solo a questi, in casi nei quali la preservazione del diritto all'intimità dell'interessato nel sigillo non pregiudichi l'interesse pubblico all'informazione.

²⁰⁰ LXXVIII a tutti, in ambito giudiziale e amministrativo, sono assicurati la ragionevole durata del processo e i mezzi che garantiscano la celerità di sua tramitazione. (Inserito dalla Modifica Costituzionale n° 45, de 2004)

²⁰¹ <http://www.riformeistituzionali.it/documentazione/raccolta-leggi-costituzionali/presentazione-dello-statuto-albertino.aspx>. Accesso il 03 aprile 2013.

²⁰² RIALL, Lucy. **Sicily and the unification of Italy**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 108.

Papal States and Central Duchies the constitutions were repressed by force. It was only in Piedmont that the liberal constitution of 1848 survived the defeats of 1849.

Perciò, la dottrina maggioritaria riconosce che la prima volta che si registra una Costituzione in Italia è lo Statuto Albertino concesso dal Re Carlo Alberto ai sudditi del Regno della Sardegna nel 1848 e successivamente esteso nel 1861 al neonato Regno d'Italia. Si tratta di Costituzione ottriata, cioè concessa dal Re, scritta e flessibile²⁰³.

Lo Statuto Albertino entrò in vigore il 4 marzo 1848 “di Nostra certa scienza, Regia autorità”, come si espressò nel preambolo il re Carlo Alberto, utilizzando, anche se per l'ultima volta “l'antica formula dei governi assoluti”²⁰⁴.

Ispirato alla Costituzione Francese del 1830 ed impegnato ad accogliere in forma moderata i principi affermatasi con la Rivoluzione francese del 1789²⁰⁵, dal testo della Carta ottocentesca italiana si potevano ormai identificare i diritti fondamentali alla pubblicità del processo e delle decisioni giudiziali, previsto nel suo art. 72: “Le udienze dei Tribunali in materia civile, e i dibattimenti in materia criminale saranno pubblici conformemente alle leggi”; e al giudice naturale, previsto nel suo articolo 71: “Nessuno può essere distolto dai suoi Giudici naturali. Non potranno perciò essere creati Tribunali o Commissioni straordinarie”. Lo Statuto garantiva, ancora, l'indipendenza della magistratura nei suoi articoli: “I Giudici nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio” e 70: “I Magistrati, Tribunali, e Giudici attualmente esistenti sono conservati. Non si potrà derogare all'organizzazione giudiziaria se non in forza di una legge”.

Nonostante ciò, avvalendosi dei pieni poteri concessi in occasione della seconda guerra d'indipendenza, il d.lg. n° 3781/1859, approvò il nuovo ordinamento giudiziario che rendeva i magistrati giudicanti praticamente dipendenti dal Ministro della giustizia per quanto riguardava le promozioni, i trasferimenti, i provvedimenti disciplinari²⁰⁶.

203 BARUSSO, Edoardo. **Diritto Costituzionale**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2008, p. 52.

²⁰⁴ ROMANELLI, Raffaele. **Storia dello Stato Italiano**. Roma: Donzelli, 1995, p. 03

205 SOLENNE, Diego. VERRILLI, Atonio. **Compendio di Diritto Costituzionale**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2012, p. 143.

²⁰⁶ CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali**. 3ª ed., Torino: Giappichelli, 2011, p. 23.

Con il crollo del regime fascista, il 25 luglio 1943, e con la nomina, fatta dal re, di un nuovo governo di tecnici civili, è stata convocata un'assemblea costituente, eletta il 2 giugno 1946 (data della proclamazione della Repubblica), la quale iniziò i suoi lavori il 25 dello stesso mese e li concluse in dicembre 1947. Questa costituente ha avuto due periodi: nel primo, durante un semestre, ha funzionato attraverso il denominato Comitato dei 75; nel secondo, che durò circa dieci mesi, si sono realizzate delle discussioni pubbliche dell'assemblea²⁰⁷.

Il 22 dicembre 1947, l'Assemblea Costituente approva la Costituzione repubblicana, che è promulgata il 27 dicembre 1947 da parte del Capo provvisorio dello Stato Enrico De Nicola, e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 298 del dicembre 1947, ed. straordinaria²⁰⁸.

Come indica Giancarlo Ospitali²⁰⁹,

A differenza dello Statuto Albertino, che era una carta costituzionale *octroyé*, vale a dire concessa, cioè emanata unilateralmente dal Capo dello Stato, e flessibile, cioè modificabile con legge ordinaria, l'attuale Costituzione italiana è una Costituzione votata, cioè non proveniente da un atto di concessione del Capo dello Stato, ma da una votazione del Parlamento (più precisamente dell'Assemblea Costituente), e rigida, cioè modificabile non con una procedura di legge ordinaria, ma con una procedura di legge speciale, cioè legge costituzionale.

I valori essenziali dello stato democratico: libertà, uguaglianza e solidarietà, rappresentano i punti di partenza comuni delle forze politiche presenti in Assemblea costituente, la base ideale e fondante della nuova Costituzione²¹⁰. La costituzione italiana, perciò, è destinata ad “essere fedelmente osservata come Legge fondamentale della Repubblica” come sancito nella Disposizione finale, è una Carta volutamente concepita a durare nel tempo e proiettata nel futuro per un progresso della società: Carta sempre “giovane, sana e robusta”, “ben portante” ed è altamente lungimirante, proprio

²⁰⁷ DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 102.

²⁰⁸ BARUSSO, Edoardo. **Diritto Costituzionale**. Santarcangelo di Romagna: MaggioliEditore, 2008, p. 52.

²⁰⁹ OSPITALI, Giancarlo. **Elementi di Diritto Pubblico**. Padova: CEDAM, 1962, pp. 67/70.

²¹⁰ PLACCI, Licia Califano. **Guida ragionata alla Costituzione italiana**. Santarcangelo di Romagna: MaggioliEditore, 2010, p. 10.

per la validità universale dei principi fondamentali basati sulla persona umana e la sua protezione²¹¹.

Sotto tali premesse, la Costituzione italiana del 1947, ancora in vigore, conferma alcuni diritti fondamentali processuali inseriti già nello Statuto Albertino e, a essi, ne aggiunge altri.

Per quanto riguarda il processo civile, quei concetti-base possono essere analizzati secondo una differenziazione che, soggettivamente, esprime le esigenze di tutela del singolo individuo e, oggettivamente, identifica le garanzie generali di struttura dell'ordinamento giudiziario. È, nondimeno, opportuno rammentare e premettere tre presupposti essenziali, per una corretta descrizione del modello italiano²¹². Essi sono: il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2)²¹³; la pari dignità sociale e l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge (art. 3, comma 1)²¹⁴; la fondamentale esigenza di effettività (art. 3, comma 2)²¹⁵.

Dal punto di vista delle garanzie individuali, la Costituzione italiana prevedeva originariamente: a) il diritto fondamentale all'accesso alla giustizia (art. 3 e 24, comma 1)²¹⁶, compresi quelli svantaggiati finanziariamente (art. 24, comma 3)²¹⁷; b) il diritto fondamentale a un giudice naturale (art. 25, comma 1)²¹⁸, restando appositamente stabilita l'istituzione di tribunali d'eccezione (art.

²¹¹ CHIEPPA, Riccardo. **Valori Costituzionali**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 09.

²¹² COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 4^a ed. Bologna: Il Mulino, 2006, v. I, p. 61.

²¹³ Articolo 2^o: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."

²¹⁴ Articolo 3^o, comma 1: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali."

²¹⁵ Articolo 3^o, comma 2: "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese."

²¹⁶ Articolo 24, comma 1: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi."

²¹⁷ Articolo 24, comma 1: "Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione."

²¹⁸ Articolo 25, comma 1: "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge."

102, comma 2)²¹⁹, come pure garantita l'indipendenza e l'autonomia del giudice (art. 104, comma 1)²²⁰.

Dopo l'alterazione della dizione dell'articolo 111 della Costituzione, dalla legge Costituzionale 2/1999, anche i diritti fondamentali hanno cominciato ad essere positivati nel sistema costituzionale italiano: d) al giusto processo (art. 111, comma 1)²²¹; e) al contraddittorio (art. 111, comma 2)²²²; e f) alla ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2).

Si osserva, perciò, che i diritti fondamentali processuali – nonostante non con questo rotolo esplicito – sempre sono stati presenti – in maggior o minor misura – nelle costituzioni italiana e brasiliana. Però, il diritto fondamentale alla ragionevole durata del processo è stato inserito di modo esplicito solo dal testo costituzionale in entrambi paesi dopo gli anni '90 in Italia, e all'inizio degli anni 2000, in Brasile, rivelando una – anche se tardiva – preoccupazione dei legislatori di rafforzare questo diritto ormai implicito nei testi originali. Si conclude che, anche in Italia questa preoccupazione è approdata più presto e il legislatore è stato più efficiente in positivare il diritto alla ragionevole durata del processo, servendo come esempio e ispirazione al legislatore costituente brasiliano.

²¹⁹ Articolo 102, comma 2: "Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali."

²²⁰ Articolo 104, comma 1: "La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere."

²²¹ Articolo 111, comma 1: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge."

²²² Articolo 111, comma 2; "Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata."

2. DIRITTO FONDAMENTALE ALLA DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO COME RISULTATO DEL DIRITTO FONDAMENTALE AL PROCESSO

Il regime d'efficacia dei diritti fondamentali ha portato un contributo innegabile alla comprensione e applicazione del diritto processuale civile. La teorizzazione circa l'applicabilità immediata e della piena efficacia dei diritti fondamentali, dell'interpretazione secondo i diritti fondamentali, del collegamento dello Stato e dei privati ai diritti fondamentali e dell'equilibrio stabilito fra teoria dei principi e la teoria dei diritti fondamentali, costituiscono degli aspetti che ormai non si possono più ignorare al momento dell'applicazione del processo civile.

Pensare il processo civile senza questi generosi contributi oriundi dal diritto costituzionale significa mantenerlo ostaggio di una postura disadattata alle esigenze del diritto contemporaneo e, dunque, fundamentalmente alieno alla società civile, insomma, alieno alle determinanti culturali di quest'epoca²²³. Infatti, la Costituzione non è solo "un'ordine giuridica fondamentale della comunità"²²⁴, giacché le sue norme comprendono la complessità della vita statale tornando possibile, conseguentemente, lo Stato Democratico. Così, il processo civile non resterebbe a margine di questa trasformazione del paradigma giuridico dato dalla normatività costituzionale. Il fenomeno di costituzionalizzazione del processo o "neoprocessualismo" delimita questo periodo in cui si passa ad attribuire valore al rapporto processuale e, infine, si armonizzano i rapporti fra diritto materiale e processo; e fra processo e costituzione²²⁵. Sull'argomento, insegnano Oliveira e Mitidiero²²⁶

In questa prospettiva, il processo è visto, oltre la tecnica, come fenomeno culturale, prodotto dall'uomo e non dalla natura. Nel processo i valori costituzionali specialmente dell'effettività e quello della sicurezza, lasciano spazio a diritti

²²³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp.43/44.

²²⁴HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 55.

²²⁵OLIVERA, Alberto Álvaro. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

²²⁶OLIVERA, Alberto Álvaro. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

fondamentali, come caratteristiche di norme principali. La tecnica passa a un secondo piano, consistendo in un mero mezzo per raggiungere il valore. Il fine ultimo del processo ormai non è più soltanto la realizzazione del diritto materiale, secondo le peculiarità del caso, e la pacificazione sociale. La logica è argomentativa, problematica, della ragionevolezza pratica.

Vale anche il riferimento alla lezione di Remo Caponi e Andrea Proto Pisani²²⁷, *verbis*

L'inserimento del diritto di azione fra le garanzie costituzionali, in una Costituzione che impregna lo Stato a realizzare l'eguaglianza sostanziale dei cittadini (art. 3, 2 comma), impone di individuare quali rimedi la tutela giurisdizionale, messa in moto attraverso l'esercizio del diritto d'azione, debba o possa assumere per assicurare una tutela effettiva delle singole categorie di diritti sostanziali, con riferimento alle diverse specie di violazione che questi diritti possono subire. Ciò consente infatti di superare i limiti di un'impostazione che privilegia i profili formali dell'eguaglianza rispetto a quelli sostanziali e di far assolvere al processo, sia pure tendenzialmente, la sua funzione strumentale di dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire ai sensi di diritto sostanziale.”

L'idea che le Costituzioni possiedano un “contenuto processuale” e che le norme costituzionali possiedano sempre qualche efficacia, ha rivoluzionato la scienza processuale brasiliana.

Nonostante la Costituzione Brasiliana del 1891 già incoraggiasse l'applicazione del suo testo in diversi rami della scienza giuridica, in ragione di contingenze storiche e della propria formazione dei giuristi di allora, non si è osservata nella pratica un'influenza decisiva. E non c'è stata neanche alterazione di questo programma, lungo la validità delle diverse costituzioni che l'hanno seguita nel secolo XX.

Soltanto con la dottrina costituzionale posteriore al 1988 e con la ricettività del Potere Giudiziario alle aspettative costituzionali è possibile

²²⁷ CAPONI, Remo; PROTO PISANNI, Andrea. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene Editore, 2001, p. 50.

osservare un cambiamento di paradigma²²⁸, e si comincia a capire il diritto costituzionale come la fonte prima dei principi fondamentali del processo²²⁹, che ora saranno diritti fondamentali, ora eserciteranno la sua forza presso l'ordinamento giuridico nella forma di categoria di norma.

Ugualmente nel sistema italiano, nella nuova prospettiva post costituzionale, quindi, il problema del processo non riguarda soltanto il suo essere (id est: la sua concreta organizzazione secondo le leggi ordinarie vigenti) ma anche il suo dover essere (id est: la conformità del suo assetto positivo alla normativa costituzionale sull'esercizio dell'attività giurisdizionale)²³⁰.

Sul tema vale la lezione di Comoglio²³¹ *verbis*

Se si ripercorre la storia costituzionale moderna, sviluppatasi dopo la fine dell'ultimo conflitto mondiale, si perviene ad una chiara constatazione. Nelle principali Convenzioni internazionali e nelle Costituzioni degli Stati di democrazia classica, soprattutto in Europa, determinate garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale ed al processo – in particolare, quelle derivanti dai più significativi principi di natural justice (...) – si sono progressivamente imposte come fondamentali ed inviolabili, nel contesto generale dei diritti e delle libertà personali dell'individuo, in virtù di una contingente necessità giuridico-politica.

E complementano Comoglio, Ferri e Taruffo²³² insegnando che

La disciplina giuridica del processo si è arricchita, soprattutto negli ultimi decenni, di una dimensione importantissima che deriva da uno degli aspetti più rilevanti del c.d. costituzionalismo moderno, rappresentato dall'introduzione, nel sistema dei principi costituzionali, di garanzie attinenti al processo.

228 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28.

229 SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

230 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionale della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano**. 2ªed. Torino: Giappichelli, 1997, p. 5.

231 COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e giusto processo - Modelli a confronto**. In RePro, 90/99.

232 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, v. I, p. 25.

2.1. Il processo giusto in Brasile e in Italia

Non di rado, l'idea di processo giusto è collegata – e, perfino, confusa - con l'idea di “dovuto processo legale”²³³ di tradizione nordamericana²³⁴. Nonostante abbia matrice nel “due process of law”²³⁵, l'impiego dell'espressione “dovuto processo legale” per caratterizzare il “giusto processo” è criticabile, almeno, sotto la scusa che rimette al contesto culturale dello *stato di Diritto* (*Rechtsstaat, État Légal*), in cui il processo era concepito unicamente come paratia all'arbitrio statale, al punto che, oggi, lo Stato Costituzionale (*Verfassungsstaat, État de Droit*) ha come missione collaborare nella realizzazione della tutela effettiva dei diritti mediante l'organizzazione di un processo giusto²³⁶. Ecco perché si parla modernamente di garanzia di un processo giusto, di preferenza alla garanzia di un dovuto processo legale²³⁷.

Nel Brasile, pur non essendo espresso letteralmente nel testo costituzionale, il diritto al processo giusto, risulta dai principi e dal proprio regime adottato, in prospettiva dell'apertura dell'elenco di diritti fondamentali, diverso dall'Italia che riporta esplicitamente il “giusto processo” come un diritto fondamentale. È in questo senso il comma 1, dell'articolo 111, della Costituzione italiana²³⁸, dove i primi cinque comma sono stati introdotti con l'art. 1 della legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2 (*G.U.* 23 dicembre 1999, n. 300).

²³³Il dovuto processo legale è principio iscritto nel codice genetico del costituzionalismo. È il modello internazionale di giusto processo ad assumere il ruolo di deuteragonista; come nella tragedia greca il secondo attore svolgeva anche la funzione di evidenziare virtù ed etica del protagonista, dove il processo of law internazionale apre una prospettiva ulteriore nell'approccio dottrinale italiano, quella di non isolarsi in un contesto nazionale, ma di recepire le convenzioni internazionali sul giusto processo, e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi al riguardo, come un elemento interpretativo del quale necessariamente tener conto nella fissazione del rapporto tra norma costituzionale e norma interna, e quindi anche nell'ambito del possibile sindacato della Corte costituzionale (FERRARA, Gianni. **Garanzie processuali e diritti fondamentali**. L. Lanfranchi (a cura di), Roma: Istituto Enciclopedia Treccani, 1997, p. 540)

²³⁴GRECO. Leonardo. **Garantias fundamentais do processo justo**. Disponibile in: www.mundojuridico.adv.br

²³⁵DELLA VEDOVA PAG. **La garanzia del giusto processo nel giudizio avanti la Corte inter-americana dei diritti umani**. In Riv. Trimestrale dir. e proc.civ., 1996, pag. 571.

²³⁶MITIDIERO, Daniel. **Direito Fundamental ao processo justo**. In Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. N° 45, nov/dez 2011, p. 23.

²³⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. In Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n° 29, 2009, p. 88.

²³⁸“Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge...”

Prima, però, di far parte del testo costituzionale italiano in modo esplicito, parte della dottrina aveva individuato la portata del concetto di giusto processo ravvisandone il nucleo essenziale nelle garanzie di carattere processuale presenti nella Carta costituzionale²³⁹. La garanzia di un processo giusto poteva già essere tratta dalle norme costituzionali in vigore prima della nuova redazione data all'articolo 111 e i suoi paragrafi, specialmente, dall'applicazione degli articoli 24, 3, 25, 101, 103, 104, e dalle norme convenzionali soprannazionali, in particolare l'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁴⁰.

Le basi storiche e scientifiche dell'affermazione di questo diritto fondamentale nell'ordinamento costituzionale italiano possono correttamente essere ricondotte al pensiero di Piero Calamandrei; in particolare, è stato osservato che il famoso ammonimento secondo cui lo scopo del processo è "il più alto che possa esservi nella vita: e si chiama giustizia"²⁴¹.

Negli anni settanta, Luigi Paolo Comoglio diceva anche che il complesso di principi enunciati dagli art. 3, 24, 25 1° comma, 101-104, 107-108, 111, 113, consente di delineare uno schema fondamentale di "giusto processo", articolato principalmente nei seguenti elementi: (1) eguaglianza e contraddittorio delle parti dinanzi al giudice; (2) precostituzione per legge del giudice naturale; (3) soggezione del giudice soltanto alla legge; (4) divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali; (5) indipendenza ed imparzialità degli organi giurisdizionali²⁴².

Negli anni '80 Barile ha scritto che era previsto indirettamente nella Costituzione un "giusto e leale processo" il cui scopo fondamentale era (ed è tuttora) "quello di assicurare alle parti la parità delle armi e quindi la parità (anche) dei risultati astrattamente conseguibili nei processi di ogni tipo. Parità che parte dall'azionabilità della pretesa e giunge allo svolgimento di un

²³⁹ BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione. Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile.** Tesi di Dottorato, Università di Bologna, XIX Ciclo, p. 08.

²⁴⁰ CHIARLONI, Sergio. **Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile.** *In Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.

²⁴¹ CALAMANDREI, Piero. **Processo e giustizia.** *In Riv. dir. proc.*, 1950, I, 282.

²⁴² COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile.** Padova: CEDAM, 1970, p. 155.

processo “leale”, cioè poggiante su di un costante contraddittorio fra le parti viste in condizioni di parità, pubbliche o private che siano²⁴³.

A livello giurisprudenziale, probabilmente la prima volta che l’espressione “giusto processo” appare nella Corte Costituzionale Italiana è nella sentenza del 5 luglio 1968, n. 86, in Giur. cost. 1968, 1430²⁴⁴. È, tuttavia, a metà degli anni ’80 che, per mano del giudice Virgilio Andrioli, l’espressione “giusto processo” passa ad apparire in modo più frequente nei giudizi della Corte Costituzionale²⁴⁵. Già negli anni ’90 il “giusto processo” viene incorporato definitivamente ai giudizi della Corte Costituzionale italiana²⁴⁶.

È, però, la Commissione Parlamentare per la riforma costituzionale, istituita con la l. cost. 1/1997, che per prima elabora il principio del giusto processo, formalizzato nell’art. 130 del progetto di legge costituzionale²⁴⁷. Dopo una fase di tensione fra Parlamento e la Corte costituzionale (sul contraddittorio nel processo penale²⁴⁸), arrivò la citata l. cost. 2/1999, che finì per positivare nel corpo della Costituzione italiana (nel suo articolo 111, comma 1) – il diritto al giusto processo.

243 BARILE, Paolo. **Diritti dell’uomo e libertà fondamentali**. Bologna: Il Mulino, 1984, p.287.

244“...Le ordinanze denunciano inoltre l'ultimo comma dell'art. 395 del Codice di procedura penale che, fuori dei tre casi ivi indicati, ammetteva il proscioglimento senza interrogatorio e senza la contestazione del fatto: la norma contrasterebbe con l'"interesse costituzionale al giusto processo" e col diritto del prevenuto ad "essere informato" anche se poi lo si proscioglie con formula piena. ...”

245 Ad esempio, nella Sentenza 137/1984 e nella Sentenza 120/1986, quest’ultima che dice: “... Parametro l’art. 24 comma secondo Cost. che garantisce il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, e, più incisivamente, lo svolgimento di un processo giusto (da ultimo C. cost. 102/1986 che ha sancito incostituzionalità degli artt. 98 comma primo e 100 comma primo). ...”.

²⁴⁶ Ad esempio nelle sentenze 131/1996, 66/1997 e 306/1997.

²⁴⁷ “La giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell’oralità, della concentrazione e dell’immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e davanti a giudice terzo. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel procedimento penale la legge assicura che la persona accusata di un reato sia informata, nel più breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà di interrogare o far interrogare dal suo difensore le persone da cui provengono le accuse a suo carico; abbia la facoltà di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a discarico nelle stesse condizioni di quelle di accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata.

La legge assicura che la custodia cautelare in carcere venga eseguita in appositi istituti.

Le legge istituisce pubblici uffici di assistenza legale al fine di garantire ai non abbienti il diritto di agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

²⁴⁸ Sul tema, Cort. Cost. sentenza 361/1998.

Cercando di definire il diritto fondamentale al giusto processo nel diritto, Nicolò Trocker ha scritto che “Giusto, non è qualunque processo che si limiti ad essere ‘regolare’ sul piano formale. Giusto è il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori condivisi della collettività”²⁴⁹. Caianiello, invece, sostiene che “con l’aggettivo “giusto” ha voluto sottolineare che il processo deve essere conforme a quanto è scritto in costituzione, mentre a suo avviso non lo era la versione che dal 1992 al 1998 la Corte, sostituendosi al legislatore, intendeva fornirne”²⁵⁰. Comoglio, a sua volta, insegna che “Da qualsiasi angolazione lo si consideri, il processo è (e rimane), nella sua elementare realtà, un ‘dramma’ di persone e di accadimenti della vita di tutti i giorni, di cui l’uomo, nella combinazione variabile delle sue aspirazioni, dei suoi comportamenti, delle sue azioni, delle sue debolezze o dei suoi interessi, è il fulcro intorno al quale ruota l’intero apparato di giustizia. Se al centro di questo dramma infinito si trova pur sempre l’uomo, come singolo individuo o come partecipe delle ‘formazioni sociali ove si svolge la sua personalità’, con tutto il suo fardello di nobiltà (non di rado, assai poca), di passioni, di rancori e di miserie (perlopiù, tante o troppe), il processo che a qualsiasi titolo lo coinvolga può dirsi ‘giusto’, nella sola misura in cui le forme che lo caratterizzano e le attività che in esso si compiono non siano mai tali, da pregiudicare alcuno dei suoi diritti personali inviolabili, riconosciuti e garantiti dallo Stato.”²⁵¹

Sotto la prospettiva della dottrina brasiliana – che storicamente viene essendo, sempre di più, ben influenzata dall’italiana – il processo giusto deve essere analizzato nella doppia dimensione: procedimentale e formale. La prima ha come obiettivo l’interazione fra i diritti fondamentali processuali, in cui deve riflettere una concordanza pratica fra questi diritti. La dimensione del formale, invece, riguarda il rapporto che si stabilisce fra le parti, specialmente nell’aspetto cooperativo fra di esse, come risultante dal modello preconizzato

²⁴⁹ TROCKER, Nicolò. **Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali.** In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano LV, 2001, p. 384.

²⁵⁰ CAIANIELLO, Vincenzo. **Riflessioni sull’art. 111 della Costituzione,** In *Riv. Dir. Proc.* 2001, 42, ivi 48.

²⁵¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del “giusto processo”.** Torino: Giappichelli, 2004, pp. 6/7.

dal formalismo-valorativo²⁵². La strutturazione del processo, dal punto di vista procedimentale, deve essere giusta. Ciò significa che questo deve essere pensato in modo di proporzionare la concordanza pratica fra le varie finalità che il processo deve portare avanti per riuscire nella sua giusta organizzazione. È dalla concordanza pratica, dalla ponderazione, dall'applicazione proporzionale e ragionevole dei principi e delle regole che compongono il diritto al processo giusto che si può ottenere la sua giusta strutturazione. Simile osservazione rimette all'idea che il diritto al processo giusto, al dovuto processo, costituisce diritto al processo adeguato e, di lì, diritto all'azione adeguata alla tutela dei diritti nello Stato Costituzionale²⁵³. La dimensione procedimentale, nella misura in cui articola un insieme di diritti fondamentali, come contenuto del processo giusto dialoga con la *pretesa di correzione*²⁵⁴ collocata per l'ordinamento giuridico.

Nel caso brasiliano, l'esperienza costituzionale a partire dal 1988 si inserisce in questa prospettiva, e ha come nucleo la dignità della persona umana. In questo contesto, sottolinea l'importanza dei diritti fondamentali, visto che creano i presupposti basilari per una vita nella libertà e nella dignità umana. Si prende cura, dunque, dei diritti inerenti la propria nozione dei diritti basilari della persona, che costituiscono la base giuridica della vita umana nel suo livello attuale di dignità. È chiaro che non si tratta soltanto dei diritti statuiti dal legislatore costituente, ma anche dei diritti risultanti dalla concezione di Costituzione dominante, dall'idea di diritto, dal sentimento giuridico collettivo²⁵⁵.

Così, si può affermare che la realizzazione di un processo giusto passa per il raffinamento del concetto di effettività e adeguazione della tutela giurisdizionale che, in ultima misura importa nella concretizzazione normativa

²⁵² MITIDIERO, Daniel. **Direito ao Processo Justo como Direito à colaboração no Processo Civil**. Disponibile in: <www.cartataforense.com.br/conteudo/Articulos/direito-ao-processo-justo-como-direito-a-colaboracao-no-processo-civil/4893>. Accesso il 28 luglio 2012.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC. Criticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. **A Institucionalização da razão**. In *Constitucionalismo discursivo*. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19-40.

²⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 262.

sul piano della realtà sociale²⁵⁶. Il giusto processo è quello che si compone di garanzie fondamentali di giustizia²⁵⁷.

Si noti, quindi, che il diritto fondamentale al processo giusto, da una parte, deve portare nel suo contenuto altri diritti fondamentali processuali e, dall'altra, deve integrare il concetto di questi altri diritti fondamentali allegati al processo. Così, il dovuto processo legale deve essere visto come elemento ridefinito dalla rottura di paradigma fra la dogmatica processuale e l'affermazione dei diritti fondamentali²⁵⁸. In linea generale si potrebbe dire che, negli Stati a struttura democratica un processo è giusto allorché è caratterizzato dalla compresenza di alcune prerogative. Si richiede (a) che un giudice, terzo e imparziale, sia posto nelle condizioni ideali per formarsi un convincimento a seguito di un'approfondito esame della causa, conseguito attraverso la conoscenza completa e l'accertamento dei fatti rilevanti; (b) che sia rispettato il principio del contraddittorio e che, più in generale, entrambe le parti possano concorrere attivamente alla ricerca della verità mercé la possibilità di far valere le proprie ragioni e argomentazioni o difese su un piano di uguaglianza e di parità; (c) che l'esito sia reso in tempi ragionevoli²⁵⁹.

Inviabile in questa strada, concepisce il diritto fondamentale al processo giusto senza i riflessi del diritto fondamentale all'accesso alla giustizia.

Infatti, il diritto fondamentale all'accesso alla giustizia²⁶⁰ è presupposto degli altri diritti fondamentali processuali²⁶¹, giacché non si tratta solo di un diritto sociale fondamentale; è anche, necessariamente, il punto centrale della

²⁵⁶ BARROSO, Luis Alberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: renovar, 1996, p. 83.

²⁵⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e giusto processo (Modelli a confronto)**. RePro, 90, pp. 101/102.

²⁵⁸ Nesse sentido: REIS, Whith Martins dos. **O princípio do devido processo legal no âmbito da Constituição brasileira**. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Vol. 39. Nº 2, 2011.

²⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Commento alla Costituzione Italiana**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 801.

²⁶⁰ Espressione giuridica nata nel diritto brasiliano equivalente a quella concepita da Mauro Capelletti a partire dal suo "Progetto Firenze" – *nonostante il Brasile di lui non abbia partecipato* –, dove, insieme con Bryant Garth, ha identificato tre onde rinnovatrici necessarie al raggiungimento dell'Accesso alla Giustizia. La prima, relativa alla gratuita della Giustizia; la seconda, alla protezione degli interessi transindividuali; e la terza, alla ricerca di risultati (LUZ, Rolando da. ALMEIDA, Dulce Calmon de Bittencourt Pinto de. **Efetividade do Processo: um elemento valorativo do princípio de "acesso à justiça"**. Revista Forense, vol. 393, Rio de Janeiro: Forense, setembro/outubro de 2007, p. 502).

²⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvoro de. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. p. 24.

moderna processualistica²⁶². Questo perché determina due finalità basiche dell'ordinamento giuridico: il sistema giuridico-processuale deve essere ugualmente accessibile a tutti e deve produrre dei risultati che siano individuali e socialmente giusti²⁶³.

Tre momenti segnano la linea guida dell'accesso alla giustizia:

a) una prima onda, che consiste nella mobilitazione a favore dell'assistenza giudiziaria gratuita, visto che il carico economico risultante dai costi di accesso al giudiziario, non possono significare obice alla postulazione dei diritti per i loro titolari²⁶⁴. Sul tema, Nicolò Trocker, negli anni '70, già indicava che "per certe categorie di persone, il diritto alla tutela giurisdizionale rischia di diventare una promessa volta e priva di significato se l'ordinamento giuridico non dispone di strumenti ed istituti atti a rendere possibile anche ai meno abbienti la difesa in giudizio dei propri diritti ed interessi"²⁶⁵.

b) Una seconda onda di accesso alla giustizia, che consiste nello sguardo sui diritti collettivi e diffusi, nella misura in cui le trasformazioni risultanti dalla globalizzazione hanno cominciato ad esigere dei mezzi innovatori per fare la tutela giurisdizionale diventare effettiva, per quei diritti che riguardano non solo un individuo specifico, ma il gruppo in cui lui si inserisce²⁶⁶. In questo contesto, in una società di disuguaglianze (com'è la brasiliana), strumenti come l'Azione Civile Pubblica e il Codice di Difesa al Consumatore, sono capaci di intervenire fortemente nei rapporti giuridici che si stabiliscono in carattere collettivo e metaindividuale²⁶⁷.

c) una terza onda, che consiste nell'allargamento e nella dimensione d'accesso alla giustizia, incorporando nuove tecniche capaci di qualificare la soluzione dei conflitti, sia individuale o extragiudizialmente²⁶⁸. Secondo

²⁶²CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988, p.13.

²⁶³CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988, p.08.

²⁶⁴CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro, 2010, p. 36.

²⁶⁵TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 299.

²⁶⁶CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

²⁶⁷GAVRONKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 96.

²⁶⁸CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988 p. 25.

Gavroski²⁶⁹, questa terza onda istituisce dei meccanismi di semplificazione di procedimenti giuridici, a ciò che denomina *judicialiformes*.

Dal paragone fra i testi delle Costituzioni Brasiliane precedenti con l'attuale testo della Carta Política del 1988, si vede ormai chiaramente una significativa preoccupazione del legislatore con una più adeguata concezione di accesso alla giustizia. Si veda l'inclusione del riferimento esplicito alla figura della "minaccia" al diritto. La tutela giurisdizionale si vede esplicitamente assicurata, non solo nelle ipotesi in cui qualcuno voglia reclamare di una lesione al diritto già consumata, ma anche in quegli altri casi in cui qualcuno supponga di avere delle buone ragioni per temere una lesione futura, imminente²⁷⁰. Si noti anche, l'eliminazione del aggettivo "individuale" costanti nelle Costituzioni del 1946²⁷¹, 1967²⁷² e 1969²⁷³. Sul piano strumentale, sono rimaste materializzate nel corpo della Costituzione Brasiliana del 1988: la previsione esplicita del beneficio dell'assistenza giuridica e integrale a coloro che non dispongono di risorse finanziarie per far fronte al processo²⁷⁴; la creazione di tribunali speciali, provvisti con giudici togati o togati e laici, competenti, per la conciliazione, il giudizio e l'esecuzione di cause civili di minore complessità e infrazioni penali di minore potenziale offensivo, mediante i procedimenti orale e sommarissimo, permessi, nelle ipotesi previste dalla legge, la transazione e il giudizio di ricorsi per gruppi di giudici di primo²⁷⁵; l'elevazione della Difesa Pubblica come istituzione essenziale alla funzione giurisdizionale

²⁶⁹ GAVRONKI. Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98.

²⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os princípios do direito processual civil na constituição de 1988**. Livro de Estudos Jurídicos, vol. 4, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, p. 239.

²⁷¹ Art. 141. ... § 4º - La legge non potrà escludere dall'apprezzamento del potere giudiziario qualsiasi lesione di diritto individuale.

²⁷² Art. 150. ... § 4º -- La legge non potrà escludere dall'apprezzamento del potere giudiziario qualsiasi lesione di diritto individuale. .

²⁷³ Art. 153. ... § 4º - La legge non potrà escludere dall'apprezzamento del potere giudiziario qualsiasi lesione di diritto individuale. L'ingresso in giudizio potrà essere condizionato all'esaurire previamente delle vie amministrative, purché non si esiga garanzia d'istanza, NE ultrapassando il termine di centotanta giorni per la decisione sulla richiesta. (Redazione data dalla Modifica Costituzionale nº 7, del 1977)

²⁷⁴ Art. 5º. LXXIV - lo Stato darà assistenza giuridica integrale e gratuita a coloro che comprovino insufficienza di risorse.

²⁷⁵ Art. 98. L'Unione, nel Distretto Federale e nei territori, e gli Stati creeranno: I – tribunali speciali, provvisti da giudici togati, o togati e laici, competenti alla conciliazione, o giudizio e all'esecuzione di cause civili di minore complessità e infrazioni penali di minore potenziale offensivo, mediante i procedimenti orale e summarissimo, permessi, nelle ipotesi previste dalla legge, la transazione e il giudizio di ricorsi da parte di gruppi di giudici di primo grado.

dello Stato, corrispondendogli l'orientamento giuridico e la difesa, in tutti i gradi, dei bisognosi²⁷⁶; la ristrutturazione del ruolo del Pubblico Ministero come istituzione essenziale alla funzione giurisdizionale dello Stato, competendogli: attribuzioni per la difesa dell'ordine giuridico, del regime democratico e degli interessi individuali e sociali²⁷⁷; e la manutenzione degli strumenti di protezione del cittadino davanti al Potere Pubblico: i *writs constitucionais* (simili a quelli del sistema della *common law*²⁷⁸), del mandato di sicurezza individuale²⁷⁹ e collettivo²⁸⁰, l'*habeas corpus*²⁸¹, l'*habeas data*²⁸² e il mandato di ingiunzione²⁸³.

Si vede, quindi, che il legislatore brasiliano ha cercato di orientarsi nella giustizia sociale, nella fortificazione della democrazia, della cittadinanza e nella ricerca di una società egualitaria, refrattaria dell'individualismo nel Diritto e all'assolutismo nel potere²⁸⁴, potendosi dire, senza esagerare, che la Costituzione del 1988 rappresenta ciò che di più moderno esiste nella tendenza universale verso la diminuzione della distanza fra il popolo e la giustizia²⁸⁵.

Allo stesso modo in Italia – dove il diritto fondamentale all'accesso alla giustizia è vincolato al "diritto di azione", pur senza allontanare il suo senso e la sua portata dalla concezione brasiliana – la Corte Costituzionale ha già

²⁷⁶Art. 134. La Pubblica Difesa è istituzione essenziale alla funzione giurisdizionale dello Stato, competendole l'orientamento giuridico e la difesa, in ogni grado, dei bisognosi, nella forma dell'Art. 5º, LXXIV.

²⁷⁷Art. 127. Il Pubblico Ministero è istituzione permanente, essenziale alla funzione giurisdizionale dello Stato, competendole la difesa dell'ordine giuridico, del regime democratico e degli interessi sociali e individuali indisponibili.

²⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alváro de. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26.

²⁷⁹Art. 5º. LXIX – si concederà mandato di sicurezza per proteggere diritto liquido e certo, non amparato da "habeas-corpus" o "habeas-data", quando il responsabile per l'illegalità o abuso di potere sia autorità pubblica o agente di persona giuridica nell'esercizio di attribuzioni del Potere Pubblico.

²⁸⁰Art. 5º. LXX - il mandato di sicurezza può essere collettivo impetrato da: a) partito politico con rappresentanza nel Congresso Nazionale; b) organizzazione sindacale, entità di classe o associazione legalmente costituita e in funzionamento da almeno un anno, in difesa degli interessi dei suoi membri o associati.

²⁸¹LXVIII – si concederà "habeas-corpus" sempre che qualcuno subisca o si senta minacciato di subire violenza o coazione nella sua libertà di locomozione, per illegalità o abuso di potere.

²⁸²LXXII – si concederà "habeas-data": a) per assicurare la conoscenza di informazioni relative alla persona dell'impetrante, costanti in registri di dati o banca dati di entità governamentali o di carattere pubblico; b) per la correzione di dati, quando non si preferisca farlo via processo sigilloso, giudiziale o amministrativo.

²⁸³LXXI – si concederà mandato di ingiunzione sempre che la mancanza di norma regolatrice faccia diventare inviabile l'esercizio dei diritti e libertà costituzionali e delle prerogative inerenti la nazionalità, la sovranità e la cittadinanza.

²⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 371.

²⁸⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. p. 82.

riconosciuto, dagli anni '80, che “Il diritto alla tutela giurisdizionale va ascritto tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio ... in senso proprio”²⁸⁶.

Nella gamma di diritti che si articolano per l'effettivazione del processo giusto, il diritto fondamentale al “giudice naturale” si rivela anche di somma importanza, considerando che questo diritto mantiene relazione stretta con la nozione di imparzialità e di competenza. Con previsione manifesta nell'articolo 5^o, comma LIII²⁸⁷ e XXXVII²⁸⁸, questo diritto fondamentale processuale – adottato dalla maggioranza dei paesi colti²⁸⁹ – ha grande importanza nella garanzia dello Stato di Diritto, come anche nella manutenzione dei precetti basilici di imparzialità del giudice nell'applicazione dell'attività giurisdizionale, attribuito questo che serve alla difesa e protezione dell'interesse sociale e dell'interesse pubblico generale²⁹⁰. Importante che, l'imparzialità e la neutralità sono dei concetti diversi nello scenario costituzionale attuale²⁹¹. Visto che sono entrambi pertinenti al processo valutativo delle norme. Se la prima è elemento dell'imperiosa uguaglianza processuale, la seconda è elemento finalistico del processo, sia nell'aspetto della realizzazione della giustizia, sia per quanto riguarda la democratizzazione del processo²⁹². Sull'eguaglianza nel processo, questa deve esse capita nel suo aspetto materiale, cioè, il trattamento egualitario implica il riconoscimento che le parti ostentano condizioni distinte nella relazione processuale, fatto che “implicherà in trattarle diversamente,

²⁸⁶ Così Corte cost. 2 febbraio 1982 n. 18, in Foro it., 1982, I, 934.

²⁸⁷ Art. 5^o. LIII – nessuno sarà processato né sentenziato se non dall'autorità competente.

²⁸⁸ Art. 5^o. XXXVII – non esisterà giudizio o tribunale d'eccezione.

²⁸⁹ La Costituzione italiana prevede nel suo Articolo 25, con la seguente redazione: “Nessuno può esse redistolto dal giudice natural e precostituito per legge”. La Costituzione Spagnola, nel suo Articolo 24, registra che “... todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley...”. La Costituzione dell'Argentina, nel suo Articolo 18, dispone che “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. ...”.

²⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7^a ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 66.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC. Criticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC. Criticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

secondo si presentino le loro disparità²⁹³. In questo senso, la delimitazione della giurisdizione e l'attuazione giurisdizionale non restano a criterio o convenienza dei soggetti del processo, ma risultano dalla propria direttrice costituzionale²⁹⁴. Ancora a riguardo del diritto fondamentale al giudice naturale, importa il fatto che, nella Costituzione brasiliana del 1988, sono rimasti vietati i giudizi o tribunali d'eccezione²⁹⁵. Tale previsione chiude un periodo dell'esperienza nazionale in cui il regime dittatoriale, portato avanti fra i decenni del '60 e l'80, nella pratica ha estinto queste garanzie, nonostante hanno fatto parte del testo formale della legge. Pertinente al giudice naturale si discute nella dottrina brasiliana sulla natura bidimensionale o tridimensionale del suo significato. Nella linea della bidimensionalità, infatti, Antonio Cláudio da Costa Machado²⁹⁶ aborda due dimensioni del giudice naturale, che si relazionano con questa qualità dell'imparzialità, per quanto riguarda il divieto di tribunali d'eccezione: essendo la prima in relazione ai fatti; e la seconda in relazione alle persone. A questo passo, Luís Longo²⁹⁷, presenta queste due dimensioni a livello sostanziale, che conduce quella di forma immediata all'imparzialità del giudice e, in modo mediato all'eguaglianza fra le parti. D'altra parte, Nelson Nery Júnior²⁹⁸, colloca questo diritto in tre dimensioni, che riescono ad articolare giurisdizione, competenza ed imparzialità, rivelandosi la più ampia – come deve essere lo spettro di un diritto fondamentale processuale. Indipendentemente, però, della teoria che si adotti a riguardo del contenuto del diritto fondamentale al giudice naturale, si deve sempre considerare che esso rappresenta più che il diritto soggettivo della parte e oltre al contenuto individualista dei diritti processuali. È garanzia della propria giurisdizione, suo

²⁹³ ROLLIN, Cristiane Flores Soares. **A garantia da igualdade no processo civil frente ao interesse público.** In *As garantias do cidadão no processo civil: Relações entre constituição e processo.* PORTO, Sergio Gilberto. (ORG.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 62.

²⁹⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 32.

²⁹⁵ Artigo 5º, XXXVII.

²⁹⁶ COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado.** São Paulo: Editora Manole, 2006, p. 17.

²⁹⁷ LONGO, Luis Antônio. **As garantias do cidadão no processo civil.** Org. Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 37.

²⁹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** p. 66/67.

elemento essenziale, sua qualifica sostanziale. Senza il giudice naturale, non c'è funzione giurisdizionale possibile²⁹⁹.

Nella prospettiva dell'accesso alla giustizia, si hanno, insieme al giudizio naturale, altri diritti fondamentali che si mobilitano per l'eguaglianza sostanziale e formale delle parti in giudizio. In questo senso, la bilateralità delle domande postulate in giudizio avviene per il contraddittorio, che appare a fianco dell'ampia difesa³⁰⁰, nella forma del articolo 5º, LV³⁰¹, della Costituzione Brasiliana. Si nota che a riguardo del contraddittorio, c'è stata un'evoluzione concettuale alla luce del testo costituzionale brasiliano. Non si tratta soltanto di una relazione di azione e contrapposizione formale fra le parti, ma essenzialmente della creazione delle condizioni che permettano che esse agiscano nel processo per influenzare effettivamente il suo risultato, e ancora, che questa attuazione sia di forma equanime nella maggior misura possibile³⁰². In questo modo, diventano inerenti al contraddittorio: la rappresentazione tecnica, la parità di armi, la prova, la pubblicità, la decisione fondata e motivata e l'assistenza giuridica. Inoltre, l'attuazione del giudice si differenzia, perché si passa a riconoscerlo come una parte attiva nella costruzione del contraddittorio del processo³⁰³. Così, il giudice di questo tempo, agisce in Cooperazione³⁰⁴, per cercare la migliore condizione d'analisi del diritto materiale, eccedendo quella posatura inerte e limitata mentre guarda gli elementi portati al processo dai litiganti dinanzi alla norma astratta. È in questo senso la lezione di Cappeletti³⁰⁵:

Il nesso fra processo e diritto sostanziale, che le ultime generazioni del processualismo italiano stanno riscoprendo, dopo essere stato trascurato per lungo tempo in virtù dell'eccessiva acclamata autonomia dell'azione e della relazione processuale, presenta due campi principali

²⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O princípio do juiz natural e sua dupla garantia**. Revista de Processo, v. 29, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, pp. 11-33.

³⁰⁰ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 34.

³⁰¹ Srt. 5º. ... LV – ai litiganti, in processo giudiziale o amministrativo, e agli imputati in genere sono assicurati il contraddittorio e ampia difesa, con i mezzi e le risorse ad essa inerenti;

³⁰² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36.

³⁰³ CINTRA. Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO. Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19.

³⁰⁴ DIDIER JR, Fredie. **O princípio da cooperação: uma apresentação**. In Revista de processo. V. 127, 2005, p. 76

³⁰⁵ CAPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993, reimpressão 1999.

d'esame. Il primo, ...riguarda il problema della creatività giurisdizionale, cioè, della produzione del diritto ad opera dei giudici. Con terminologia un tanto invecchiata, si tratta di verificare se il giudice è mero interprete- applicatore del diritto, oppure se partecipa, *lato sensu*, dell'attività legislativa, vale a dire, più correttamente, della creazione del diritto.

Il diritto fondamentale al contraddittorio è legato indissociabilmente al diritto fondamentale all'ampia difesa³⁰⁶, il quale si riassume nel postulato della libertà integrale dell'uomo dinanzi alla prepotenza dello Stato³⁰⁷. Importa mettere in evidenza che il diritto di difesa non deriva di mera generosità, ma di un interesse pubblico. Oltre ad essere una garanzia costituzionale di qualsiasi paese, il diritto di difendersi è essenziale a ogni e qualsiasi Stato pretenda di essere minimamente democratico³⁰⁸. Nonostante sia strettamente vincolato al diritto al contraddittorio³⁰⁹, nella dottrina brasiliana c'è divergenza con relazione ad essere un diritto all'ampia difesa, garanzia fondamentale risultante da questo³¹⁰, da questo generatore³¹¹ o autonomo. Capiamo, partendo dalla premessa coniata da Humberto Ávila³¹² che "l'interpretazione non si caratterizza come un atto di descrizione di un significato previamente dato, ma come un atto di decisione che costituisce la significazione e i sensi di un testo", che si trattano di diritti autonomi. A una, perché agiscono su sfere giuridiche diverse. Il contraddittorio sottomette tutti i soggetti del processo – fra cui, il giudice – ad una relazione dialettica, mentre che l'ampia difesa è vincolata

³⁰⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existente e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 120.

³⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 534.

³⁰⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125.

³⁰⁹ Alcuni autori, perfino, sostengono che "attualmente, considerando lo sviluppo della dimensione sostanziale del principio del contraddittorio, si può dire che loro si sono fusi, formando un'amalgama di un único diritto fondamentale." (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12ª ed., vol 1, Salvador: JusPodivm, 2010, p. 56)

³¹⁰ "in un certo approccio, è inquestionabile che dal contraddittorio sorge la propria difesa. Dispiegandosi il contraddittorio in due momenti – l'informazione e la possibilità di reazione – non si può negare che la conoscenza, insita nel contraddittorio, è presupposto al doppio esercizio della difesa." (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp. 4/5).

³¹¹ "La regola dell'ampia difesa raggiunge la regola contraddittorio ..." (CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 534).

³¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 23.

soltanto alle parti³¹³. E, a due, perché il contraddittorio ha forza cogente (in virtù del dovere di collaborazione), mentre la pratica di atti processuali delle parti (contestazione, ricorso, ecc.) come esercizio dell'ampia difesa, è facoltativa³¹⁴. Nel diritto italiano, il diritto fondamentale all'ampia difesa presenta "un contenuto molto ampio. Non solo fa riferimento alla difesa tecnica, ma abbraccia una serie di attività che contrassegnano il corso del processo: dalla convocazione delle parti alla notificazione degli atti; dal diritto alla prova al controllo dei provvedimenti giudiziari, ai limiti soggettivi dell'efficacia della sentenza."³¹⁵

Oltre ai diritti fondamentali processuali già citati, come risultato dell'umanizzazione e delle garanzie derivate da un "processo giusto"³¹⁶, figura il "diritto alla parità di armi" o "diritto all'isonomia", che agisce in modo che ci sia eguaglianza di trattamento alle parti. Questo diritto fondamentale processuale ripercuote inequivocabilmente sul processo, perché è uno dei pilastri strutturali dello Stato Democratico di Diritto³¹⁷. In questo senso, non prospera già l'accezione precedente di uguaglianza formale negativa (la legge non può stabilire differenze), avendo luogo la concezione contemporanea dell'uguaglianza materiale, che non si soddisfa con regole formali destinate a assicurare alle parti parità di trattamento, ma impone al giudice il dovere di verificare in concreto se qualcuna di esse si trova in posizione di inferiorità nell'accesso ai mezzi di difesa e di supplire quest'eventuale deficienza con delle iniziative compensatorie per ristabilire l'equilibrio necessario, senza il quale non si può raggiungere un risultato giusto³¹⁸. Vincolando il processo giusto anche all'uguaglianza, Comoglio³¹⁹ ha scritto che

³¹³ In questo senso, DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

³¹⁴ In questo senso, MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípio do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 186/87.

³¹⁵ LIUZZI, Giuseppe Trisorio. **Il diritto alla difesa**. In Stato di Diritto e garanzie processuali, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 106.

³¹⁶ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do Processo: O processo justo**. Revista Novos Estudos Jurídicos, Ano VII, nº 14, abril/2002, p. 12.

³¹⁷ NETO, Olavo de Oliveira. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Princípio da Isonomia**. In Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 141.

³¹⁸ GRECO Leonardo. **A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, nº 9, Ano VII, dezembro de 2006, p. 127.

³¹⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica**. In Revista de Processo, V. 108, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

nella “costituzionalizzazione” del concetto di “giusto processo” – che è clausola generale di “giustizia procedurale”, “principio ad assetto variabile” o a “tessitura aperta”, eticamente accettabile perché conforme alla cultura giuridica della legalità, nello Stato di diritto moderno – trovano spazio sia l’idea del processo “giusto” in quanto “regolato per legge” (o secondo “legalità processuale”), sia la parità delle parti, intesa quale corrispondenza dinamica di reciproci diritti fra le parti medesime sulla base di una loro sostanziale eguaglianza.

Indissociabili del sistema costituzionale, nella sua dinamica democratica, ci sono anche i doveri di pubblicità e di motivazione delle decisioni giudiziali. Arruda Alvim³²⁰ afferma che la pubblicità, prevista nell’articolo 93, IX, della Costituzione Brasiliana³²¹, esercita una doppia garanzia: per il cittadino, come equivalente di una giustizia giusta quando giustifica le sue condotte; e, allo stesso tempo del proprio giudiziario, quando il cittadino acquista conoscenza delle sue condotte e può così apprezzarle. Nella prospettiva costituzionale, perciò, non si ammettono giudizi segreti, al tempo stesso che si esige la pubblicizzazione delle decisioni³²². Tuttavia, la stessa Carta Magna che prevede la pubblicità come garanzia fondamentale, stabilisce, però, possibilità di restrizione (ma non eliminazione³²³) a questo diritto. L’articolo 5º, LX, della Costituzione Brasiliana dispone che “la legge solo potrà restringere la pubblicità degli atti processuali quando la difesa dell’intimità o l’interesse sociale lo esigano”. La questione della motivazione di qualsiasi decisione giurisdizionale non è meramente processuale, ma politica, come fattore di legittimazione dell’esercizio del potere dello Stato³²⁴. In questo senso, si mette in evidenza la portata di questo diritto, che nella lezione di José Rogério Cruz e Tucci³²⁵, avviene in tre sfere: sul piano soggettivo, in quello che riguarda la

320 ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 99.

321 Art. 93. ... IX – tutti i giudizi degli organi del Potere Giudiziario saranno pubblici, e fondate tutte le decisioni, sotto pena di nullità, potendo la legge limitare la presenza, in certi atti, alle proprie parti e ai loro avvocati, o solo a questi, in casi nei quali la preservazione del diritto all’intimità dell’interessato nel sigillo non pregiudichi l’interesse pubblico all’informazione; (Redazione data dalla Modifica Costituzionale nº 45, de 2004)

322 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. p. 130.

323 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. p. 56.

324 SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível – Fundamentos e Técnica**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 339.

325 TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 21/24.

conformazione della parte soccombente in relazione ai fondamenti che hanno portato al non riconoscimento di sua pretesa³²⁶; sul piano materiale, permettendo l'impugnazione del *decisum* dalla meccanica dei ricorsi³²⁷, come anche ausiliando l'arricchimento di questa fonte del Diritto che è la giurisprudenza; e sul piano dell'ordine pubblica, permettendo che chiunque del popolo possa controllare la legalità della decisione, l'imparzialità del giudice, infine, la giustizia del giudizio³²⁸. La fundamentazione delle decisioni riceve determinata importanza, tanto che la sua assenza, secondo consta testualmente nella legge brasiliana, in nullità³²⁹ della decisione. Tanto che è questo il comando che si trae, almeno *prima facie*, dall'articolo 93, inciso IX, CFB 1988. Così, non si può vedere la motivazione delle decisioni giudiziali come mero requisito interno e formale dell'atto (supposto), ma, sì, essenziale alla sua propria realizzazione; al suo supporto ai fatti (presupposto). Si ricorda che i destinatari della motivazione non sono più solo le parti e i magistrati che metteranno in riesame la decisione, ma anche la comunità che, con la motivazione, ha condizioni per verificare se il giudice, e conseguentemente la propria giustizia, decide con imparzialità e con conoscenza di causa; è attraverso la motivazione che si valuta l'esercizio di un'attività giurisdizionale imparziale e giusta³³⁰. Rafforza quest'idea la posizione di José Carlos Barbosa Moreira, quando mette la motivazione delle decisioni giudiziali sul piano dei

³²⁶ "... Motivare ... non è rispondere uno a uno agli argomenti della parte, ma dimostrare (e non convincere, convincere è compito dell'avvocato) il ragionamento sviluppato affinché si possa verificare, infine, se la decisione è giusta o no, e tutto non ridonde in puro arbitrio". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvoro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 89, nota 79).

³²⁷ Su quest'aspetto, vale il riferimento alla recente decisione del Superiore tribunale di Giustizia: "... L'imprescindibilità di fundamentazione delle decisioni giudiziali merita distacco, constando esplicitamente nell'inciso IX dell'Articolo 93. La necessita di motivazione delle decisioni si giustifica nella misura in cui solo possono essere controllate o impugnate, se le ragioni che le giustificarono fossero dovutamente presentate. La motivazione delle decisioni, in consacrazione al dovuto processo legale, costituisce garanzia costituzionale della parte, oltre a conoscere i fatti che gli sono imputati e da questi difendersi, essere informato delle ragioni per le quali resterà condannato, se questo il risultato del processo, legittimando la coersione statale al diritto fondamentale della libertà ..." (HC 199.270/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, giudicato il 21/06/2011, DJe 01/08/2011)

³²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. **Vícios de motivação da sentença penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 38, São Paulo, 2002, p. 126.

³²⁹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

³³⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 119.

principi fondamentali, d'ordine politica – nel più nobile senso della parola³³¹. Ecco che capiamo che la violazione al diritto fondamentale alla decisione motivata – e, per conseguente, il no riempimento del presupposto costituzionale secondo il quale tutte le decisioni devono essere motivate – non implica in nullità dell'atto decisorio, ma nella sua inesistenza, come saranno anche inesistenti le decisioni secrete del Potere Giudiziario (violando il diritto fondamentale alla pubblicità) o le decisioni che fossero proferite da autorità giurisdizionale che non sia stata preconstituita nella forma della legge (violando il diritto fondamentale al giudice naturale).

Si deduce, perciò, che i diritti fondamentali, che compongono le condizioni minime di applicazione del “processo giusto” stabilite dal legislatore costituzionale, sia nel Brasile, sia nell'Italia, sono: il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e adeguata; il diritto al giudice naturale; il diritto alla rappresentazione tecnica e alla parità di armi; il diritto all'uguaglianza; il diritto al contraddittorio; il diritto all'ampia difesa; il diritto alla pubblicità delle decisioni; il diritto alla decisione fondata o motivata; il diritto all'assistenza giuridica e il diritto alla durata ragionevole del processo³³². In questo stesso passo, Cândido Rangel Dinamarco³³³ ha scritto che

Processo giusto è quello condotto e deciso da un giudice naturale, imparziale e che tratti in modo isonomico le parti, che sia realizzato con pubblicità, con ampia opportunità di difesa ai litiganti, mediante la loro partecipazione nel contraddittorio, che sia assicurato il diritto alla prova, il diritto al processo come mezzo di difesa dei loro diritti, che ogni esperienza processuale si sviluppi con piena osservanza delle regole e precetti inerenti l'esercizio della giurisdizione dell'azione e della difesa.

Importante il registro che, nella Carta Italiana, il legislatore costituente concentra e integra ormai grande parte dei diritti fondamentali processuali su trattati nel corpo dell'articolo 111. Infatti, sono disposti esplicitamente il diritto al

³³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Revista brasileira de direito processual, v. 16, 1978 p.124.

³³² THEODORO JR., Humberto. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. In Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 29, 2009, pp. 8/9.

³³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22.

“giusto processo”; al “contraddittorio”; alla “parità”; al “giudice naturale”; alla “ragionevole durata”; alla “decisione motivata”. Siano allegati al citato articolo 11 i diritti fondamentali processuali dell’accesso alla giustizia, dell’ampia difesa e dell’assistenza giudiziaria gratuita, previsti nel corpo dell’articolo 24 della Costituzione Italiana.

2.2. Il diritto fondamentale al processo in tempo ragionevole in Brasile e in Italia

La prospettiva costituzionale data al processo, come realizzazione dell’accesso alla giustizia e del dovuto processo legale, diritti questi che accompagnano la traiettoria del processo nel corso della storia dell’umanità, richiede un’articolazione fra tempestività, effettività e adeguazione. Secondo Teresa Sapiro Vaz³³⁴, questa tutela effettiva e condizionata al diritto che le decisioni giudiziali avvengano in termine ragionevole e, allo stesso modo, che non incidano non dovute dilazioni dei termini convenzionati, siano questi legali o giudiziali.

La ricerca per la prontezza nella tutela giudiziale, come si percepisce, è messa nel centro delle preoccupazioni del processo contemporaneo, nella misura che si trova per una tutela adeguata e giusta, al punto costituirsi come “*molla guida del motivo principale della crisi nella giustizia*”³³⁵. In questo senso, la tempestività processuale diventa diritto fondamentale, e di lì l’esigenza che l’ordinamento processuale sia capace dare la effettiva tutela e, che sia adeguata, come risultato di una razionale distribuzione del tempo nel processo³³⁶.

Un’altra dimensione fondamentale del diritto e della giustizia nel mondo contemporaneo è quella transnazionale. Come l’economia, le comunicazioni, gli scambi di persone e di cultura, e ancora fenomeni come le grandi migrazioni di

³³⁴VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum. In Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1995, p. 851.

³³⁵TUCCI, José Rogério Cruz. **Tempo e processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 15/16.

³³⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 20.

lavoratori, il turismo, l'inquinamento, non conoscono le barriere dei confini artificiali fra gli Stati, così si rende sempre più necessaria anche un'espansione transnazionale del diritto; fenomeni naturalmente transnazionali necessitano di una disciplina giuridica anch'essa di livello transnazionale. Si spiegano così certi sviluppi che stanno cambiando la geografia politica del nostro pianeta: la crescente importanza di organismi come la Comunità Europea, il Consiglio d'Europa³³⁷.

Nonostante si potesse già osservare dall'articolo 8° della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani³³⁸ che "Ogni persona ha il diritto di ricevere dai tributi nazionali competenti rimedio effettivo per gli atti che violino i diritti fondamentali che le siano riconosciuti dalla costituzione o dalla legge", l'espressione "ragionevole" (come delimitatrice di tempo adeguato di durata del processo) ha cominciato ad integrare documenti internazionali dalla metà del secolo XX. In primo luogo, la Convenzione Europea per la Salvaguarda dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950, nel suo articolo 6°, I, ha disposto che

Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia.

Molte sono le Dichiarazioni e le Carte che sanciscono il rispetto dei diritti umani, ma la CEDU ha una caratteristica che la distingue da tutte: essa

³³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **La dimensione sociale:l'accesso alla giustizia.** *In* Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee – Studi di diritto giudiziario comparato, Bologna: Il Mulino, 1994, p. 97.

³³⁸Adottata e proclamata dalla Decisione 217 A (III) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

funziona con gli strumenti tipici del diritto positivo, ha un giudice (la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo) ed ha sanzioni³³⁹.

Secondo Cruz e Tucci³⁴⁰, è stato – senza dubbio – a partire dall'edizione di questo diploma legale soprannazionale, che il diritto al processo senza dilazioni non dovute è passato ad essere concepito come un diritto soggettivo costituzionale, di carattere autonomo, di tutti i membri della collettività (comprese le persone giuridiche) alla tutela giurisdizionale dentro di un termine ragionevole, decorrente dal divieto del *non liquet*, vale a dire, del dovere che hanno gli agenti del Potere giudiziario di giudicare le cause con stretta osservanza delle norme di diritto positivo.

Nell'anno 1955, l'Italia ha ratificato i termini della Convenzione ed il Protocollo addizionale, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, per mezzo della Legge del 4 agosto 1955, n. 848., e con tale ratifica l'Italia si è impegnata ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali indicati dalla Convenzione, nei confronti dei soggetti sottoposti alla propria giurisdizione e, fra tali diritti, quello del processo in tempi ragionevoli³⁴¹.

Nella legislazione italiana, si poteva trarre la previsione di tale diritto fondamentale del tenore dell'art. 24 della Costituzione, che, nonostante non avesse disciplinato la ragionevole durata espressamente nei suoi comma, permetteva che l'interprete potesse estrarre dal suo contenuto che la garanzia, al cittadino, di un diritto d'azione passava necessariamente attraverso un processo che si sviluppasse in termine ragionevole di durata. Tanto è vero che la Corte Costituzionale, nella sentenza n° 388/1999 ha deciso che:

Appunto, accade per il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 della Costituzione, che implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicura l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia.

³³⁹ BIN, Roberto. PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto Costituzionali**. 12^a ed., Torino: Giappichelli, 2011, p. 504.

³⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. **Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 67.

³⁴¹ SANNA, Cecilia. **La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudice italiani ed europei**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 126.

Nel recente passato, Il diritto fondamentale alla durata ragionevole del processo³⁴² è stato oggetto di esplicita previsione costituzionale, attraverso la l. cost. 22 novembre 1999, n. 2³⁴³. Tale dispositivo legale, come già trattato precedentemente, ha cambiato la dizione dell'articolo 111 della Costituzione Italiana, il quale comma 2 così prevedeva: “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.”

L’inserimento nel nuovo art. 111 cost. di un principio che affonda le sue radici (anche) in una realtà soprannazionale chiama istituzioni ed operatori a non isolarsi in un contesto nazionale, trascurando l’impatto delle Convenzioni internazionali che al giusto processo hanno dato formale spazio, delineandolo nei loro dettati con ulteriori puntualizzazioni. È questa una prospettiva che merita di essere brevemente illustrata³⁴⁴.

Ancora sull’argomento, Giuseppe Vignera³⁴⁵ indica che

Facendo del legislatore ordinario il destinatario diretto del dovere di assicurare la ragionevole durata del processo, l’art. 111, comma 2°, ultima parte, concepisce quella in discorso più che come una garanzia soggettiva quale garanzia oggettiva, destinata ad incidere sulla organizzazione tecnica e sul funzionamento dell’amministrazione giudiziaria.

Di fronte alle strutturali deficienze del sistema processuale nazionale, la riforma del 1999, seppur di nobili intenti, nulla ha potuto: l’aver solennemente introdotto l’equo processo, nel dettato costituzionale, assicurando su carta la ragionevole durata del processo, senza però preveder riforme sostanziali e

³⁴² Nonostante ci sia posizione contraria alla ragionevole durata del processo come effettivo diritto, come quello di Marcelo Cecchetti: “Non si stabilisce che ogni processo deve svolgersi in tempi ragionevoli né, tantomeno, che ogni soggetto há il diritto ad un processo di durata ragionevole. La formula utilizzata si limita ad affidare al legislatore un compito: quello di “assicurare” che il processo abbia una ragionevole durata.” (CECCHETTI, Marcelo. **Giusto processo (diritto costituzionale)**. In Enciclopedia del diritto, Aggiornamento, V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 610)

³⁴³ GAROFOLI, Vincenzo. **La durata ragionevole del processo (garanzia oggettiva) e la durata irragionevole del “processo breve” (garanzia soggettiva)**. Disponibile in http://www.treccani.it/export/sites/default/magazine/diritto/approfondimenti/pdf/2_Garofoli_durata_processo.pdf. Accesso il 5 aprile 2013)

³⁴⁴ TROCKER, Nicolò. **Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali**. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano LV, 2001, p. 387.

³⁴⁵ VIGNERA, Giuseppe. **giusto processo e riti speciali**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 50

coordinate della giustizia³⁴⁶, che operassero in tal senso, ha comportato nella pratica delle aule di giustizia il costante richiamo dell'art. 111 Cost., come parametro di legittimità costituzionale delle norme dell'ordinamento, non alleggerendo affatto il carico delle Corte di Strasburgo, la quale continuava, mestamente, a produrre sentenze di condanna per l'Italia, rea di aver violato l'art. 6 della Convenzione, tanto da costringere il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, ad adottare la risoluzione n° 336, nel 1997 in cui veniva stigmatizzato il problema endogeno dell'eccessiva lentezza dei processi in Italia³⁴⁷.

In questo punto, importa la segnalazione di Zagrebelsky³⁴⁸ che

La Corte europea ha affermato che un sistema che permette di prevenire una violazione è naturalmente preferibile a quello che semplicemente ne ripara le conseguenze dannose. Tuttavia anche un sistema che assicura a livello interno il riconoscimento della violazione (prima condizione) e l'indennizzo della vittima (seconda condizione), può essere considerato efficace ai fini dell'articolo 13 della Convenzione.

Nonostante la Corte europea richiedesse la predisposizione di uno strumento che, oltre a garantire il risarcimento, rendesse effettiva la tutela del diritto all'equo processo, la risposta del legislatore italiano è stata parziale. Infatti, mediante l'adozione della legge n. 89 del 24 marzo 2001 (c.d. legge Pinto)³⁴⁹, l'Italia ha preferito introdurre nel sistema uno strumento meramente indennizzatorio³⁵⁰³⁵¹ che non è però intervenuto sulle cause sistemiche del

³⁴⁶ Nonostante il governo italiano abbia editato varie norme di organizzazione giudiziaria come tentativi di riduzione al tempo di durata dei processi, come, ad esempio: legge 1° febbraio 1989, n. 30, istitutiva delle Preture circondariali e delle sezioni distaccate di Pretura, sull'ordinamento giudiziario; legge 21 novembre 1991, n. 374, istitutiva del Giudice di pace; legge 22 luglio 1997, n. 276, istitutiva dei Giudici onorari aggregati, per la composizione delle «sezioni stralcio» destinate alla definizione dell'arretrato civile; d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, istitutivo del Giudice unico di primo grado; legge 28 agosto 2000, n. 274, concernente competenze penali del Giudice di pace e sul processo stesso; legge 26 novembre 1990, n. 353, contenente un'ampia riforma del rito civile, successivamente emendata dal d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1995, n. 534.

³⁴⁷ MORONI, Elisabetta. **Il processo civile e la normativa comunitaria** (a cura di Stefano Scarafoni). Torino: UTET Giuridica, 2012, p. 75.

³⁴⁸ ZAGREBELSKY, Vladimiro. **La ragionevole durata del processo italiano**. Limiti e disfinzioni del rimedio interno. In *La crisi della giustizia civile in Italia: che fare?*. Milano: Giuffrè, 2009, pp. 43/44.

³⁴⁹

³⁵⁰ Art. 2°. Diritto all'equa riparazione.

problema, i cui effetti nefasti, peraltro, vanno al di là delle censure in sede europea³⁵²³⁵³.

Non bastasse ciò, la propria sistemática prevista dalla Legge Pinto (specificamente nel suo art. 3^o e commi³⁵⁴) per l'equa riparazione, è stato

1. Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione.

2. Nell'accertare la violazione il giudice considera la complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione.

3. Il giudice determina la riparazione a norma dell'articolo 2056 del codice civile, osservando le disposizioni seguenti:

a) rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole di cui al comma 1;

b) il danno non patrimoniale è riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell'avvenuta violazione.

³⁵¹ Che si rivela "... un ordinario processo di cognizione, soggetto, in quanto tale, alla esigenza di una definizione in tempi ragionevoli; esigenza questa, tanto più pressante in quanto ci si trova in presenza di una tipologia di giudizi finalizzati all'accertamento di una violazione di un diritto fondamentale nel giudizio presupposto, la cui lesione genera di per sé una condizione di sofferenza e un patema d'animo, che sarebbe eccentrico non riconoscere anche per i procedimenti ex lege n.89/2001."(Corte Suprema di Cassazione - Sezione Sesta Civile - Sentenza n. 8283/2012, pubblicata in data 24 maggio 2012) (grifo nostro)

³⁵²GRILLO, Simone. **La legge pinto nell'ordinamento italiano: Problemi e prospettive.** <http://www.sioi.org/media/GruppoGRicercatori/5.%20La%20Legge%20Pinto%20nell'ordinamento%20italiano%20-%20problemi%20e%20prospettive.pdf>

³⁵³Ci sono però, posizioni contrarie, riconoscendo nella Legge Pinto come significativo strumento di effettivazione del diritto iscritto nell'art. 111 della Carta Costituzionale, vide MACCHIAROLI, Francesco. **Eccessiva durata dei processi ed equa riparazione: tra giurisprudenza di Strasburgo e Legge Pinto.** *Giurisprudenza Italiana*, Ottobre, 2004, p. 2007.

³⁵⁴ Art. 3. (Procedimento)

1. La domanda di equa riparazione si propone dinanzi alla corte di appello del distretto in cui ha sede il giudice competente ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale a giudicare nei procedimenti riguardanti i magistrati nel cui distretto è concluso o estinto relativamente ai gradi di merito ovvero pende il procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata.

2. La domanda si propone con ricorso depositato nella cancelleria della corte di appello, sottoscritto da un difensore munito di procura speciale e contenente gli elementi di cui all'articolo 125 del codice di procedura civile.

3. Il ricorso è proposto nei confronti del Ministro della giustizia quando si tratta di procedimenti del giudice ordinario, del Ministro della difesa quando si tratta di procedimenti del giudice militare. Negli altri casi è proposto nei confronti del Ministro dell'economia e delle finanze.

4. La corte di appello provvede ai sensi degli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione della camera di consiglio, è notificato, a cura del ricorrente, all'amministrazione convenuta, presso l'Avvocatura dello Stato. Tra la data della notificazione e quella della camera di consiglio deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni.

5. Le parti hanno facoltà di richiedere che la corte disponga l'acquisizione in tutto o in parte degli atti e dei documenti del procedimento in cui si assume essersi verificata la violazione di cui all'articolo 2 ed hanno diritto, unitamente ai loro difensori, di essere sentite in camera di consiglio se compaiono. Sono ammessi il deposito di memorie e la produzione di documenti sino a cinque giorni prima della data in cui è fissata la camera di consiglio, ovvero sino al termine che è a tale scopo assegnato dalla corte a seguito di relativa istanza delle parti.

6. La corte pronuncia, entro quattro mesi dal deposito del ricorso, decreto impugnabile per cassazione. Il decreto è immediatamente esecutivo.

obiettivo di severe critiche da parte della dottrina. In primo luogo, perché l'inserimento di un ricorso interno per la valutazione dell'irragionevole durata del processo, come previsto dalla legge n. 89/2001, determina un ulteriore appesantimento all'interno di un sistema già incapace di gestire in modo adeguato i ricorsi ordinari³⁵⁵. In secondo luogo, perché l'applicazione concreta della legge Pinto risente della difficile qualificazione degli interessi tutelati dal nostro ordinamento e della definizione dei soggetti legittimati a pretenderne il rispetto, come dimostra la complicata determinazione dei danni non patrimoniali e della definizione dei diritti delle persone giuridiche³⁵⁶. La Legge Pinto non ha neanche stabilito dei criteri fissi per la misurazione di un'irragionevole durata del processo (art. 2^o, comma 2)³⁵⁷ e quantificazione dei danni subiti dalla parte (art. 2^o, comma 3).

In virtù di questo, si è stabilito un dissenso fra i giudicati delle Corti italiane e la Corte europea. E le differenze erano molteplici: la giurisprudenza italiana non riconosceva il danno morale alle persone giuridiche per l'eccessiva durata del processo; riteneva di natura indennitaria la liquidazione dovuta ai soggetti ricorrenti; pretendeva la dimostrazione del danno sia in termini di *anche di quantum*; nella liquidazione del *quantum* concedeva somme davvero irrisorie³⁵⁸. E il fatto di l'articolo 35, comma 1, della CEDU stabilire che "La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva", generava ancora più ostacoli ad un'uniformizzazi verticale della giurisprudenza nazionale e comunitaria.

7. L'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avviene, nei limiti delle risorse disponibili, a decorrere dal 1^o gennaio 2002.

³⁵⁵GRILLO, Simone. **La legge pinto nell'ordinamento italiano: Problemi e prospettive.** <http://www.sioi.org/media/GruppoGRicercatori/5.%20La%20Legge%20Pinto%20nellordinament o%20italiano%20-%20problemi%20e%20prospettive.pdf>

³⁵⁶GRILLO, Simone. **La legge pinto nell'ordinamento italiano: Problemi e prospettive.** <http://www.sioi.org/media/GruppoGRicercatori/5.%20La%20Legge%20Pinto%20nellordinament o%20italiano%20-%20problemi%20e%20prospettive.pdf>

³⁵⁷ Secondo la Corte di Cassazione, "In tema di diritto all'equa riparazione, ai fini dell'accertamento del mancato rispetto del termine ragionevole del processo la l. 24 marzo 2001 n. 89 richiede un esame specifico della concreta vicenda processuale, non dettando alcuna regola da cui possa stabilirsi in via generale ed astratta la ragionevole durata di ogni singolo processo." (Cassazione civile, sez. I, 5 novembre 2002, n. 15445 – Ruggiero c. Pres. Cons. – Giust. civ. Mass. 2002, 1905)

³⁵⁸ BRUNO, Elena. **Il danno da irragionevole durata del processo.** *In* L'attualità del diritto, Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2009, p. 174.

Nonostante, dopo la sentenza della Corte europea Diritti Uomo, del 29 luglio 2004, Scordino contro Italia, ricorso n° 36813/97, ci è stato un sensibile cambiamento su questo panorama. Questo giustificasi perché la Corte europea ha dichiarato che la ratio del principio del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, sancito dell'art. 35 CEDU, sta nel concedere allo Stato la possibilità di rimediare da sé alla presunta violazione della CEDU. Anche se gli Stati contraenti non hanno l'obbligazione formale di incorporare la Convenzione nel sistema giuridico interno, infatti, le giurisdizioni nazionali devono, per quanto possibile, interpretare ed applicare il diritto interno in modo conforme alla Convenzione. Su tale attività degli Stati incombe il potere di controllo della Corte. Se, dunque, è vero che a mente dell'art. 35 CEDU, un ricorrente deve avvalersi dei ricorso che sono normalmente disponibili e sufficienti per permettergli di ottenere la riparazione delle violazioni che deduce, è anche vero che tali ricorsi devono essere dotati dell'effettività ed accessibilità richieste in difetto di tali requisiti, nulla obbliga a fare uso³⁵⁹.

Un'indagine sul rapporto fra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali deve necessariamente muovere, per l'ordinamento italiano, da un dato temporale, da un preciso momento. Questo momento è segnato dalla pronuncia da parte della Corte costituzionale delle ormai notissime sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007³⁶⁰. Fino alle due sentenze nn. 348 e 349 del 2007, la Convenzione europea ha rivestito nella giurisprudenza del giudice delle leggi solo una funzione di conferma o, altre volte, di rinforzo dei contenuti nazionali assegnati ai diritti proclamati nella Costituzione³⁶¹.

Rafforzando tale comprensione, avviene la sentenza 113/011, dove la Corte Costituzionale italiana, insomma, ha deciso che

³⁵⁹ BRUNO, Elena. **Il danno da irragionevole durata del processo**. In *L'attualità del diritto*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2009, p. 174.

³⁶⁰ MIRATE, Silvia. **La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i giudici nazionali**. Corte di Cassazione e Consiglio di Stato a confronto. In *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni* (a cura di Giancarlo Rolla), Milano: Giuffrè, 2010, p. 337.

³⁶¹ MIRATE, Silvia. **La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i giudici nazionali**. Corte di Cassazione e Consiglio di Stato a confronto. In *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni* (a cura di Giancarlo Rolla), Milano: Giuffrè, 2010, p. 340.

Le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) - nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) - integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali». Pertanto, ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo - non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante - egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro. A sua volta, la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se la norma della Convenzione - la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale - si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato. Sulla integrazione da parte delle norme della CEDU, quali «norme interposte», dell'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali», v. le citate sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010; n. 317 e n. 311 del 2009; n. 39 del 2008; n. 348 e 349 del 2007; mentre per la perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, v. la citata sentenza n. 80 del 2011.

Quanto ai limiti di durata del processo, fino all'anno 2012 non c'era previsione nella legislazione italiana sul limite massimo di anni o mesi che un processo potesse tramitare nelle sua diverse fasi procedurali senza che fosse caratterizzata un'irragionevole durata. I parametri messi nel comma 2 dell'art. 2, erano, come afferma Eugenio Dalmotto³⁶², "molto vaghi".

³⁶² DALMOTTO. Eugenio. **Diritto all'acqua riparazione per l'eccessiva durata del processo.** In *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi.* Torino: Giappichelli, 2002, p. 155.

In giurisprudenza sembra prevalere una soluzione positiva, stimandosi – in linea di massima – ragionevole la durata di tre anni per il processo di primo grado, due anni per quello di appello, un anno per il giudizio di cassazione³⁶³.

Succede che, l'anno scorso, il Decreto-Legge 22 giugno 2012, n. 83, è venuto per modificare la Legge Pinto, in primo luogo, per quanto riguarda il comma 2, dell'articolo 2^o, che ha passato ad avere la seguente redazione: "Nell'accertare la violazione il giudice valuta la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione." In primo luogo, si dispone che la valutazione del giudice, oltre che alla complessità del caso, come previsto dal vecchio dettato, dovrà vertere anche sull'oggetto del procedimento, sul comportamento delle parti e del giudice, facendo specifico riferimento al comportamento processuale dei soggetti del giudizio esaminato, nonché di ogni altro soggetto chiamato a concorrere al procedimento o alla sua definizione, a differenza della previgente formulazione in cui ci si riferiva solo ad ogni altra autorità, escludendo così tutti i soggetti partecipanti al giudizio che avrebbero potuto incidere sull'iter dello stesso e, quindi, sulla sua durata³⁶⁴.

Sono stati anche stabiliti dei criteri fissi per la valutazione di un termine ragionevole di durata del processo lungo la sua marcia. Infatti, è cominciata a considerarsi rispettata l'esigenza di tempo ragionevole di durata del processo, se questo "...non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità. Ai fini del computo della durata il processo si considera iniziato con il deposito del ricorso introduttivo del giudizio ovvero con la notificazione dell'atto di citazione. Si considera rispettato il termine ragionevole se il procedimento di esecuzione forzata si è concluso in tre anni, e se la procedura concorsuale si è conclusa in sei anni. ...". Inoltre, "Si considera comunque rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo

³⁶³Ad esempio, Cass.1354/2008, cit.; 31/2008, cit.; 24945/2007, cit.; 23048/2007, cit.; 19093/2007, cit.; 13 aprile 2006, n. 8717; 26200/2006.cit.

³⁶⁴DI PAOLA, Nunzio Santi. TAMBASCO, Francesca. **Le novità per l'avvocato dopo la legge 134/2012**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2012, p. 135.

non superiore a sei anni”³⁶⁵. Tale determinazione di termini era stata già formulata in un precedente tentativo di riforma della Legge Pinto esperito con il provvedimento A.S. 1440 del 10 marzo 2009³⁶⁶.

E, fra altre modifiche, il Decreto-Legge 22 giugno 2012, n. 83, è passato a stabilire dei parametri per il valore delle indennizzazioni derivate da eventuale durata irragionevole del processo. Tale legge ha stipulato che: “Il giudice liquida a titolo di equa riparazione una somma di denaro, non inferiore a 500 euro e non superiore a 1.500 euro, per ciascun anno, o frazione di anno superiore a sei mesi, che eccede il termine ragionevole di durata del processo. L'indennizzo è determinato a norma dell'articolo 2056 del codice civile, tenendo conto: a) dell'esito del processo nel quale si è verificata la violazione di cui al comma 1 dell'articolo 2; b) del comportamento del giudice e delle parti; c) della natura degli interessi coinvolti; d) del valore e della rilevanza della causa, valutati anche in relazione alle condizioni personali della parte”, essendo che “L'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avviene nei limiti delle risorse disponibili”³⁶⁷. Però, la nuova redazione data alla Legge Pinto impone che “La misura dell'indennizzo, anche in deroga al comma 1, non può in ogni caso essere superiore al valore della causa o, se inferiore, a quello del diritto accertato dal giudice”³⁶⁸.

Perciò, in Italia, oggi, sono più chiare le cornici a partire dai quali il processo civile passa ad avere un'irragionevole durata e le conseguenze pecuniarie decorrenti dalla violazione del diritto fondamentale di ricevere una prestazione giurisdizionale in tempo ragionevole, nonostante tali criteri non rappresentano una vera “novità”, una volta che tratti dalle ripetute decisioni proferite dalle Corti italiana e europea.

³⁶⁵In questo punto, vale riferire che tale modifica, impedendo la parte di cercare l'indennizzo prima di trascorsi i sei anni va contro la giurisprudenza CEDU (Santina Pelosi v. Italy, n. 51165/1999; Di Meo and Masotta v. Italy, n. 52813/1999; Nuvoli v. Italy, n. 41424/1998).

³⁶⁶Art. 23. “... Non sono considerati irragionevoli, nel computo di cui al comma 3, i periodi che non eccedono la durata di tre anni per il primo grado, di due anni per il grado di appello e di un anno per il giudizio di legittimità, nonché di un ulteriore anno in caso di giudizio di rinvio. ...”

³⁶⁷Si sottolinea qui, che tale esigenza può finire per inviabilizzare, nella pratica, il pagamento del giusto indennizzo alla parte, contro ciò che la Corte europea ha già deciso, ad esempio, nelle sentenze Simaldone v. Italy, n. 22644/2003, e Gaglione c. Italia, n. 45867/2007.

³⁶⁸In questo punto, tale limitazione non trova amparo nella giurisprudenza CEDU.

D'altra parte, tale e quale è avvenuto in Europa, la matrice del diritto a un processo che si sviluppi in un tempo ragionevole nelle Americhe è l'articolo 8° della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

Specificamente nel continente americano, la Convenzione Americana dei Diritti Umani – Patto di San José della Costa Rica del 1969, nel suo articolo 8°, comma 1, che “Ogni persona ha diritto ad essere sentita, con le dovute garanzie e dentro un termine ragionevole, da un giudice o tribunale competente, indipendentemente e imparziale, stabilito precedentemente dalla legge, in merito alla fondatezza di ogni accusa penale formulata contro di essa, o affinché si determinino i loro diritti o obblighi di natura civile, lavorativa, fiscale o di qualsiasi altra natura.”

Fra le funzioni principali della Convenzione c'è quella di stimolare la coscienza dei popoli d'America circa i diritti dell'uomo, formulare raccomandazioni ai governi degli Stati membri affinché adottino misure progressiste a suo beneficio, preparare studi e rapporti convenienti allo sviluppo delle sue funzioni, e richiedere ai governi firmatari che le proporzionino dei dati sulle misure prese nell'ambito dei diritti umani³⁶⁹.

Sotto queste premesse, si è sviluppato il Sistema Interamericano di Diritti Umani – SIDH³⁷⁰, formato: (a) dalla Convenzione del 1969 (che elenca gli obblighi precisi in materia di diritti umani, volontariamente accolti dagli Stati); dalla Commissione Interamericana di Diritti Umani (che funziona in parte come organo politico³⁷¹ e in parte come organo quasi giudiziale³⁷², incaricato del

³⁶⁹ BICUDO, Hélio Pereira. **A comissão interamericana de direitos humanos: funções e atuação.** In A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil, Brasília: STJ, 2000, pp. 71/72.

³⁷⁰ Sull'evoluzione del Sistema Interamericano di Diritti Umani – SIDH, si possono identificare cinque tappe basiche: (a) quella dei precedenti del sistema: segnata dalla mescolanza di strumenti di contenuto e effetti giuridici variabili; (b) quella di formazione del sistema interamericano di protezione: segnata dal ruolo solitariamente primordiale della Commissione Interamericana di Diritti Umani e dall'espansione gradativa delle sue facoltà; (c) quella di istituzionalizzazione convenzionale del sistema: sorta a partire dall'entrata in vigore della Convenzione Americana sui Diritti Umani; (d) quella del consolidamento del sistema: mediante l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Interamericana di Diritti Umani e anche dell'adozione di nuovi strumenti di protezione; e (e) quella di rafforzamento del sistema interamericano di protezione ai diritti umani. (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Volume III, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 30/32)

³⁷¹ Ad esempio, realizzando visite *in loco* o l'elaborazione di rapporti sulla situazione dei diritti umani negli Stati-membro.

³⁷² Perché la commissione esercita il giudizio d'ammissibilità di denunce relative alle violazioni di diritti umani e, quando necessario, conduce un procedimento che possa arrivare, ad esempio, a una soluzione amichevole o all'incamminamento del caso all'organo giurisdizionale.

controllo del comportamento degli Stati, ai quali può inoltrare delle raccomandazioni; e (c) dalla Corte Interamericana di Diritti Umani (come organo giudiziale, che risponde a consultazioni degli Stati sull'interpretazione del diritto interamericano, come anche a chi la Commissione inoltra dei casi persistenti di violazione della Convenzione per gli Stati)³⁷³.

Conforme Flávia Piovesan³⁷⁴, in forza del patto di San José da Costa Rica, il diritto alla durata ragionevole trattata in questo documento Internazionale comporrebbe, quindi, il quadro dei diritti fondamentali di carattere processuale nel Brasile.

E la Costituzione brasiliana, nel suo art. 5º, § 2º, quando dispone che “I diritti e garanzie espressi in questa Costituzione non escludono altri decorrenti del regime e dei principi da essa adottati, o dei trattati internazionali in cui la Repubblica Federativa del Brasile faccia parte.” E come il Brasile ha ratificato esplicitamente la Convenzione³⁷⁵, si è impegnato tanto in osservare gli obblighi specificamente firmati³⁷⁶, in quanto ad assumere un obbligo generale di adeguare il suo ordine giuridico interno alle prescrizioni soprannazionali di protezione³⁷⁷.

Così, sulla strada della Modifica Costituzionale n° 45, il legislatore brasiliano ha inserito il diritto alla durata ragionevole del processo espresso nel testo costituzionale, includendo l'inciso LXXVIII, all'art. 5º, della Costituzione Federale³⁷⁸. Tale inciso ha la seguente redazione:

³⁷³ VENTURA, Deisy. CETRA, Raísa Ortiz. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha à Belo Monte.** In *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*, Belo Horizonte: Forum, 2013, p.02.

³⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 79/80.

³⁷⁵ Nell'anno 1992, attraverso il Decreto-Legislativo n° 27/1992.

³⁷⁶ Il procedimento di introduzione essendo compiuto, nell'insieme delle sue formalità, vincola a tutto l'ordine giuridico nazionale l'applicazione di quanto in esso è disposto. (GOMES, Luiz Flavio. **Direito de apelar em liberdade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 84).

³⁷⁷ PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2001, p. 54.

³⁷⁸ Che solo è stato approvato dopo 13 anni di tramitazione nel Congresso Nazionale della proposta originale di modifica costituzionale. Si sottolinea che, nel progetto originale, la proposta presentata dal deputato Hélio Bicudo il 26.3.92, registrata sotto il numero 96/92, non faceva qualsiasi menzione all'inserimento di inciso all'Articolo 5º della Costituzione della Repubblica. Solo l'11 agosto 1999, con la redistribuzione della proposta originale alla deputata Zulaiê Cobra, con il numero 29/2000, si fece riferimento al testo che aggiungerebbe un nuovo inciso all'articolo 5º. Nel suo rapporto, la parlamentare ha messo in evidenza: “pur cercando di combattere la morosità della giustizia, introduciamo, come principio d'ordine processuale, il diritto alla ragionevole durata del processo, facendo adattare inciso all'art. 5º della Costituzione Federale”.

A tutti, in ambito giudiziale e amministrativo, sono assicurati la ragionevole durata del processo e i mezzi che garantiscono la celerità della sua tramite.

Conforme SPENGLER e NETO³⁷⁹, con l'inserimento del citato inciso, la Costituzione brasiliana ratifica la necessità di una prestazione giurisdizionale in tempo ragionevole; istituisce che il termine ragionevole è termine legale; esige dei mezzi di garantire la celerità processuale; crea un insieme di determinazioni nell'organizzazione giudiziaria per ausiliare nel compimento del testo costituzionale.

Indipendentemente del risultato pratico che sia veramente raggiunto, non si può minimizzare la rilevanza e l'importanza dell'EC n. 45. Si tratta di una vera cornice nella storia recente del Giudiziario che, nonostante le difficoltà iniziali di implementazione e le critiche che si possano fare alla modifica, deve cooperare per il perfezionamento del sistema come un tutto³⁸⁰.

Come soggetti destinatari della norma in commento, si può vedere i Poteri Legislativo, Giudiziario e Esecutivo dello Stato brasiliano, come anche le parti litiganti del processo³⁸¹. Nella dizione di Carneiro e Wambier³⁸²:

Il principio della durata ragionevole non si rivolge solo ai legislatori, giacché di nulla serve che si stabiliscano delle tecniche adeguate alla ragionevole durata del processo se la concezione del magistrato non si adatta alle innovazioni legislative e costituzionali.

E la positivazione, nel Brasile, del diritto fondamentale alla ragionevole durata ha già portato con sé, automaticamente, dei riflessi significativi. Questo perché la stessa Modifica Costituzionale che ha inserito l'inciso LXXVIII all'art. 5º della Costituzione, ha previsto una serie di altre alterazioni coordinate nel

³⁷⁹SPENGLER, Fabiana Marion. SPENGLER NETO, Theobaldo. **O “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”: as verdades conflitivas e seu tratamento.** *In* Revista do Direito (Santa Cruz do Sul), v. 30, 2008, p. 10.

³⁸⁰HOFFMAN, Paulo. **O Direito à razoável duração do processo e a experiência italiana.** *In* Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 571.

³⁸¹CARNEIRO JR, Amílcar Araujo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma contribuição para o estudo razoável duração do processo.** Revista Jurídica 396, outubro, 2010, pp. 19/23.

³⁸²CARNEIRO JR, Amílcar Araujo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma contribuição para o estudo razoável duração do processo.** Revista Jurídica 396, outubro, 2010, pp. 21/22.

corpo della Carta Brasiliana in modo di dare il primo passo nell'intento di far diventare il processo brasiliano meno moroso e, come conseguenza più giusto. In sintesi, le suddette misure consistono nella: a) Attività giurisdizionale ininterrotta con il divieto di vacanze collettive in tutte le aree della giustizia; b) Creazione di nuove norme circa i doveri e i diritti dei magistrati; c) Stabilisce alcune regole sulla struttura del Potere giudiziario; d) Crea organo amministrativo con potere disciplinare e censorio, il Consiglio Nazionale di Giustizia; e) Stabilisce audtorie di giustizia in ambito delle Giustizie dell'Unione e degli Stati, cercando captare delle sensazioni e critiche dei cittadini a riguardo degli organi del Giudiziario; f) rende possibile la creazione di compendi vincolanti dal Supremo Tribunale Federale; g) Nell'alterazione nella competenza originaria e ricorsale del Supremo Tribunale Federale e del Tribunale Superiore di Giustizia, a riguardo dell'ammissibilità di ricorso straordinario e speciale; h) Necessità del requisito della ripercussione generale per l'ammissibilità del ricorso straordinario; i) Distribuzione immediata di ogni processo o ricorso, dinanzi ad ogni giudice o tribunale; j) Raccomanda l'automatismo giudiziale, affinché i giudici deleghino a serventi della giustizia la pratica di attività amministrative e atti di impulso processuale senza fondo decisorio; k) Presenta una serie di disposizioni sul Pubblico Ministero; l) Crea un Consiglio Nazionale del Pubblico Ministero³⁸³.

È vero che la Modifica n° 45 ha allargato e consolidato le alterazioni che si veniva consocendo nella legislazione infracostituzionale, passata ed sparsamente, in quanto riguarda la celerità processuale³⁸⁴. Gilmar Mendes³⁸⁵, sul tema afferma che

La Riforma del Giudiziario, stabilita dalla Modifica Costituzionale n° 45, di dicembre 2004, ha portato importanti innovazioni in ambito del sistema giudiziario brasiliano, rivolte all'aumento della trasparenza e dell'efficienza, come anche alla realizzazione del principio della sicurezza giuridica in grado maggiore.

³⁸³ HOTE, Rejane Soares. **A garantia da razoável duração do Processo como direito fundamental do indivíduo.** In Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VIII, N° 10 - Junho de 2007, p. 471.

³⁸⁴RIBEIRO, Ludmila. **A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça.** Revista de Direito GV. N.º 8, p. 470.

³⁸⁵MENDES, Gilmar. **A reforma do sistema judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no país.** Disponibile in http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/discParisport1.pdf. Acesso em 12 de agosto de 2012. p. 2.

Di fronte a questa realtà, le diverse riforme della legislazione infracostituzionale, essenzialmente del Codice di Processo Civile Brasiliano, dimostrano la ricerca per adattarle a questa direttrice costituzionale³⁸⁶ e di trovare soluzione per la lentezza del sistema giudiziario³⁸⁷. Tali riforme incideranno, fra altri punti, sul processo di conoscenza, in ragione dei procedimenti ordinario e sommario; nella sistematica ricorsale; nella fase esecutoria, come anche nelle tutele cautelari e anticipatorie³⁸⁸.

Allo stesso modo come lavorando nel diritto italiano, diventa necessario il delineamento dei criteri che compongono la nozione di durata ragionevole del processo nel Brasile.

Inizialmente, bisogna premettere che, nel diritto brasiliano, non c'è legislazione specifica delimitando termini massimi per la tramite del processo nelle sue diverse fasi, come avviene in Italia con la Legge Pinto, prima e poi delle alterazioni promosse dal Decreto-Legge 22 giugno 2012, n. 83. E, dinanzi all'assenza di criteri legali, si può vedere nella dottrina brasiliana un grande dissenso sulla questione.

³⁸⁶THEODORO JR. Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais.** Disponibile in:[http://www.abdpc.org.br/abdpc/Articulos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(5\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/Articulos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(5)%20formatado.pdf), p. 9.

³⁸⁷ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. BARBOSA, Claudia Maria. FREITAS, Cinthia. **Mecanismos voltados à efetividade da execução de sentenças no processo civil brasileiro.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/vera_lucia_feil_ponciano.pdf. p. 2.843.

³⁸⁸ Cf. André Vasconcelos Roque, sono "Esempi di riforme riguardanti la lotta contro il tempo del processo, fra altre, sono le leggi n° 9.139/95 (modificando la disciplina dell'aggravio e permettendo la sua interposizione nella modalità per strumento direttamente nel tribunale); 9.245/95 (alterando dispositivi dell'antico procedimento sommarissimo, a partire da allora denominato sommario); 10.352/01 (alterando alcuni dispositivi riguardanti il riesame necessário e la sistematica dei ricorsi per dare maggior celerità ai processi); 10.444/02 (alterando dispositivi sparsi nel Codice di Processo Civile e ampliando l'esecuzione specifica nel nucleo del processo di conoscenza anche per le esecuzioni di consegna di cosa); 11.232/05 (rompendo la tradizionale necessita di un processo di esecuzione autonomo per le condanne al pagamento di quantità certa e istituendo la sistematica del compimento della sentenza, nello stesso processo in cui è stata proferita la sentenza); 11.276/06 (permettendo che l'appello non sia ricevuto dal giudice se la sentenza fosse in conformità con decisione dei tribunali superiori); 11.277/06 (stabilendo la sentenza liminare di improcedenza, sempre che la materia controversa sia unicamente di diritto e nel giudizio non fosse stata proferita sentenza di improcedenza totale in altri casi identici); 11.382/06 (ristrutturando la disciplina del processo di esecuzione per quantità certa contro debitore solvente fondata in titolo extragiudiziale); 11.418/06 (regolamentando l'esigenza di ripercussione generale del ricorso straordinario) e 11.672/08 (disciplinando il procedimento legale per processamento e giudizio dei ricorsi speciali ripetitivi in ambito del Superiore Tribunale di Giustizia)". (ROQUE, Andre Vasconcelos. **A Luta Contra o Tempo nos Processos Judiciais: um problema ainda à busca de uma solução.** Disponibile in: www.temasatuais.processocivil.com.br/edicoesanteriores . V.1 N. 4 - Outubro de 2011).

In primo luogo, c'è chi sostiene che non ci devono essere delle regole per limitare il tempo di durata del processo, che deve essere considerato topicamente per fini di misurazione sulla sua (ir)ragionevole durata. Così ha scritto André Nicolitt³⁸⁹

L'analisi della durata ragionevole del processo deve essere fatta in ogni caso concreto, non essendo possibile una formulazione di regola astratta e generica sull'argomento.

Nelle stesse acque naviga la posizione di Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery³⁹⁰

La norma garantisce ai brasiliani e residenti nel Brasile il diritto a ragionevole durata del processo, giudiziale o amministrativo. Ragionevole durata del processo è concetto legale indeterminato che deve essere interpretato dal giudice, nel caso concreto, quando la garanzia sia stata invocata. Norma d'efficacia piena e immediata (CF 5º, §1º), non ha bisogno di regolamentazione per essere applicata. Corrisponde al Potere Esecutivo porzionare i mezzi materiali e logistici sufficienti all'amministrazione pubblica e ai Poteri Legislativo e Giudiziario, affinché si riesca a finire il processo giudiziale e/o amministrativo in termine ragionevole.

Secondo Carvalho Dias³⁹¹, la ragionevolezza della durata del processo deve essere analizzata "conforme le circostanze particolari della specie in giudizio, considerandosi tre criteri principali, cioè, la complessità delle questioni di fatto e di diritto discusse nel processo, il comportamento delle parti e dei loro procuratori e le attuazioni degli organi giurisdizionali nel caso concreto". Identica posizione adottano Cintra, Grinover e Dinamarco³⁹²:

Nella pratica, tre criteri devono essere considerati nella determinazione della durata ragionevole del processo: a) la complessità dell'argomento; b) il comportamento dei litiganti; c) attuazione dell'organo giurisdizionale.

³⁸⁹ NICOLITT, André Luiz. **A Duração Razoável do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 75.

³⁹⁰ NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140.

³⁹¹ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 200.

³⁹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 93.

Ai tre fattori sopracitati, Abdala Filho³⁹³ aggiunge “l’importanza del oggetto per la parte ricorrente”.

In altro senso, Luiz Rodrigues Wambier³⁹⁴, sottolinea come elementi riguardanti della durata di una durata ragionevole del processo “il rilievo del bene giuridico tutelato nel processo; la ripercussione per la società della soluzione giuridica adottata; e la corretta distribuzione fra le parti dell’onere del tempo sul processo”.

Diversamente, Gisele Góes³⁹⁵ sostiene che “La ragionevole durata del processo non ha bisogno di essere tipificata, tanto meno quantificata in innumerevoli termini processuali, visto che, come bene ha valutato il legislatore della riforma, deve attendere alla logica del ragionevole. La ragionevolezza non possiede quesiti costitutivi e cumulativi per la sua incidenza, bastando per il suo esercizio che si dia preferenza a ciò che è accettabile socialmente nella visione di Perelman o dentro la logica del ragionevole di Recaséns Siches. Il ragionevole è interpretato dalla motivazione ragionevole, non essendoci elementi disposti previamente, ciò che bisogna avere in mente è che si deve ragionare la ragionevole durata del processo con la visione che si faccia un bloccaggio di tutto ciò che è inaccettabile o arbitrario, generando sempre dei risultati di natura negativa.”

La Ministra del Tribunale Superiore di Giustizia, Fátima Nancy Andrichi³⁹⁶, conclude che

Il concetto di “ragionevole durata del processo” costituisce una clausola in bianco, aperta, che la giurisprudenza dovrà caratterizzare con dei contenuti concreti, per definire in giorni il processo, individualmente, se la rispettiva durata è stata ragionevole o eccessiva e, così, se il diritto assicurato

³⁹³ ABDALA FILHO, João Carlos Saud. **Repercussão Geral: Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional**. In Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 2, n. 1, 2010, p. 8.

³⁹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova sistemática processual civil**. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 29/30.

³⁹⁵ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Razoável duração do processo**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et all (Coords.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 266.

³⁹⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A ordem constitucional e o novo direito civil**. Disponibile in: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/729/4/Ordem_Constitucional_Novo.pdf, p. 11.

dall'inciso LXXVIII, dell'art. 5° della Costituzione Federale è stato violato o no.

Difendendo che la ragionevolezza del tempo di durata del processo deve mantenere la relazione con i termini previsti al procedimento, Flávia Zanferdini³⁹⁷ ha scritto che “si può, insomma, definire il termine ragionevole come il diritto di ottenere dall'organo giurisdizionale competente una decisione legale dentro dei termini legali prestabiliti o, non esistendo una previa fissazione legale dei termini, che ciò sia in un termine proporzionale e adeguato alla complessità del processo”.

A livello giurisprudenziale, il Supremo Tribunale federale ha già registrato che “la ragionevole durata del processo deve essere armonizzata, nella sua interpretazione e applicazione, con altri principi costituzionali, non potendosi accogliere contrarietà ad esso senza determinare il suo contenuto ed osservanza nel caso concreto, dinanzi ai dati presentati nel processo. Così, la complessità del processo, gli incidenti processuali, fra altri fattori, indicano se sono o meno, ragionevole il termine per il giudizio delle lite”³⁹⁸.

Nel nostro modo di vedere, sta corretto il legislatore italiano stabilendo termini massimi di durata del processo in ognuna delle sue fasi.

In primo luogo, giacché è fondamentale che sia le parti che gli organi pubblici sappiano, in precedenza, i limiti che non possono essere ultrapassati, pena la violazione al diritto alla ragionevole durata del processo. Fissati tali termini, la parte sarà legittimata immediatamente a fare pressione negli organi di amministrazione della giustizia affinché prendano le provvidenze necessarie per svincolare dal processo quanto prima possibile. E lo Stato non potrà aprire spazio di discussione sulla violazione o no del diritto nel caso concreto.

In secondo luogo, perché gli organi statali nel Brasile sono vincolati al principio della “legalità”, cioè, “l'amministratore pubblico è, in tutta la sua attività funzionale, soggetto ai comandamenti della legge, e alle esigenze del bene comune, e di questi non si può allontanare o sviare, pena la pratica di atto invalido e esporsi alla responsabilità disciplinare, civile e penale, conforme il

³⁹⁷ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Prazo razoável: direito à prestação jurisdicional sem dilatações indevidas.** In *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 22, mar./abr. 2003, p. 15.

³⁹⁸ RE 612041, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 01/02/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 21/02/2011 PUBLIC 22/02/2011.

caso³⁹⁹. Dunque, per una più facile responsabilizzazione dello Stato per la morosità del processo allo stabilimento dei citati termini sarebbe misura benvenuta.

In terzo luogo, non sembra adeguato che i criteri di misurazione che i criteri di misurazione dei “tempi del processo” restino, in modo soggettivo e discrezionale, al libero arbitrio del giudice. In questo senso, la propria esposizione di motivi del Disegno di Legge n. 1880, in Italia, è eloquente

In primo luogo si è inteso razionalizzare le procedure di equo indennizzo previste dalla legge Pinto, in modo da contenere i tempi per la loro decisione, in particolare riducendo la discrezionalità del giudice nella valutazione della ragionevole durata. Si è così introdotto un criterio oggettivo, secondo il quale la durata ragionevole del processo è fissata in termini prestabiliti per ogni grado di giudizio.

E la fissazione di criteri temporali – pur minimi – di durata massima dei processi nella legislazione, viene giustamente incontro ai diritti fondamentali. Come si sa, c'è, nell'apparecchio statale, una pluralità di organi giudicanti che possono dovere (e con frequenza devono) affrontare eguali questioni di diritto e, quindi, enunciare delle tesi giuridiche in identica materia. Nasce da lì la possibilità di, in uno stesso momento storico – senza variazione delle condizioni culturali, politiche, sociali, economiche, che possa giustificare la discrepanza -, la stessa regola di diritto sia diversamente capita, e a specie somiglianti si applichino tesi giuridiche divergenti o perfino opposte⁴⁰⁰. E tale situazione viola direttamente il diritto all'isonomia di trattamento messo nella Costituzione brasiliana⁴⁰¹, come anche compromette l'unità del Diritto – che non sarebbe questionata, ma al contrario, per l'evoluzione omogenea della giurisprudenza dei diversi tribunali – e non di rado semina, fra i membri della comunità, lo

³⁹⁹MIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 67.

⁴⁰⁰MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V: Arts. 476 a 565, 15ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 4/5.

⁴⁰¹“... La ponderazione di valori, tecnica oggi prevalente nel post positivismo, impone la durata ragionevole dei processi allo stesso tempo che consacra, sotto quest'ottica, la promessa fissata sul principio dell'isonomia, perciò per cause con identiche questioni giuridiche, le soluzioni giudiziali devono essere uguali. ...”(Superiore Tribunale di Giustizia - REsp 1111743/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Giudizio Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, giudicato il 25/02/2010, DJe 21/06/2010)

scredito e lo scetticismo a riguardo dell'effettività della garanzia giurisdizionale⁴⁰².

Si sottolinea ancora che la meccanica dei ricorsi nel diritto processuale civile brasiliano impedisce, nella gestione dei ricorsi ai tribunali Superiori, il riesame di fatti e prove⁴⁰³, che limita l'affrontare delle violazioni al diritto alla ragionevole durata del processo civile da parte degli organi giudiziari, quando dovrebbe avvenire esattamente il contrario. Su questa restrizione, si veda il giudizio del Ricorso Straordinario n° 661081:

Il Supremo Tribunale Federale ha stabilito che la durata ragionevole del processo deve essere armonizzata, nella sua interpretazione e applicazione, con altri principi costituzionali, non potendosi accogliere contrarietà ad Esso senza definire il suo contenuto e la sua osservanza nel caso concreto, dinanzi ai dati presentati nel processo. Così, la complessità del processo, gli incidenti processuali, fra altri fattori, indicano se è o no ragionevole il termine per il giudizio della lite. In questo modo, avendo deciso a quo il Tribunale che non sono stati comprovati i danni allegati e il ritardo ingiustificata nell'andamento del processo, divergere da questa comprensione imporrebbe il necessario riesame dell'insieme probatorio degli atti, ciò che è inviabile in Ricorso Straordinario. ...”(RE 661081, Relator(trice): Min. CÂRMEN LÚCIA, giudicato il 09/11/2011, pubblicato il DJe-224 DIVULG 24/11/2011 PUBBLIC 25/11/2011)

E si noti che questo non è un posizionamento isolato del Supremo Tribunale Federale. Innumerevoli sono i giudizi della Corte nello stesso senso, *verbi gratia*

AGGRAVIO REGIMENTALE IN RICORSO STRAORDINARIO. DOMANDA AMMINISTRATIVA. GARANZIA DELLA DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO (INCISO LXXVIII DELL'ART. 5º DEL MAGNO TESTO). CONTROVERSIA DECISA ESCLUSIVAMENTE ALLA LUCE DELL'INSIEME DEI FATTI – PROVATORIO DEGLI ATTI. INCIDENZA DELLA SINTESI 279/STF. 1. Caso

⁴⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V: Arts. 476 a 565, 15ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 4/5.

⁴⁰³ Supremo Tribunale Federale, Summa 279: "Per semplice riesame di prova non corrisponde ricorso straordinario." Superiore Tribunale di Giustizia, Summa 07: "La pretesa di semplice riesame di prova non esige ricorso speciale."

in cui la comprensione diversa di quella adottata dal Tribunale di Giustizia dello Stato del Rio Grande do Norte richiederebbe l'analisi dei fatti e prove costanti negli atti. Provvidenza vietata nell'istanza ricorsale straordinaria. 2. Aggravio regimentale privo" (RE 551.790-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Secondo Gruppo, DJe 17.8.2011)

AGGRAVIO REGIMENTALE IN RICORSO STRAORDINARIO. RICHIESTA DI PERMESSO AMBIENTALE. OMISSIONE STATALE. RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO. RIESAME DI FATTI E PROVE. SINTESI 279 DEL STF. AGGRAVIO PRIVO. I – Inviabile in ricorso straordinario il riesame dell'insieme dei fatti – prove costante negli atti. Incide, in questo caso, la Sintesi 279 del STF. II - Aggravio regimentale privo" (RE 627.314-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primo Gruppo, DJe 22.6.2011).

AGGRAVIO REGIMENTALE IN AGGRAVIO DI STRUMENTO. RESPONSABILITÀ DELLO STATO. NECESSITÀ DI RIESAME DELL'INSIEME DEI FATTI-PROVE COSTANTE NEGLI ATTI. SINTESI 279 DEL STF. INCIDENZA. AGGRAVIO PRIVO. I – La valutazione del ricorso straordinario, per quanto riguarda l'allegata offesa all'art. 37, § 6°, della Costituzione, trova impedimento nella Sintesi 279 del STF. Precedenti. II - Aggravio regimentale privo" (AI 829.974-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primo Gruppo, DJe 6.9.2011)

Inoltre, il Supremo Tribunale Federale ha già sedimentato anche la comprensione seconda la quale "la verifica di offesa ai principi della legalità, del dovuto processo legale, dell'ampia difesa e del contraddittorio, della motivazione delle decisioni giudiziali, come anche ai limiti della cosa giudicata, al momento del riesame previo di norme infra costituzionali, rivela offesa indiretta o riflessa alla Costituzione Federale, ciò che, per sé stesso, non sfida l'istanza straordinaria"⁴⁰⁴.

È chiaro che non si difende qui che il legislatore brasiliano adotti gli stessi termini delle legge italiana, nella misura in cui i riti del processo civile, con le loro rispettive peculiarità riguardo ai ricorsi, sono diversi da un paese all'altro.

Affinché, in futuro, si possano adottare dei criteri oggettivi adeguati e giusti per la verifica della ragionevolezza del tempo di tramite dei processi, o perché – mantenendosi lo scenario attuale nel Brasile – il tempo di durata del

⁴⁰⁴ Supremo Tribunale Federale, AI 804.854-AgR, 1° Gruppo, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 24/11/2010 e AI 756.336-AgR, 2° Gruppo, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe del 22/10/2010.

processo possa essere misurato come ragionevole (o no), secondo i criteri soggettivi che si pretendeva adottare, importa una breve analisi delle cause che finiscono per collaborare alla morosità dei processi giudiziari nel Brasile.

Tali cause sono di ordini diversi e si relazionano con aspetti politici, sociali, culturali e strutturali, sia dell'organizzazione giudiziaria, sia delle norme processuali⁴⁰⁵. Conforme Walter Rodrigues⁴⁰⁶ è possibile dedurre sette problemi che danno adito alla morosità nei tribunali brasiliani: (a) Struttura del giudiziario è inferiore alla domanda presentata, specialmente dal punto di vista della quantità e preparazione di impiegati fra i quali si includono i giudici; (b) Eccesso di formalismo dato dalle norme processuali; (c) La quantità di ricorsi giudiziari; (d) L'aumento significativo nella litigiosità che non è stata accompagnata dalla capacità della struttura giudiziaria; (e) Il "discredito" della sentenza di prima istanza; (f) non adeguazione delle norme che reggono il processo di esecuzione; (g) L'esistenza di uno Stato domandista.

Cruz e Tucci⁴⁰⁷ invece, presentano una sintesi delle cause della problematica dell'impegnatività giurisdizionale, che si organizza in tre assi, che sono: fattori istituzionali; fattori d'ordine tecnica e soggettiva; e fattori di natura materiale insufficienti. In questo senso, parte d'una prima analisi di quegli elementi d'ordine politica, economica e culturale, in cui si inseriscono la strutturazione e adeguamento del proprio ordinamento giuridico. Dunque, identifica un disadattamento fra l'impegno dei poteri legislativi ed esecutivi alle necessità per operatività della legge processuale, in vista di una cultura politica segnata dal personalismo e conservatorismo ideologico prevalente nel paese⁴⁰⁸. Ancora in questa prospettiva istituzionale, si riferisce ai diversi interventi d'occasione, promossi dallo Stato, specialmente in campo economico, come forma di gestire le crisi cicliche e inerenti al mercato capitalista e

⁴⁰⁵HEINECK, Cristiano Schmitt. **Direito à razoável duração do processo no Brasil: origens, inobservâncias e tentativas de concretização.** In Revista da Faculdade de direito UFG, v. 34, n. 01, jan./jun. 2010, p. 43.

⁴⁰⁶RODRIGUES, Walter dos Santos. **A duração razoável do processo na emenda constitucional n.º 45.** In Revista Eletrônica de Direito Processual, Ano 2, v. 2., jan/ dez, 2008, p. 327.

⁴⁰⁷TUCCI. José Rogério Cruz. **Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 99.

⁴⁰⁸TUCCI. José Rogério Cruz. **Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 100.

globalizzato. Tali misure, invariabilmente influenzano nella società, tornando possibile un'espressiva ricerca presso il giudiziario di risoluzione di litigi che consustanziano con i rapporti privati e particolari dinanzi allo Stato medesimo⁴⁰⁹.

In campo d'ordine tecnica e soggettiva risiede una prima questione che riguarda il discredito delle sentenze proferite in primo grado, date le allargate possibilità di questionare tali decisioni, in sede di ricorso, pur trattandosi di questioni fisiche. In questo senso, sostiene la dottrina brasiliana la necessità di dare prestigio a questa sentenza, permettendo la sua esecuzione provvisoria come regola, non più come eccezione⁴¹⁰. Si aggiungono a questo, elementi pertinenti alla formazione e alla condotta del giudice nel processo. Con relazione a quest'ultimo è indispensabile riferire che, essendo retto dall'istituto dell'impulso ufficiale⁴¹¹, viene imposto al giudice il ruolo di guidare la cadenza del processo, di modo che questo si sviluppi temporariamente sotto il paradigma della ragionevolezza.

Si deve, ancora, considerare che nella misura in cui un paese si inserisce – sotto l'impulso dei buoni venti dei diritti fondamentali – in un ambiente di democratizzazione, d'accesso alla giustizia e di trasformazioni sociali che ridefiniscano il profilo delle domande giudizializzate, queste condizioni fanno sì che la preoccupazione principale delle persone non sia solo con il riconoscimento della titolarità di un diritto, ma, principalmente, con la sua effettività. E nel Brasile – che oggi raduna le condizioni sopra descritte – le vie giudiziali messi a disposizione dei cittadini non hanno accompagnato l'aumento delle pretese portate al Potere Giudiziario nella proporzione in cui sono avvenute⁴¹².

In questo diapason si afferma un fenomeno che si relaziona non soltanto con il proprio sistema processuale, ma anche con fattori esterni, specialmente

⁴⁰⁹ TUCCI. José Rogério Cruz. **Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 101.

⁴¹⁰ TUCCI. José Rogério Cruz. **Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 102.

⁴¹¹ TUCCI. José Rogério Cruz. **Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 103.

⁴¹² DALLARI, Dalmo. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

quelli che riguardano la struttura giudiziaria e la condotta delle parti. Tuttavia, sono le cosiddette “tappe morte”⁴¹³ del processo, che compromettono su grande misura la realizzazione del tempo ragionevole⁴¹⁴. Le “tappe morte” sorgono dall’insufficienza della struttura giudiziaria, che, nel Brasile, è ancora molto al di là di quella necessaria per sfogare la quantità ogni volta maggiore di processi in tramite presso i tribunali brasiliani⁴¹⁵. Importante che, nella prospettiva di uno Stato Costituzionale, l’attuazione degli agenti giudiziari e la sua struttura sono sempre più importanti in ciò che riguarda l’efficienza e la legalità, costitutive dell’amministrazione pubblica⁴¹⁶.

Boaventura Sousa Santos, a sua volta, identifica che il fenomeno della morosità sorge da due fattori. Il primo riguarda il sistema giurisdizionale, nella dimensione della sua struttura, funzionamento, routine e condotte dei servitori in cui si includono i giudici. Viene trattata come morosità endogena. Il secondo riguarda le parti, nella forma in cui esse si servono di certe pratiche, in beneficio dei suoi interessi, dando adito a ciò che si chiama di morosità funzionale⁴¹⁷.

Tale constatazione del riconosciuto giurista portoghese rafforza la necessità, messa precedentemente in questo lavoro, di identificare bene i destinatari del diritto fondamentale alla durata ragionevole del processo affinché da essi si possa esigere un carico di attuazione permanente. E come principale destinatario, indichiamo lo Stato, nei suoi Poteri Legislativo, Giudiziario ed Esecutivo.

A riguardo delle attribuzioni di ognuno, Luiz Guilherme Marinoni⁴¹⁸ sottolinea che il legislatore deve editar norme con la finalità di regolare la

⁴¹³ Nel diritto Italiano, è anche identificato tale fenomeno – chiamato di “tempi morti” – tanto nella dottrina (Cf. PANNALE, Luigi. **Giustiziabilità dei diritti: per un catalogo dei diritti umani**. Milano: Franco Angeli, 2002, p. 59) quanto nei giudizi della Corte Costituzionale (ad esempio, nella sentenza 77/1997).

⁴¹⁴ OLIVEIRA, Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 53.

⁴¹⁵ Solo a titolo di esempio, nell’anno 2007 erano già in tramite presso il Superiore Tribunale di Giustizia impressionanti un milione di Ricorsi Speciali, senza contare gli altri ricorsi e azioni di competenza originaria della Corte. Su questo dato, consultare: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=85423

⁴¹⁶ THEODORO JR. Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais**. Disponibile in: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/Articulos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/Articulos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(5)%20-formatado.pdf), p. 19.

⁴¹⁷ SANTOS, Boaventura Sousa. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português**. 2ª ed., Porto: Afrontamento, 1996, pp. 431/441.

⁴¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito Fundamental à duração razoável do processo**. Revista Estação Científica, V.01, nº 04, outubro e novembro/2009, pp. 84/90.

pratica degli atti processuali in termine ragionevole, dare alle parti dei mezzi di controllo delle decisioni giudiziali che violino le norme processuali destinate a dare protezione al diritto fondamentale alla durata ragionevole, come anche alle forme di controllo delle decisioni che, senza attentare contro regole infracostituzionali, neghino direttamente il diritto fondamentale alla durata ragionevole, bene come a istituire mezzi processuali capaci di permettere l'esercizio delle pretese alla tutela risarcitoria contro lo Stato; il giudice deve prestare la tutela giurisdizionale in termine ragionevole non solo per tutelare i diritti, ma egualmente perché l'imputato abbia un processo giusto, conferendo la massima celerità al processo e non praticando (né permettendo che le parti praticino) atti dilatori ingiustificati, siano questi omissivi o espliciti; e il Potere Esecutivo deve dotare il Potere Giudiziario con un preventivo che torne possibile la contrattazione di materiale, mano d'opera e tecnologia che si possa consegnare alle parti.

Nonostante sia missione dello Stato il patrocinio dei meccanismi necessari alla creazione e mantenimento di un processo giusto in tempo ragionevole, questo, nel Brasile, viene mancando sistematicamente in tutte le sue aree d'attuazione. Ecco che, indenne di dubbi, questa mala gestione del processo e della Giustizia finisce per generare dei danni, di ogni ordine, ai cittadini e alle entità che dipendono dal processo per la garanzia ed effettività dei suoi diritti.

Così, passiamo a affrontare la questione della responsabilizzazione dello Stato⁴¹⁹ brasiliano per il ritardo eccessivo del processo, per paragonarlo con il sistema italiano messo nella Legge Pinto e le sue posteriori modifiche.

Infatti, l'evoluzione della responsabilità dello Stato è stata conseguenza dell'evoluzione dello Stato di Diritto. La necessità di una migliore protezione ai diritti degli amministrati, dinanzi alle lesioni causate dallo Stato, sempre più interventzionista, ha reso propizie innumerevoli teorie circa il fondamento e la natura della responsabilità dello Stato⁴²⁰.

⁴¹⁹ “si tratta di danno risultante da comportamento dell'Esecutivo, del Legislativo o del Giudiziario, la responsabilità è dello Stato, persona giuridica; ... La capacità è dello Stato e delle persone giuridiche pubbliche o private che lo rappresentano nell'esercizio della parte di attribuzioni statali. E la responsabilizzazione è sempre civile, cioè, d'ordine pecuniario.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 523)

⁴²⁰ BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.21.

Storicamente nel diritto brasiliano, le Costituzioni del 1824 e 1891 non contemplavano la responsabilità dello Stato. Accompagnando le idee dell'epoca, i loro precetti davano adito solo alla responsabilità dell'impiegato pubblico per gli atti abusivi che commettevano ⁴²¹.

Posteriormente, con l'avvento del Codice Civile brasiliano del 1916, lo Stato ha cominciato ad essere responsabile per gli atti dei suoi rappresentanti⁴²². Però, quando dovutamente comprovata la colpa nel suo agire. E sotto questa prospettiva, si sono mantenute le Costituzioni del 1934 e 1937.

La Costituzione brasiliana del 1946, invece, ha previsto (art. 194) che le persone giuridiche di diritto pubblico interno sarebbero civilmente responsabili per i danni che i loro impiegati, come tali, venissero a causare a terzi. Secondo Romeu Felipe Bacellar, a partire dalla Carta del 1946 le persone giuridiche integranti dell'Amministrazione Pubblica hanno cominciato a convivere con due sistemi di responsabilità: gli atti realizzati da persone giuridiche di Diritto Pubblico generando responsabilità oggettiva (indipendentemente dalla colpa); e gli atti realizzati da persona giuridica di Diritto Privato generando responsabilità soggettiva (basata sulla colpa)⁴²³.

La Costituzione del 1967 e la Modifica del 1969 hanno mantenuto la posizione precedente, permettendo allo Stato, tuttavia, l'azione regressiva dinanzi ai servitori che causarono i danni ai particolari.

Sul periodo posteriore alla dittatura militare nel Brasile, Fernando Scaff ha sottolineato che c'era in corso "una lotta sorda per la riduzione dell'impunità nella società. Un lotta per la responsabilizzazione di ognuno che abbia causato danno ad altro, indipendentemente del credo, razza, colore, posizione sociale che occupi o del tintinnio del suo conto bancario"⁴²⁴. È stato appunto sotto queste luci che la Costituzione del 1988, nel suo art. 37, § 6º, ha regolato la responsabilità civile dello Stato nei seguenti termini:

⁴²¹SANTOS FILHO, José dos. **Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos.** In FREITAS, Juarez (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, p.140.

⁴²² Codice Civile Brasiliano del 1916 – "Articolo 15. Le persone giuridiche di diritto pubblico sono civilmente responsabili per atti dei loro rappresentanti che in qualità di tali causino danni a terzi, procedendo in modo contrario al diritto o mancando al dovere prescritto in legge, salvo il diritto regressivo contro coloro che causano il danno."

⁴²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 223.

⁴²⁴ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do estado intervencionista.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 08.

Le persone giuridiche di Diritto Pubblico e quelle di Diritto Privato che prestano servizi pubblici risponderanno per i danni che i loro agenti, come tali, causino a terzi, assicurando il diritto di ritorno contro il responsabile nei casi di dolo e colpa.

L'esame di questo dispositivo rivela, in primo luogo, che lo Stato solo risponde oggettivamente per i danni che i suoi agenti, in quanto tali, causino a terzi. L'espressione suoi agenti, in quanto tali, mette in evidenza che la Costituzione ha adottato esplicitamente la teoria del rischio amministrativo⁴²⁵ come fondamento della responsabilità dell'Amministrazione Pubblica, e non la teoria del rischio integrale, per cui ha condizionato la responsabilità oggettiva del Potere Pubblico al danno risultante dalla sua attività amministrativa, cioè, ai casi in cui ci sia relazione di causa ed effetto fra l'agire dell'agente pubblico e il danno⁴²⁶⁴²⁷.

Intanto, quanto alla responsabilità dello Stato brasiliano rispondere per i danni causati dalla morosità nella prestazione giurisdizionale, non esiste consenso nella dottrina e nella giurisprudenza.

Nella difesa della tesi dell'irresponsabilità dello Stato per gli atti giurisdizionali vengono invocati, basicamente, cinque argomenti: la sovranità del Potere Giudiziario, l'indipendenza del magistrato, la non definizione dei giudici come impiegati pubblici, l'autorità della cosa giudicata e l'assenza di previsione legale⁴²⁸.

In questo brano, si espone un passaggio tratto di antico giudizio del Supremo Tribunale Federale:

⁴²⁵ "Aggravio regimentale in rocorso straordinario. ... Responsabilità oggettiva dello Stato. Art. 37, § 6º, della Costituzione federale. Teoria del rischio amministrativo. ..." (Supremo Tribunale Federal, RE 418566 PB, Relatore: GILMAR MENDES, Data di Giudizio: 25/02/2008, Secondo Gruppo, Data di Pubblicazione: DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-07 PP-01171)

⁴²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. InR. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, jul/set., 2011, p. 10.

⁴²⁷ "La responsabilità dello Stato, pur oggettiva in di quanto disposto nell'art. 107 della Modifica Costituzionale nº 1/69 (e, attualmente, nel § 6º dell'art. 37 della Carta Magna), non dispensa ovviamente, il requisito, anche oggettivo, del nesso di causalità fra l'azione o omissione attribuita ai suoi agenti e il danno causato a terzi (Supremo Tribunale Federale, RE nº 130.764-PR, 1992)

⁴²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 605/606.

Nel giudizio oggetto del ricorso straordinario è rimasto evidenziato che lo Stato non è civilmente responsabile per gli atti del potere Giudiziario, tranne nei casi esplicitamente dichiarati in legge, per cui l'amministrazione della giustizia è uno dei privilegi della sovranità. In questo modo, per il ritardo della decisione di una causa risponde civilmente il giudice, nel caso che incorra in dolo o frode, o ancora senza giusto motivo rifiuti, ometta o ritardi misure che deve ordinare d'ufficio o su richiesta delle parti. (70121 MG , Relatore: ALIOMAR BALEEIRO, Data del Giudizio: 12/10/1971, TRIBUNALE PLENO, Data di Pubblicazione: DJ 30-03-1973 PP- EMENT VOL-00904-01 PP-00165 RTJ VOL-00064-03 PP-00689)

Nel senso opposto, si sostiene che la responsabilità dello Stato, ai fini di riparazione si fonda sull'esigenza che questo presti la tutela giurisdizionale che gli è propria, in modo effettivo, sia per consegnare il diritto a chi corrisponda, sia per garantire la sicurezza al giurisdizionato e la credibilità della giustizia, come mezzo di pacificazione sociale. Ciò sottintende, intanto il riconoscimento della responsabilità oggettiva dello Stato, in caso di intempestività della tutela giurisdizionale, sia come conseguenza della condotta del giudice, sia per insufficienza o inefficacia strutturale del potere giudiziario⁴²⁹. Se l'amministrazione pubblica è retta da principi che le impongono la responsabilizzazione oggettiva, di fronte alla prestazione insufficiente o inefficace delle sue attività, bisogna estendere questa comprensione alla prestazione della tutela giuridica⁴³⁰.

Conforme pondera Rafael Maffini⁴³¹

Lo Stato deve assumere i rischi ordinaria o straordinariamente la sua attività causa a terzi, essendo il principale modo d'assunzione di questi rischi la sua responsabilizzazione, indipendentemente dell'azione o omissione lesiva essere stata cagionata per colpa o dolo.

Parlando di responsabilità dello Stato per gli atti del Potere Giudiziario bisogna avere chiaro che l'attività giudiziaria fa parte integrante del concetto di

429 SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007, p. 172.

430 CAHALI, Yusefsaid. **Responsabilidade Civil do estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

431 MAFFINI, Rafael de Cás. **Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 220.

servizio pubblico, ragione per la quale deve anche rispondere il Potere Pubblico per i danni che gli agenti giudiziari causassero al particolare⁴³².

Confortando tali posizioni il Tribunale di Giustizia del Rio de Janeiro ha deciso che

Lo Stato risponde, come qualsiasi soggetto di diritto, per gli atti e omissioni che causino danni a terzi, poiché non ci sono soggetti fuori del Diritto, e dove ha la corrispondente responsabilità. Se lo Stato non compie in tempo utile una sentenza passata in giudicato determinando il semplice obbligo di rivedere i proventi di umile servitore pubblico, facendo in modo che durante anni rimanga lui ricevendo meno di quanto gli sia dovuto, gli causa, oltre al danno materiale, un evidente danno morale per la frustrazione di chi, avendo un diritto riconosciuto giudizialmente, non riesce a realizzarlo in piena ragione della resistenza passiva che gli viene opposta dall'ente pubblico. Se il Potere Pubblico non agisce d'accordo con la condotta etica che si spera da lui, sovrapponendosi al diritto dell'amministrato, come se gli fosse legalmente superiore, deve rispondere per il danno cagionato. (TJRJ Ap. civile 9.316/2000, 16ª C., rel. Des. Nilson de Castro Dião)

Nella nostra comprensione, deve prevalere questa seconda posizione, perché la consegna tardiva della prestazione giudiziale, cioè, il ritardo nel giudizio definitivo delle cause sottomesse al Potere Giudiziario traduce, senza possibilità di discussione, mala attuazione del Giudiziario, sia in ragione della mancanza di strumenti, carenza di giudici o di risorse, legislazione anacronica e altre cause⁴³³. Per quanto riguarda, poi, i danni causati dall'attività giudiziaria – compresi, ad esempio, i casi di negazione della giustizia da parte del giudice, negligenza nell'esercizio dell'attività, mancanza del servizio giudiziario, negligenza degli impiegati, mali dell'apparato giudiziale – corrisponde la responsabilità dello Stato ampiamente con base nell'articolo 37, §6.º, della Costituzione o nella colpa anonima (mancanza del servizio), perché si tratta di attività amministrativa realizzata dal Potere Pubblico⁴³⁴.

⁴³² ANNONI, Daneille. **Responsabilidade do estado pela duração não razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 104.

⁴³³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.1023.

⁴³⁴ CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 284.

Questa prospettiva preserva l'esigenza di un processo giusto, che implica non solo nell'osservazione dei procedimenti formali. Conforme ricorda Sueli de Pieri, dinanzi all'istituzionalizzazione, nel paese, del diritto della durata ragionevole il magistrato dovrà agire immediatamente, senza essere omesso, e interpretare la legge, adattando il procedimento quando viabile; controllare, anche, il comportamento delle parti, evitandosi condotta protelatoria dell'andamento processuale, applicando le sanzioni previste in legge; giustificare l'eventuale ritardo, o il non compimento dei termini legali, per fare valere come vero il processo civile brasiliano⁴³⁵.

In questo modo, Annoni vede la prestazione giurisdizionale intempestiva come omissione dello Stato nel suo dovere legale di prestarla di forma efficiente. Così afferma:

Bisogna avere in mente che la ripetizione giurisdizionale per essere ingiusta, non richiede, necessariamente, che sia carica di vizi, o avere attuato con dolo, frode o colpa al momento della decisione. Il non giudizio quando dovuto o il suo ritardo esagerato diventano anche prestazione giurisdizionale ingiusta e deficiente. È omissione al dovere legale di prestare chi lo desidera, naturalmente, la responsabilità per i danni oriundi, secondo l'articolo 37, § 6° della Costituzione Federale⁴³⁶.

Soltanto corrisponderà l'irresponsabilità dello Stato se il ritardo si è verificato in ragione degli atti o omissioni delle parti, perché – a meno che gli errori delle parti ricadano nella capitolazione generale del litigante di mala fede, così come lo stabilisce l'art. 17 del Codice di Procedimento, sorgerà la responsabilità dello Stato per i danni che ne derivino) – non si verificherà la responsabilità dello Stato di fronte agli sbagli e errori provenienti da atti della parte⁴³⁷.

Su questo punto sulla prova del danno in virtù del ritardo eccessivo del processo e la sua rispettiva quantificazione, concludiamo che il diritto brasiliano deve, quanto prima, adottare, nella misura del possibile, il sistema italiano – in cui pesino tutte le ormai citate critiche che ad esso possano essere fatte.

⁴³⁵PIERI, Sueli Aparecida. **A reforma do poder judiciário: uma abordagem sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Millennium, 2006, p. 109.

⁴³⁶ANNONNI, Danielle. **Acesso à justiça e direitos humanos: a emenda constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Unibrasil. Disponibile in: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>.

⁴³⁷SILVA, Juracy. **A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos**, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 160.

Diciamo questo perché, dal modo come la materia è stata trattata nel Brasile – sia nell'aspetto normativo, sia in quello giurisprudenziale – è andato in molto a scapito del cittadino giurisdizionato.

Il riconoscimento automatico di che, una volta estrapolato certo tempo⁴³⁸ di tramite del processo, ci sarebbe automaticamente il diritto all'indennizzazione della parte, eliminerebbe immediatamente tre discussioni che si vengono facendo nel diritto brasiliano, come sono: (a) esiste, o no, diritto all'indennizzazione; (b) a chi compete la prova del danno risultante da morosità del processo; e (c) in quale valore la rispettiva indennizzazione deve essere fissata.

A riguardo della prima (esistenza del danno), nonostante la dottrina nazionale si sia orientando verso il riconoscimento del diritto all'indennizzazione, la barriera creata dai tribunali brasiliani a riguardo del riconoscimento di tale diritto sarà difficile da essere superata in un breve o medio lasso di tempo. D'altra parte, la regolamentazione, in legge, dell'indennizzazione per la morosità del processo, abbrevierebbe in molto il tempo necessario al riconoscimento di questo diritto – che è conseguenza di violazione al diritto fondamentale e che, perciò, deve avere priorità di trattamento.

A rispetto alla seconda (prova del danno), a partire dal momento in cui fosse positivamente automaticamente indennizzazione per anni (o mesi, o qualunque altro criterio stabilito dal legislatore) di tramite del processo, i danni non avrebbero bisogno di essere comprovati (almeno per ottenere un valore minimo da essere stabilito dal legislatore) dalla parte a cui corrispondeva solo aspettare il suo districare. E è evidente che ogni persona che cerca la tutela giurisdizionale dello Stato, per il semplice fatto di dover andare in giudizio per il riconoscimento, soddisfazione o garanzia di un possibile diritto, è già in situazione di pregiudizio per dover aspettare la risposta alle sue richieste. Tale constatazione non è nuova nel diritto italiano e Italo Andolina ha definito i danni da essa risultanti come “danni marginali”. Su di essi ha scritto il citato autore peninsulare che

⁴³⁸ Che abbiamo sostenuto linee addietro, anche deve essere stabilito fissamente in mesi o anni di tramitazione del processo, come succede nel Diritto italiano.

Questo peculiare tipo di danno può essere indicato come ‘danno marginale in senso stretto’, oppure come ‘danno marginale da induzione processuale’, appunto in quanto esso è specificamente causato, e non soltanto genericamente occasionato, dalla distensione temporale del processo.⁴³⁹

Non bastasse, il riconoscimento del danno dipende dalla produzione di prova nel processo, dunque, è inviabile – per i motivi già esposti in questo studio – la apprezzamento della materia da parte dei Tribunali Superiori nel Brasile, succedendo lo stesso con il rispettivo valore dell’indennizzo. Così, ha già deciso il Supremo Tribunale Federale⁴⁴⁰, *verbis*

In questo modo, avendo il tribunale a quo deciso che non sono stati comprovati i danni presunti e il ritardo ingiustificato nell’andamento del processo, divergere da questa comprensione esigerebbe il necessario riesame dell’insieme probatorio degli atti, ciò che è inviabile in ricorso straordinario.

È chiaro, però che la vera preoccupazione del legislatore deve gravitare nell’orbita di ristrutturazione del procedimento civile, dell’organizzazione e della risistemazione del Potere Giudiziario, e non solo in riparare i danni causati dalla morosità della prestazione giurisdizionale. Sull’argomento Antonio Carratta⁴⁴¹ ha già scritto che

Se ne trae l’inevitabile conclusione che la «ragionevole durata» che il legislatore ordinario è tenuto ad assicurare, per rispettare il dettato costituzionale, è solo e soltanto quella del processo «giusto», cioè del processo che comunque assicuri le altre garanzie processuali costituzionalmente rilevanti. Qualsiasi altra soluzione che non miri a questo risultato di fatto si rivela per ciò che è: una sostanziale ed inequivocabile violazione del dettato costituzionale sia pure condotta in nome dell’afferzata durata breve del processo.

⁴³⁹ ANDOLINA, Ítalo. **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**. Milano: Giuffrè, 1983, p. 20.

⁴⁴⁰ Ricorso Straordinario 661081, Relatore(trice): Min. CÁRMEN LÚCIA, giudicato il 09/11/2011, pubblicato il DJe-224 DIVULG 24/11/2011 PUBLIC 25/11/2011.

⁴⁴¹ CARRATTA, Antonio. **Processo (ragionevolmente) breve**. Disponibile in http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/1_Carratta_processo_breve.html

A livello sovranazionale, è importante anche tracciare un breve parallelo fra Brasile e Italia.

Nonostante il diritto fondamentale al processo in tempo ragionevole sia previsto esplicitamente sia nella Costituzione brasiliana, quanto in quella italiana, capiamo che l'Italia si trova una fase più avanzata di sviluppo a riguardo della legislazione e dei meccanismi di garanzia di questo diritto dinanzi al Brasile. E questo, molto per l'attuazione significativa della Corte Europea di Diritti Umani, quale ente che agisce nella garanzia dei diritti fondamentali.

Nelle Americhe, però, non si vede la stessa attuazione della Corte Interamericana di Diritti Umani. E le poche domande nella Corte Interamericana si devono all'ignoranza della popolazione brasiliana a riguardo della sua esistenza e della possibilità di cercare la riparazione di diritti violati nella sfera internazionale⁴⁴². Tanto è vero che, sono pochissime le condanne dello Stato brasiliano in virtù della morosità processuale.

A titolo illustrativo, riferiamo – nonostante siano tutti nell'area del diritto penale – i casi “Ximenes”, “Maria da Penha” e “Garibaldi”.

Il primo tratta della responsabilizzazione per violazione del diritto alla vita, all'integrità fisica e alle garanzie giudiziali e alla protezione, dinanzi alla morte di Damião Ximenes Lopes, nella Casa di Riposo Guararapes nel 1999, per maltrattamento e condizioni degradanti. Nell'analisi fatta dalla Corte, è rimasto evidenziato che non si trattava di un caso complesso, che giustificasse un così grande ritardo nella disposizione finale, dato che sono passati oltre sei anni dall'inizio dell'azione penale, senza esserci neppure una sentenza in prima istanza⁴⁴³.

In questo modo, la Corte ha determinato la condanna dello Stato brasiliano nei seguenti termini⁴⁴⁴:

⁴⁴² ALGAYER, Kelin Kássia. NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações**. In Espaço Jurídico Joaçaba, v. 13, n. 2, jul/dez, 2012, p. 224.

⁴⁴³ LIMA, Alcides Saldanha. **A convenção americana sobre direitos humanos e a razoável duração do processo – reflexões a partir de dois precedentes da CIDH: Ximenes Lopes e Nogueira de Carvalho (versus Brasil)**. Anais do XIX Encontro nacional do COMPEDI. Fortaleza – Ceará, junho de 2010, pp. 7488/7489.

⁴⁴⁴ Testo integrale della sentenza disponibile in:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf

[...] 6. Lo Stato deve garantire, in termine ragionevole, che il processo interno destinato a investigare e sancire i responsabili per i fatti di questo caso sortì i suoi dovuti effetti, nei termini dei paragrafi 245 e 248 della presente sentenza. [...] **lo stato deve pagare in denaro alle signore Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, nel termine di un anno, a titolo di indennizzo per danno materiale la quantità fissata nei paragrafi 225 e 226, nei termini dei paragrafi 224 a 226** della presente sentenza. 10. Lo Stato deve pagare in denaro alle signore Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e ai signori Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, nel termine di un anno, **a titolo di indennizzo per danno immateriale, la quantità fissata nel paragrafo 238, nei termini dei 237 a 239 della presente Sentenza.** 11. Lo Stato deve pagare in denaro, nel termine di un anno, **a titolo di costi e spese generati in ambito interno e nel processo internazionale dinanzi al sistema interamericano di protezione dei diritti umani**, la quantità fissata nel paragrafo 253, la quale dovrà essere consegnata alla signora Albertina Viana Lopes, nei termini dei paragrafi 252 e 253 della presente Sentenza. 12. Supervisionerà l'adempimento integrale della sentenza e darà per concluso questo caso una volta che lo Stato abbia dato giusto compimento a quanto disposto in questa sentenza. Nel termine di un anno, contato a partire dalla comunicazione della sentenza, lo Stato dovrà presentare alla Corte rapporto sulle misure adottate per il suo adempimento.

Il secondo caso, si tratta di Maria da Penha Fernandes, vittima in due occasioni di tentato omicidio della parte del proprio compagno, che passate ormai 17 anni, continuava senza decisione, dunque, senza punizione dell'aggressore e senza la tutela adeguata dovuta dallo Stato brasiliano. È in questo senso il rapporto emesso dalla corte sul caso in analisi, con le rispettive raccomandazioni definite⁴⁴⁵:

[...] La Commissione ha concluso che dall'indagine poliziale nel 1984, c'erano nel processo **elementi probatori chiari e determinanti per concludere il giudizio e che l'attività processuale è stata a volte ritardata da lunghe protelazioni delle decisioni, dall'accoglimento delle decisioni extemporanei e da ritardi ingiustificati.** Considera anche che la vittima e richiedente in questo caso ha compiuto le esigenze riguardanti l'attività processuale di

⁴⁴⁵ Integra disponibile in: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>

fronte ai tribunali brasiliani, che viene essendo spinta dal Pubblico Ministero e da tribunali attuanti, con i quali la vittima accustrice ha sempre collaborato. Per questo motivo, **La Commissione considera che né le caratteristiche del caso e della condizione personale degli implicati nel processo, né il grado di complessità della causa, né l'attività processuale dell'interessata costituiscono elementi che servano come scusa al ritardo ingiustificato dell'amministrazione di giustizia in questo caso.**

[...] 61. La Commissione Interamericana di Diritti Umani reitera allo Stato Brasiliano le seguenti raccomandazioni:

1. **Completare veloce ed effettivamente il processo penale de responsabile dell'aggressione e tentativa di omicidio** in pregiudizio della Signora Maria da Penha Fernandes Maia.

2. Procedere a un'indagine seria, imparziale ed esaustiva per **determinare la responsabilità per le irregolarità e ritardi ingiustificati che hanno impedito il processamento veloce ed effettivo del responsabile, come anche prendere misure amministrative, legislative e giudiziarie corrispondenti.**

3. Adottare, senza pregiudicare le azioni che possano essere instaurate contro il responsabile civile dell'aggressione, le misure necessarie **affinché lo Stato assicuri alla vittima un'adeguata riparazione simbólica e materiale per le violazioni qui stabilite, specialmente per la sua mancanza in offrire in ricorso veloce ed effettivo; per mantenere il caso nell'impunità per oltre quindici anni;** e per impedire con questo ritardo la possibilità opportuna di azione di riparazione e indennizzo civile.

4. Proseguire e intensificare il processo di riforma che eviti la tolleranza statale e il trattamento discriminatorio a riguardo della violenza domestica contro donne in Brasile. La Commissione raccomanda particolarmente quanto segue:

[...] Semplificare i procedimenti giudiziari penali affinché si possa ridurre il tempo processuale, senza affettare i diritti e garanzie del dovuto processo.

Più recentemente – nell'anno 2009 – la Corte interamericana ha condannato anche il Brasile per il ritardo nell'indagine – oltre sei anni di tramite unicamente dell'indagine poliziale – e punizione dei responsabili per l'omicidio di Sétimo Garibaldi⁴⁴⁶, un lavoratore rurale che risiedeva nel sud del Brasile, avvenuto il 27 novembre 1998.

⁴⁴⁶ Integra disponibile in: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf

Per diminuire altre condanne, il Brasile, purtroppo, non ha dato la stessa importanza data dall'Italia – pur non essendo l'ideale e neppure sufficiente per risolvere il problema – al tratto dei mali decorrenti dalla morosità del processo civile. Si limita lo Stato brasiliano a fare modifiche legislative puntuali, senza, tuttavia, provvedere soluzioni di organizzazione degli organi della giustizia, perfezionamento di personale e disciplina di regole e sanzioni a riguardo dell'osservanza di una durata ragionevole del processo.

2.3. La prestazione della tutela giurisdizionale in tempo ragionevole come esigenza per un processo giusto

La vita con maggiore o minore chiarezza ha sempre riconosciuto che nel processo si attua un profondo e centrale valore dell'esperienza. La storia dimostra che la vita non ha mai considerato il processo come una mera questione di tecnica o di organizzazione esteriore; la vita si è resa conto del sostanziale contenuto dell'interesse apparentemente tecnico del processo, e ha volte ha visto in esso la parte che spetta al soggetto singolo, alla sua autonomia, e quindi al processo come attuazione dei diritti individuali, della proprietà e della libertà; a volte la parte che spetta alla effettiva ed uguale Attuazione dell'Ordinamento, più che alla libertà e all'uguaglianza. Ma sempre ha visto nel processo l'attuazione di un valore obiettivo, del diritto come valore positivo; o che abbia riguardato questo valore nella sua posizione di unità o che l'abbia riguardato nella sua posizione di autonomia della singola personalità, essa ha visto il processo come momento nel quale il diritto entra a formare il concreto⁴⁴⁷.

In questo passo, ogni cittadino ha il potere di muovere la macchina giudiziale e di ottenere dallo Stato la prestazione giurisdizionale. Bisogna sottolineare, però, che non c'è qualsiasi obbligo a riguardo del risultato del processo. L'ottenimento o no del diritto richiesto in giudizio riguarda il merito. Anzi, il proprio imputato, che può essere vinto nell'azione, ha diritto alla tutela giurisdizionale, anche perché, oltre a godere degli stessi diritti e delle stesse garanzie costituzionali di cui gode l'autore, non sarà privo dei suoi Beni o della

⁴⁴⁷G. CAPOGRASSI, **Intorno al processo (Ricordando Giuseppe Chiovenda)**. *In Opere*, IV, Milano, 1959, p.154 e ss.

sua libertà senza che sia osservato il dovuto processo legale. Il riconoscimento della garanzia di tutela giurisdizionale al cittadino, a livello costituzionale, rafforza l'idea dell'esistenza di un dovere dello Stato verso colui che domanda in giudizio⁴⁴⁸. Si adatta perfettamente qui la vecchia formula di Chiovenda: "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire"⁴⁴⁹.

Sotto il prisma di effettività della tutela giurisdizionale, lo Stato resta vincolato nell'attuazione dei giudici, per l'applicazione e conduzione a decisioni che si pretendono adeguate e tempestive⁴⁵⁰. Secondo Stockinger⁴⁵¹, L'effettività, con la finalità di far diventare utile la prestazione giurisdizionale, ha bisogno che il diritto sia soddisfatto subito all'autore". D'altra parte, l'effettività si rivolge anche ai litiganti, visto che le loro condotte e la forma che intraprendono la loro partecipazione nel processo, possono essere condizionanti per la conduzione del processo e la decisione che decorrerà di questo⁴⁵².

Infatti, a fianco all'effettività del risultato, imperioso è anche che la decisione del processo sia anche tempestiva. È innegabile che, quanto più distante dall'occasione tecnicamente propizia sia proferita la sentenza, la rispettiva efficacia sarà proporzionalmente più debole e illusoria, giacché un giudizio tardivo perderà progressivamente il suo senso riparatore, nella misura in cui si rinvii il momento del riconoscimento giudiziale del diritto; e trascorso il tempo ragionevole per risolvere la causa, qualsiasi soluzione sarà, in modo inesorabile, ingiusta, per maggiore che sia il merito scientifico del contenuto della decisione. Conforme è già stato indicato in passato, perché la giustizia sia ingiusta, non è necessario che agisca equivocamente. Basta che non giudichi quando deva⁴⁵³.

⁴⁴⁸DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 283.

⁴⁴⁹CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 110.

⁴⁵⁰DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 344.

⁴⁵¹STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. **O provimento jurisdicional e a garantia do contraditório**. In *As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre constituição e processo*. (Org). PORTO, Sergio Gilbert. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003, p. 78.

⁴⁵²DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 346.

⁴⁵³GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 47.

È impossibile negare che un giudizio lento e macchinoso come quello imposto all'attuale organizzazione processuale giudiziaria, dà luogo a fenomeni di compressione dei diritti fondamentali del cittadino'; donde l'acquisita coscienza che la rapidità del processo è uno strumento indispensabile non solo per l'effettiva e concreta attuazione del diritto d'azione e di difesa, previsti dall'art. 24 Cost., ma anche per il perseguimento dei fini indicati dall'art. 3^o, comma 2^o, Cost.⁴⁵⁴.

Una giustizia realizzata a rilento è soprattutto un grave male sociale: provoca danni economici (mobilizzando beni e capitali), favorisce la speculazione e l'insolvenza, accentua la discriminazione tra chi ha la possibilità di attendere e chi nell'attesa ha tutto da perdere. Un processo che si trascina per lungo tempo diventa anche un comodo strumento di minaccia e di pressione, un'arma formidabile nelle mani di più forte per dettare all'avversario le condizioni della resa⁴⁵⁵.

Ecco perché il processo, fisiologicamente destinato a svolgersi nel tempo, è "giusto" solo se si definisce tempestivamente, ad opera di un giudice terzo e nel rispetto dei principi fondamentali della difesa e del contraddittorio⁴⁵⁶.

Il tempo e la durata del processo, perciò, sono fattori che mobilitano quelli che analizzano o accedono al sistema di giustizia. E questa preoccupazione non è recente. Rimanda all'antichità, alle tecniche che avevano come scopo dare celerità al corso processuale, in dialogo con l'esigenza che questo fosse anche giusto⁴⁵⁷. Come esempi, il Codice di Giustiniano metteva già in evidenza tale preoccupazione nel diritto romano e la Carta delle libertà, del secolo XIII, trattò anche del diritto al processo tempestivo⁴⁵⁸.

Trascorso un rilevante periodo di tempo in cui la scienza processuale si è dedicata maggiormente alla sistematizzazione della forma e dei postulati del processo civile, specialmente per il paradigma della sicurezza giuridica e della

⁴⁵⁴CARPI, Federico. **La provvisoria esecutorietà della sentenza**. Milano: Giuffrè, 1979, p. 12.

⁴⁵⁵TROCKER, Nicolò Trocker. **Processo Civile e Costituzione, Problemi di Diritto Tedesco e Italiano**. Milano: Giuffrè Editore, 1974, p. 276.

⁴⁵⁶CARLUCCIO, Pina. **Il giusto processo**. In *Le più rilevanti decisioni civili della Corte di Cassazione*, Roma, gennaio/2009, p.04.

⁴⁵⁷RODRIGUES, Walter dos Santos. **A duração razoável do processo na Emenda Constitucional nº 45**. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 2, jan./dez.2008, pp. 320/321.

⁴⁵⁸ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 33.

neutralità, la questione del tempo di durata dei rapporti processuali, oggi, riprende la sua centralità⁴⁵⁹. Questo perché la ragionevolezza del termine processuale lascia di essere un requisito formale e assume i contorni dei diritti fondamentali nelle sue dimensioni soggettiva e oggettiva⁴⁶⁰, in cui il fattore tempo può essere condizionante. E si può affermare che è questa una preoccupazione generalizzata del processo civile contemporaneo, derivata, giustamente, dall'affermazione dei diritti fondamentali e della democrazia come regime politico delle nazioni⁴⁶¹.

Odiernamente, l'idea di tempo come pretesa da Newton: *universale, assoluta e uniforme* e di conseguenza idealizzata e determinista⁴⁶² -adottata in Kant e Kelsen⁴⁶³ - non sussiste alla post modernità. Prevale il tempo fluido, in cui l'informazione, la tecnologia e la massificazione socio-economica, costituiscono riferimento atemporale sui rapporti e le cose, esigendo risposte urgenti nella stessa proporzione della sua complessità⁴⁶⁴. In questo senso Ost, per chi il tempo è un'istituzione e, allo stesso tempo una costruzione sociale⁴⁶⁵, ritratta il rapporto con il tempo nella società attuale:

Il tempo, sempre fuggevole, si costituisce oggi come la principale rappresentazione del tempo, simbolo di una società che ha perduto la sua fede nella storia. Come se il passato, definitivamente ritornato, non avesse più nulla da dirci, e il futuro, decisamente troppo incerto, non chiedesse per essere costituito d'oggi in poi. Soprattutto, come se il passato non chiedesse per essere reinterpretato alla luce delle esigenze del futuro radicato nell'esperienza del passato. Sommerse in questa scappatoia del presente, le nostre società sembrano orfane della storia, prive di durata,

⁴⁵⁹THEODORO JR., Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processual**, pp. 3/4. Disponibile in www.abdpc.org.br.

⁴⁶⁰DONIZETTI, Elpidio. **O processo como meio de efetivação dos Direitos Fundamentais**. In Rev. Trib. Reg. Trab.3ª Reg., Belo Horizonte, v.51, n.81, p.195-204, jan./jun.2010, p. 199.

⁴⁶¹ CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Nortfeet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 12.

⁴⁶² HOFFMANN, Fernando. CAVALHEIRO, Larissa nunes Cavalheiro. NASCIMENTO, Valeria Ribas do. **Determinismo/positivismo versus indeterminismo/neoconstitucionalismo: observações sobre o tempo e o processo**. In Revista de Direito UNISC. N.º 34. Santa Cruz do Sul. p. 42.

⁴⁶³ SILVA, Jaqueline Mielke. **O tempo na Sociedade pós-moderna: a necessidade de adequação do direito processual civil**. In Tempestividade e efetividade: novos rumos do processo civil brasileiro. (ORG.) TELLINI, Denise estrela. JOBIM, Geraldo Cordeiro. JOBIM, Marco Felix. Caxias do Sul – RS: Plenum, 2010, p. 358.

⁴⁶⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 197.

⁴⁶⁵ OST. François. **O tempo e o direito**. Porto Alegre: Piaget, 1999, p. 41.

rivolte unicamente alla frenesia dell'istante, condannate a vivere al ritmo frenetico dell'attualità⁴⁶⁶.

D'altra parte, l'accesso alla giustizia e la pluralità delle domande giudizializzate, che supera l'ordine delle questioni patrimoniali, ha fatto sì che il tempo diventasse condizione per una tutela effettiva. Nella lezione di Jobim⁴⁶⁷, il tempo interessa al processo civile, in vista che *“la minima nozione di tempo fa ricordare all'essere umano che lui è finito, ragione per la quale, impiegandosi male il tempo, si sta eliminando, necessariamente, la vita e la dignità”*. Ecco perché il tempo, una volta visto come elemento irrilevante o neutro nel processo⁴⁶⁸ raggiunge la centralità degli studi dei diritti fondamentali processuali, ora trattato come *tempo-nemico*⁴⁶⁹, ora come indispensabile per la realizzazione del dovuto processo e la sicurezza giuridica.

Da questo nasce un apparente antagonismo fra tempestività e processo giusto, nella misura in cui *“La ricerca di decisioni perfette si sbatte contro la necessità di risposte veloci del processo. Se il primo obiettivo esige tempo, il secondo scopo impone la restrizione di quest'elemento”*⁴⁷⁰. Sarebbe dunque il caso di un conflitto risultante dall'esigenza del tempo, come meccanismo inerente al principio della sicurezza giuridica, senza il quale resterebbero pregiudicate le garanzie del dovuto processo legale e dell'accesso alla giustizia in senso ampio; e dell'effettività, così capita con la capacità dello Stato di prestare la dovuta tutela giurisdizionale, con contenuto e tempo adeguati alla casistica.

Tuttavia, si tratta solo di un'apparente contrapposizione di diritti fondamentali, visto che il primo sorge dal secondo e, specialmente, perché una decisione intempestiva agisce a scapito del giusto⁴⁷¹, pur se il suo contenuto

⁴⁶⁶ OST. François. **O tempo e o direito**. Porto Alegre: Piaget, 1999, p. 30.

⁴⁶⁷ JOBIM, Marco Felix. A responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. In. **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro**. TELLINI, Denise Estrela. JOBIM. Geraldo Cordeiro. JOBIM. Marco Félix. (ORG). Caxias do Sul – RS: Plenum, 2010, p. 573.

⁴⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 223.

⁴⁶⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 55/56.

⁴⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. RT, 2006, p.584.

⁴⁷¹ TUCCI, José Rogerio cruz e. **Garantia do processo sem dilações indevidas**. In Tucci, José Rogério Cruz e. (Org.). **Garantias Constitucionais do processo civil**. Homenagem aos 10 anos da CF de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 235/236.

venga incontro al diritto ricercato nel processo. Così, l'esigenza di un termine ragionevole per la durata del processo si costituisce come una delle dimensioni del diritto fondamentale a un processo giusto, inteso come l'articolazione di tutti i diritti fondamentali processuali, come se fosse una *formula minima*⁴⁷² per raggiungerlo. Le alternative a cui tutti aspirano, in ogni Paese, sono riti semplici, rapidi, e soprattutto non costosi⁴⁷³.

Il tempo non è, in questo modo, solo uno dei componenti, ma vero fondamento assiologico di tutta la divisione di onere, facoltà e poteri nel processo, divisione questa che deve rendere possibile la pratica ordinata e tempestiva degli atti processuali, verso il suo risultato naturale⁴⁷⁴. Il diritto a un processo giusto deve essere visto, dunque, sotto due aspetti, garantendo, da una parte, l'adattamento e l'effettività degli strumenti processuali disponibili el corso del processo e, d'altra parte, l'effettiva e adeguata tutela possibile da essere raggiunta alla fine del processo⁴⁷⁵.

Il processo è giusto non solo in quanto celere, ma per osservare un'adeguata attuazione di tutte le condizioni che nella ottica delle garanzie fondamentali si esigono per la configurazione del modello o tipo di processo preconizzato dalla Costituzione⁴⁷⁶.

Certamente, dunque, passa per la sicurezza e l'effettività l'equazione per il dovuto processo giusto. In questa misura, l'effettività e la sicurezza giuridica sono premesse che saranno considerate nel procedimento di ponderazione per la realizzazione del diritto fondamentale al processo giusto, del quale è parte il diritto fondamentale alla durata ragionevole del processo.

⁴⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo Atlas, 2010, p. 28.

⁴⁷³ VIGORITI, Vincenzo. **Il rifiuto del processo civile**. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 48, jul./set. 2000.

⁴⁷⁴ ANDOLINA, Italo. **Il tempo e il processo**. In Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 176, outubro/2009. p. 260.

⁴⁷⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali**. Padova: Cedam, 1997, v. 2, p. 92.

⁴⁷⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del "giusto processo"**. Torino: Giappichelli, 2004, p. 60.

3. TECNICHE DI CONCRETIZZAZIONE DEL DIRITTO FONDAMENTALE AL PROCESSO IN TEMPO RAGIONEVOLE NEL PROCESSO CIVILE BRASILIANO E ITALIANO

Così come il principio del secolo XX foi segnato dalla superazione del puro procedimentalismo e dalla nascita della scienza processuale moderna⁴⁷⁷, questo inizio del secolo XXI deve servire come cornice in ciò che riguarda la preoccupazione ed effettuazione di un processo giusto e in tempo ragionevole, perché nel processo civile tutto è istantaneo; non c'è separazione fra presente, passato e futuro. Il tempo è immediato, e prescinde da decisioni rapide sì, ma innanzitutto da decisioni coerenti e integrali⁴⁷⁸.

Comprendendosi il diritto alla durata ragionevole del processo come diritto fondamentale e vincolato all'idea di "giusto processo e constatandosi che il principale costretto a sviluppare dei meccanismi utili a viabilizzare – nella maggior misura possibile – la sua effettuazione è lo Stato, constatasi che i legislatori italiani e brasiliani hanno realizzato tentativi – alcuni ben succeduti e altri non tanto – di disprezzare il processo civile.

Questa reingegneria processuale passa, in primo luogo, per la constatazione che il processo pensato a partire dal paradigma del costituzionalismo incontra seri limiti nell'opzione del legislatore per l'adozione del procedimento ordinario come regola nel processo civile. Questa scelta, si sottolinea, riflette essenzialmente la pretesa che c'era del processo, inserita in un periodo precedente, che l'adeguamento del procedimento era regolato dall'eguaglianza formale⁴⁷⁹⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ SOSA, Toribio Enrique. **Reingeniería procesal**. La Plata: Librería Editora Platense, 2005, p. 13.

⁴⁷⁸ SILVA, Jaqueline Mielke. XAVIER, José Tadeu Neves. **Reforma do processo civil: leis 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006 e 11.280, de 16.02.2006**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006, pp. 17/19.

⁴⁷⁹ PISANI, Andrea Proto. **Introduzione – Breve premessa a um corso sulla giustizia civile**. In *Appuntisullagiustiziacivile*. Bari: Cacucci, 1982, p. 18/24.

⁴⁸⁰ Sergio Chiarloni, però, ha vincolato l'ideologia dell'odrinarietà alle esigenze dei gurppi sociali dominanti. Secondo lui: "la procedura ordinária corrisponde alle preferenze ideologiche e alle esigenze materiali di gruppi già fermemente consolidati nel potere". (CHIARLONI, Sérgio. **Introduzione allo studio del diritto processuale civile**. Torino: Giappichelli, 1975, p. 25)

Marinoni⁴⁸¹ afferma che il procedimento ordinario come via unica di realizzazione del processo, alleato all'incomprensione sulla necessità di adeguamento al diritto materiale, ha costruito lacune nel diritto processuale in vista dell'effettiva tutela di diritti. Per un lungo periodo, la strumentalità processuale è stata vista come sinonimo di neutralità dinanzi al diritto materiale.

Ad ogni evidenza, questa concezione tradizionale si rivela insufficiente alla garanzia ed effettivazione dei diritti messi nelle Costituzioni italiana e brasiliana⁴⁸². Oggi, più che mai, c'è bisogno di un modello procedimentale flessibile, passibile di adattamento alle circostanze presentate dalla relazione sostanziale mantenuta dalle parti, perché, molte volte, la maggiore o minore complessità del litigio esige che vengano prese provvidenze diverse, per ottenersi il giusto risultato al processo⁴⁸³.

Uno dei notori obiettivi delle vaste riforme intraprese nelle leggi processuali per chiarire ciò che di solito si designa di 'crisi della giustizia' consiste, perciò, nella celerità. Pur essendo volgare, la formula 'crisi della giustizia' risuona come eccessiva ed impropria. Induce alla credenza che la giustizia in sé stessa si è perduta in qualche turetto burocratico. In verità, si cerca di esprimere in essa che la prestazione giurisdizionale promessa dallo

⁴⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 14.

⁴⁸²La moderna concezione processuale desidera rendere propizio alle parti che ricorrono al Giudiziario una prestazione giurisdizionale ampia, efficace, celere, modica e semplificata. Per quo, si sono riuniti nel 2004, dopo l'edizione della Modifica Costituzionale n° 45, le TRE sfere di Potere (Legislativo, Esecutivo e Giudiziario) in quello che rimase conosciuto come I Patto Repubblicano, spingendo un movimento di riforma del sistema di giustizia processuale a favore di un Giudiziario più agile, democratico ed efficace. Questo celebre episodio della storia giuridica nazionale ha cercato non solo di ampliare l'accesso alla Giustizia, come anche di realizzarlo in modo concreto ed effettivo. Intanto, nonostante lo sforzo repubblicano, il I Patto non ha sorto tutti gli effetti sociali desiderati, ciò perché gli ostacoli collegati alla Giustizia brasiliana redevano difficile la concretizzazione dei diritti e garanzie fondamentali e, di conseguenza, impedivano la realizzazione di uno Stato Democratico di Diritto. Così, il giorno 13 aprile 2009, si è composto nuovamente i Presidenti della Repubblica, Senato Federale, Camera dei Deputati e supremo Tribunale Federale, nel Palazzo del Buriti, in Brasilia, per la firma dell'allora II Patto Repubblicano di Stato. In questo secondo momento, i firmatari pretessero perfezionare gli strumenti disposti per la consumazione di quegli obiettivi previsti nel I Patto Repubblicano, e cioè, un sistema di giustizia più accessibile, agile ed effettivo (ALVES, Gabriela Pellegrina. AZEVEDO, Júlio Camargo de. **As tutelas de urgências como meio de realização do princípio do acesso universal à justiça**. In *Temas atuais de processo civil*. v. 2, n° 1, jan/2012, p. 50.)

⁴⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 68/69.

Stato, nel Brasile e altrove, tarda più di quanto è dovuto, frustrando le aspettative degli interessati⁴⁸⁴.

Nonostante lontano da promuovere una vera rivoluzione – in meglio – a livello di tecnica processuale e procedimentale, sono evidenti le riforme che il legislatore viene implementando negli ordinamenti nazionali, sia in quello italiano, sia in quello brasiliano, per istituire dei meccanismi di celerità processuale, alla ricerca dell'effettività.

Nella lezione di Ovidio Batista⁴⁸⁵, la tendenza di sommarizzazione incide contro l'anacronismo che muove il procedimento ordinario. In questo senso, in tempi in cui l'effettività comprende la questione tempo, come determinante della realizzazione del giusto diritto, la sommarizzazione si mostra imprescindibile. È quello che Comoglio⁴⁸⁶, tratta come processo "equo, ragionevole e giusto", per il quale designa doppio aspetto. Un primo, che si riferisce all'adeguamento e all'effettivazione degli strumenti processuali. E un secondo, che riguarda l'effettività ed adeguabilità della tutela.

Inizialmente bisogna puntualizzare – per una migliore comprensione dell'istituto – che la sommarizzazione procedimentale può essere operata in due dimensioni diverse: (a) la sommarizzazione materiale e (b) la sommarizzazione formale. Mentre la prima riguarda la qualità della cognizione, la seconda si riferisce al procedimento in sé.

Per quanto riguarda la sommarizzazione materiale e, di conseguenza, la qualità della cognizione, inizialmente corrisponde la definizione di "cognizione" nell'area del processo civile.

Il termine cognizione, come è noto, deriva dal latino ed identifica l'azione del conoscere, comprendere o percepire qualcosa⁴⁸⁷. Messo in relazione con il processo, si può dire che cognizione è la tecnica usata dal giudice per, attraverso la considerazione, analisi e valutazione delle allegazioni e prove

⁴⁸⁴Araken de Assis. **Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: Processo e Constituição.** In Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 196.

⁴⁸⁵BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Da sentença liminar à nulidade da sentença.** Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 127.

⁴⁸⁶COMOGLIO, Luigi Paolo. **Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali.** Padova: Cedam, 1997, p. 92.

⁴⁸⁷VEDOVA, Paolo Della. **Cognizione speciale e struttura del procedimento: Analisi del processo sommario societario.** Milano: Giuffrè, 2007, p. 01.

prodotte dalle parti, formare dei giudizi di valore circa le questioni suscitate nel processo, per deciderle⁴⁸⁸. Precedentemente, Chiovenda aveva già detto che prima di decidere la domanda, realizza il giudice una serie di attività intellettuali con l'obiettivo di prepararsi per giudicare se la domanda è fondata o infondata, e, dunque per dichiarare esistente o non esistente la volontà concreta di legge, di cui si cogita. Queste attività intellettuali, strumento dell'attualizzazione della volontà della legge mediante verifica, costituiscono la cognizione del giudice⁴⁸⁹.

In verità, la cognizione funziona come un punto di contatto, o un "ponte", che permette il collegamento fra la realtà del diritto materiale e quella di un processo che si proponeva di realizzarlo in modo più pieno possibile. Forse, meglio che 'ponte' sia l'idea culinaria di "ingredienti" per identificare la cognizione come elemento integrante del *modus faciendi* dei procedimenti giudiziari, una volta che il fenomeno cognitivo, dinanzi all'espressione ritualmente di questa o quella maniera per mezzo della regolamentazione degli atti del giudice, darà questo o quel colore al procedimento nel suo complesso, facendolo diventare più o meno abilitato per la realizzazione soddisfacente della volontà del diritto materiale in un'ottica socio-giuridica⁴⁹⁰.

Per Watanabe⁴⁹¹, la cognizione è soprattutto atto di intelligenza consistente in considerare, analizzare e valutare le allegazioni e le prove prodotte dalle parti, vale a dire, le questioni di fatto e quelle di diritto che sono dedotte nel processo e il cui risultato è la base, il fondamento del *judicium*, del giudizio del oggetto litigioso del processo.

Nell'attuale paradigma costituzionale dello Stato Democratico di Diritto, la cognizione può essere definita come istituto giuridico retto dai direttivi della funzione giurisdizionale e istitutivi del processo, che permette la valutazione condivisa degli argomenti e prove strutturate nel procedimento e descritte fisicamente negli atti (cartacei o elettronici), il cui esercizio risulta nell'elaborazione delle disposizioni⁴⁹². E la differenziazione delle tutele

⁴⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Volume I, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1998, p. 249.

⁴⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 217.

⁴⁹⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2ª ed., São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 74.

⁴⁹¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 53.

⁴⁹² MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119.

processuali comprende la disposizione di procedimenti di cognizione piena ed esaustiva e di forme tipiche di tutela sommaria, modellate d'accordo con le particolarità del diritto sostanziale controverso⁴⁹³.

La cognizione giudiziale, vista come una tecnica in favore della strumentalità del processo, può essere divisa in due piani diversi di conoscenza: il piano orizzontale (estensione) e il piano verticale (profondità)⁴⁹⁴.

Sul piano orizzontale di cognizione, sul quale si verifica l'estensione della consocenza del magistrato, si cerca di analizzare qual è l'ampiezza con cui sono conosciuti gli elementi che compongono l'oggetto della cognizione. Su questo piano la cognizione potrà essere piena o limitata, conforme l'estensione ammessa⁴⁹⁵. La cognizione giudiziale sarà piena quando le "questioni processuali", le "condizioni dell'azione" e il "merito della causa" sono apprezzati senza limitazione alla sua estensione. Sarà parziale o limitata, al contrario, quando c'è qualche restrizione l'ampiezza della cognizione – "si limita ciò che il giudice può conoscere"⁴⁹⁶.

Sul piano verticale di cognizione, si cerca di analizzare la cognizione conforme il grado di profondità raggiunto dal giudice⁴⁹⁷. Tale cognizione può essere esaustiva o sommaria. Il primo caso avviene quando il giudice decide qualche questione nel processo fondato in giudizio di certezza (che solo può essere ottenuto dopo la raccolta di tutte le prove nel processo). D'altra parte, si ha cognizione sommaria quando la decisione giurisdizionale è prolatata con base in un giudizio d'apparenza (derivato soltanto da alcune prove costanti negli atti del processo).

Quespiana si colloca come la principale caratteristica dei procedimenti ordinari, in cui trova corrispondenza nella decisione integrale e definitiva della lite, chiudendo a sua volta il rapporto processuale. Si nota che questa nozione, è di chiara ispirazione illuminista, corrispondendo al giudice il compimento del

⁴⁹³PROTO PISANI, Andrea. **Sulla tutela giurisdizionale differenziata.** *In* Rivista di Diritto Processuale, Padova, ano 34, n. 4, out/dez, 1979, pp. 536/538.

⁴⁹⁴WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** Campinas: Bookseller, 2000, p. 111.

⁴⁹⁵WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** Campinas: Bookseller, 2000, p. 83.

⁴⁹⁶DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento.** 6ª ed., Salvador: JUSPODVM, 2006, v. 1, p. 262.

⁴⁹⁷WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** Campinas: Bookseller, 2000, p. 112.

procedimento e l'applicazione del comando normativo, data la sua esigibile imparzialità formalista⁴⁹⁸.

Sotto questa prospettiva, acquistano rilievo le tecniche di cognizione sommaria, visto che si rivelano capaci di dialogare in maggior grado, con la realtà sociale data la realizzazione del diritto⁴⁹⁹. Questo perché, attraverso le tecniche di cognizione sommaria, il magistrato può decidere privo di certezza⁵⁰⁰, in modo di consegnare alla parte una tutela giurisdizionale in tempo utile a soddisfarla o assicurarle l'effettività del processo, nonostante in forma definitiva. Sotto quest'ottica, Marinoni⁵⁰¹ ha scritto che

Le tecniche di sommarizzazione materiale visano: assicurare la realizzazione del diritto minacciato, specialmente attraverso le tutele del tipo cautelare; realizzare precedentemente il diritto, per via delle tutele anticipatorie; in certe condizioni, realizzare un certo diritto, considerando il costo del processo comune, ad esempio come succede nelle liminari dei procedimento speciali.

Ovidio Batista⁵⁰², però, limita le ipotesi di impiego delle tecniche di sommarizzazione materiale soltanto le ipotesi esplicitamente previste in legge. Apponta l'autore che

L'applicabilità dell'accelerazione procedimentale, intanto, non lascia spazio per cogitarsi la sommarizzazione della cognizione. Tecniche di sommarizzazione della cognizione sono delle ipotesi normative che limitano il ruolo di materie che possono essere argomentate in difesa (sommarizzazione della cognizione verticale) o che prevedono la possibilità dell'organo giurisdizionale emettere delle decisioni con base in giudizi di probabilità (sommarizzazione della cognizione longitudinale).

⁴⁹⁸ ENTERRIA, Eduardo Garcia. MENENDEZ, Aureliano. **El derecho, la ley y el juez: dos estudios**. Madrid: CuadernosCivitas, 1997, p. 43.

⁴⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. **Tempo e processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 122.

⁵⁰⁰ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 42.

⁵⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 17.

⁵⁰² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 115/116.

D'altra parte, le tecniche di sommarizzazione formale del processo partono dalla scelta di un modello di processo idealizzato – in cui sono assicurati tutti i diritti fondamentali processuali – dove il legislatore stabilisce, nella maggior concentrazione di atti processuali, diminuzione di termini per la pratica degli atti nel processo, limitazione di ipotesi ricorsali, come altri meccanismi che permettano che il processo si possa sviluppare in un lasso di tempo minore. In questa direzione, apponta Francis Reis⁵⁰³ quando dice che questa rappresenta tecnica legislativa che visa impressione di maggior rapidità alla consegna della prestazione giurisdizionale senza sacrificio dell'attività cognitiva, preservando tutte le garanzie fondamentali dei litiganti. Tutto questo, chiaramente, senza sopprimersi altri diritti fondamentali processuali garantiti a coloro che partecipino del processo⁵⁰⁴.

Conforme Figueira Junior⁵⁰⁵, la sommarizzazione dei procedimenti, è una tendenza che si costituisce come universale, che diventa centro delle preoccupazioni degli operatori del diritto e muove le riforme processuali, nonostante sia una “vecchia novità”. Tale fenomeno d'accelerazione del procedimento ordinario poteva ormai essere visto in Spagna⁵⁰⁶, nel 1385, e in Italia⁵⁰⁷, nel 1783. Si osserva ancora, a titolo di esempio, che durante il periodo medioevale, nel diritto inglese, la court of common pleas era la più mossa dentro il sistema della common law, perfino in ragione di sua competenza, che comprendeva più materie che le altre. Tutti i debiti di oltre 40 shillings, ad esempio, dovrebbero essere riscossi in questa corte. La court of common pleas,

⁵⁰³ Francis Vanine de Andrade Reis. **Urgências de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado Democrático de Direito.** In Revista da Fac. Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 11, n. 21, 2008, pp. 145-162.

⁵⁰⁴ La restrizione di qualsiasi garanzia processuale, sotto l'impacciata e antidemocratica giustificativa di rendere agile o far diventare celere il procedimento, con l'obiettivo di proferire decisione giurisdizionale in termine ragionevole, è stimolare l'arbitrio, fomentare l'insicurezza giuridica e deridere della garanzia fondamentale del popolo al dovuto processo legale, insomma, spudorata aggressione al principio costituzionale dello Stato Democratico di Diritto. (BRÉTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Direito a jurisdição eficiente e garantia da duração razoável do processo na reforma do Judiciário.** In Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 8, nº. 15, 1º sem. 2005, p. 117).

⁵⁰⁵ FIGUEIRA JR, Joel Dias. **O novo procedimento sumário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 33.

⁵⁰⁶ GUILLÉN, VíctorFairen. **El juicio ordinario y los plenarios rápidos.** Barcelona: Bosch, 1953, p. 93.

⁵⁰⁷ APICELLA, Guisepppe. **Il procedimento civile sommario.** Milano: Società Editrice Libreria, 1908, p. 4.

tuttavia, ha finito per perdere la sua preminenza sulle altre, giacché quelle altre adottavano processi più rapidi ed economici (*cheaper and speedier*)⁵⁰⁸.

Nell'alto medioevo si sentiva, principalmente da parte dei canonisti, un evidente Desiderio di liberare il processo da formalismi inutili che lo facevano diventare costoso e lungo. Vari pontefici (Alessandro III, Innocenzo III, Gregorio IX, Innocenzo IV) si sono dovuti rendere conto che il *solemnis ordo iudicarius* non sortiva dei risultati proporzionati alle forze di ogni indole in esso investite. Era necessaria una riforma semplificatoria del processo, orientandolo specialmente all'ottenimento della verità. Questa sommarizzazione dei giudizi rappresentava una vittoria dell'economia processuale. Ai dubbi suscitati dall'applicazione delle disposizioni canoniche citate, e sempre pensando innanzitutto nelle necessità dell'economia processuale ha risposto Clemente V con la sua famosa "*Saepe Contingit*", una delle cui misure più essenziale era quella di provvedere alla *litis contestatio*⁵⁰⁹. Ecco perché, apponta Biondo Biondi⁵¹⁰, si è detto che il processo sommario derivi dal diritto canonico, e precisamente dalla "Clementina Saepe".

Si tratta, dunque, la "sommarizzazione formale" – o "sommarizzazione procedimentale" – di istituto secolare, che si influenza dalle necessità di un determinato tempo e luogo, più che, in ultima misura, rappresenterà uno strumento di contrapposizione alla giustizia tardiva⁵¹¹, nonostante lo scetticismo che alcuni autori lancino sulla sua reale effettività. Come esempio di questi autori, segnaliamo Allan Helber de Oliveira⁵¹², il quale scrive che

La semplificazione del processo e la mitigazione di principi processuali, definitivamente non rappresentano soluzione al problema ... di poco gioverebbe che tutti i termini processuali concessi alle parti fossero ridotti, *exempli gratia*, a 24 ore, o che la maggior porzione delle risorse fosse soppressa. Anche così i processi rimarrebbero giudicati in termini di vari mesi o – perché no? – anni. ... È la carenza di impiegati, l'assenza

⁵⁰⁸ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **O processo civil no terceiro milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 29.

⁵⁰⁹GUILLÉN, VíctorFairen. **El juicio ordinario y los plenarios rápidos**. Barcelona: Bosch, 1953, pp. 41/42.

⁵¹⁰BIONDI, Biondo. **Il diritto romano Cristiano**. Milano: Giuffrè, 1954, p. 387.

⁵¹¹MILHOMENS, Jónatas. **Do procedimento sumaríssimo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 9.

⁵¹²OLIVEIRA, Allan Helber de. **A Segunda Reforma do CPC**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 10.

di giudici e anche l'inesistenza dei cosiddetti "termini impropri" a tali servitori che determinano la "incompetenza" (nel senso laico della parola) dello Stato per risolvere le domande in breve spazio di tempo.

Vale anche riportare la critica di Fernanada Tavares⁵¹³, quando dice che

Il ritardo per ripercorrere integralmente la traiettoria legale di risoluzione di conflitti non può essere imputata a fattori temporali", ma sì "alla contribuzione di coloro che partecipano della struttura processuale, specialmente per questioni collegate all'(in)efficienza delle attività sviluppate dalla macchina giudiziaria, come si sa bloccata e viziata

Nonostante le critiche che si possano fare sia ai meccanismi di sommarizzazione materiale, sia formale, capiamo che, almeno per i tempi attuali, essi si rivelano come una delle grandi armi contro la morosità processuale⁵¹⁴ e l'ottenimento di un risultato utile e giusto a coloro che ricorrano al potere giurisdizionale come *ultima ratio*, in uno stato di diritto. E sulla scia della sommarizzazione formale e materiale., le esperienze italiana e brasiliana trovano alcuni punti di contatto, che possono essere oggetto di analisi comparativa.

Così, si passa all'analisi e al confronto – quando possibile – di alcune – nuove o tradizionali - tecniche⁵¹⁵ di sommarizzazione materiale e formale, già implementati nel diritto processuale civile in Italia e in Brasile, senza minimizzare le difficoltà metodologiche di qualsiasi indagine comparativa fra sistemi giuridici diversi⁵¹⁶.

⁵¹³ TAVARES, Fernando Horta. **Tempo e Processo**. In GALUPPO, Marcelo Campos (org.). O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p 112.

⁵¹⁴ Che Comoglio a definito come il "vizio congenito" o il "peccato originale" dei principali modelli di processo. (COMOGLIO, Luigi Paolo. **La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela**. In Rivista di diritto processuale, V. 62, n° 3, Padova: CEDAM, 2007, p. 591 e ss)

⁵¹⁵ L'attività tecnica o l'atto tecnico corrisponde a procedimenti coniugati e ben orientati per proslutati utili. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9ªed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 42)

⁵¹⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. **La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi**. In Rivista di Diritto Processuale, Padova, v. 45, n. 4, 1990, pp. 963/964.

3.1. Tecniche di sommarizzazione materiale come mezzi di effettivazione del diritto fondamentale al processo in tempo ragionevole

Per Andrea ProtoPisani⁵¹⁷, l'esigenza di sommarizzazione delle tecniche processuali, orbita in tre sensi: il primo riguarda la non necessita delle parti, e del sistema giudiziario sostenere i costi di un processo in cui la cognizione piena ed esaustiva diventano dispensabili per l'effettivazione processuale; il secondo si riferisce alla chiusura dell'abuso di diritto di difesa della parte che non ha ragione nel litigio, essendo per questa, la cognizione piena un beneficio; e infine, di garantire l'effettiva tutela, essenzialmente in quei casi in cui l'oggetto del litigio è immateriale, e il rinvio del diritto per la via esauriente vincolerebbe un danno ingiustificato, se non irreparabile.

Dunque, capire l'importanza della verità nella struttura del processo e della decisione giudiziale, senza il feticismo che gli è di solito associato, è condizione per pensare un processo più celere e giusto, in cui si armonizzino i diversi valori che gli sono strutturali. Con il processo si raggiunge la verità possibile, non la verità "reale"⁵¹⁸.

Come facile percepire, l'affrontamento della questione "cognizione sommaria" porta inesorabilmente a trattare i concetti "verità", "probabilità" e "verosimiglianza" nel processo civile⁵¹⁹.

La verità⁵²⁰, nel processo, deve essere compresa come "corrispondenza", perché in ogni caso, anche davanti a enunciati che affermano l'esistenza di fatti come quelli che abbiamo preso in considerazione, che con sicurezza non possono essere ridotti alla sua mera dimensione empirica, il giudice deve stabilire la corrispondenza dell'enunciato con la realtà del fatto che

⁵¹⁷ PROTO PISANI, Andrea. **Appunti sulla tutela somaria**. In PROTO PISANI, Andréa (Coord.). I processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi. Napoli: Jovene, 1979, p. 315.

⁵¹⁸ FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

⁵¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

⁵²⁰ Che non si confonde con "certezza", che è uno stato soggettivo dell'anima, potendo non corrispondere alla verità oggettiva. Certezza e verità non sempre coincidono: a volte, si ha la certezza di ciò che è oggettivamente vero. E la stessa verità che appare certa a alcuni, ad altri sembra dubbia, e a volte, perfino falsa ad altri. (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 1996, p. 21)

si descrive. Perciò ci sono le prove, tanto nel proceso come in qualunque altro ambito dell'esperienza⁵²¹.

In ciò che si riferisce alla verosimiglianza e alla probabilità, Piero Calamandrei, partendo dall'affermazione di Wach (*AllerBeweisistrichtigverstandennurWahrscheinlichkeitsbeweis*), e cioè, che tutte le prove non sono altro che prove di verosimiglianza, Piero Calamandrei⁵²²afferma

Questa affermazione di relativismo processuale, fatta per il processo civile da un grande giurista, può valere ugualmente non solo per il processo penale, ma, anche fuori dal campo più direttamente processuale, per ogni giudizio storico su fatti che si dicono accaduti: quando si dice che un fatto è vero, si chi tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto. Parlo, si intende, non delle verità logiche o morali, ma delle verità dei fatti accaduti, delle verità cosiddette storiche, per le quali già Voltaire avvertiva che "les vérités historiques ne sont que des probabilités.

E prosegue il maestro Fiorentino dicendo che, prendendosi come termine di riferimento la dichiarazione della verità, si può dire che il "possibile", o "verosimile" e il "probabile" costituiscono, in quest'ordine, una graduale approssimazione, una progressiva accentuazione in direzione al riconoscimento di quello che è vero. Chi dice che un fatto è verosimile, è più prossimo a riconoscerlo vero di chi si limita a dire che è possibile; e chi dice che è probabile, è ancora più vicino di chi dice che è verosimile, perché vai oltre l'apparenza, e comincia ad ammettere che ci sono argomenti per fare capire che l'apparenza corrisponde alla verità. Ma si tratta di delineamenti psicologici, che ogni giudicante capisce a modo suo⁵²³.

Dice il vero Calamandrei quando vede distinzione fra i concetti di verosimiglianza e probabilità, perché tali espressioni presentano dei significati

⁵²¹ TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre prueba y verdad**. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, año VII, jan/dez, 2002, p. 124.

⁵²²CALAMANDREI, Piero. **Verità e verosimiglianza nel processo civile**. In Rivista di diritto processuale, Padova: CEDAM, 1955, p. 164.

⁵²³CALAMANDREI, Piero, **Verità e verosimiglianza nel processo civile**. In Rivista di diritto processuale, Padova: CEDAM, 1955, p. 170/171.

diversi e dunque non possono essere usati congiunta e alternativamente, come se non ci fosse differenza fra di loro, in un contesto che abbia la pretesa di essere scientificamente accettabile⁵²⁴.

Però, è negli studi di Michele Taruffo che si può trovare la più adeguata distinzione fra questi due fenomeni interessanti alla processualistica. Sulla verosimiglianza, Taruffo scrive che tale espressione si presta per definire quel aspetto dell'asserzione su un fatto in funzione del quale si può dire che questa si corrisponde con un'ipotesi plausibile secondo l'ordine "normale" delle cose, in una situazione in cui tale asserzione non sia stata sottomessa ancora alla verifica probatoria o dimostrativa⁵²⁵. La probabilità, invece, è una rappresentazione più accettabile, cioè, quella che offre l'approssimazione alla realtà relativamente migliore, sulla base degli elementi di prova concretamente disponibili⁵²⁶. Ci sono, dunque, ragioni valide per escludere in linea generale che verosimiglianza sia sinonimo di probabilità, che implica, anche, che verosimiglianza non può essere sinonimo di "bassa probabilità" né di "alta probabilità", né tanto meno di entrambe le cose simultaneamente⁵²⁷. Si tratta, quindi, di fenomeni diversi.

Il punto di vista, dunque, per lavorarci con le tecniche di sommarizzazione materiale è quello di che esse non sono basate in "verità", "certezza", o "verosimiglianza", ma, sì, in giudizi di "probabilità".

Il secondo passo, affinché si possano capire bene le tecniche di sommarizzazione materiale, è la comprensione che il diritto è una situazione giuridicamente tutelata, assumendo rilevanza nell'istante in cui è minacciato di lesione o è violato⁵²⁸. Quando il diritto è violato, la "tutela dei diritti" si traduce nella necessaria protezione e garanzia che lo Stato deve porzionare ai cittadini⁵²⁹. La "tutela giurisdizionale"⁵³⁰ è, invece, la risposta dello Stato-

⁵²⁴ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 185.

⁵²⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 188.

⁵²⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 253.

⁵²⁷ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 187.

⁵²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

⁵²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 145.

giurisdizione alla provocazione della parte a riguardo della richiesta di “tutela del diritto”. Tale risposta, capiamo, può essere “positiva”, “negativa” o “neutra”. Sarà positiva quando riconoscerà il diritto postulato; sarà negativa quando non riconoscerà il diritto postulato; sarà neutra quando il processo sarà estinto senza che ci sia manifestazione dello Stato-giurisdizione sull’esistenza o inesistenza del diritto postulato.

In termini di “tutela del diritto”, la prima divisione che si deve sottolineare si trova fra il “diritto alla soddisfazione” e il “diritto alla cautela”⁵³¹, essendo il primo il diritto alla tutela del diritto e il secondo il diritto alla sicurezza della tutela del diritto⁵³², chiamato da alcuni di “diritto sostanziale di cautela”⁵³³⁵³⁴⁵³⁵. Oltre al diritto alla tutela del diritto, l’ordine giuridico prevede egualmente il diritto alla sicurezza della tutela del diritto. È il diritto alla “tutela cautelare”⁵³⁶, di

⁵³⁰Marinoni e Arenhart indicano che “La tutela giurisdizionale, in una certa prospettiva, è il risultato che il processo proporziona sul piano del diritto materiale; in un’altra, è l’insieme di mezzi processuali stabiliti affinché tale risultato possa essere ottenuto. Ma quando si pensa nei mezzi processuali, concepiti dalla legge, per la tutela del diritto materiale, esiste, meglio dicendo, tecnica processuale di tutela. Quando si considera il risultato che le tecniche processuali di tutela proporzionano, c’è, in tutta la sua pienezza, una specie di tutela giurisdizionale del diritto. Quando si percepisce la necessità di distinguere i mezzi (che permettono la prestazione della tutela) del fine o del risultato da essere ottenuto sul piano del diritto materiale (cioè, che esiste differenza sensibile fra il fenomeno della “tutela di diritti” e quello della “tutela giurisdizionale”. Infatti, della tutela giurisdizionale del diritto, diventa evidente la distinzione fra tecnica processuale e tutela giurisdizionale del diritto. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 428).

⁵³¹MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

⁵³²MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

⁵³³ Sull’argomento, Ovídio Baptista dice che: “Certamente si può affermare che il vero fondamento della pretesa alla sicurezza, o del “diritto sostanziale di cautela”, promana da principio di natura costituzionale, immanente ad ogni Stato di Diritto. La sua maggiore o minore estensione certamente dipenderà da molteplici contingenze e fattori storici, sociali e politici, ma la sua dimensione costituzionale oggi è riconosciuta dalla dottrina non solo europea, ma anche dai giuristi americani (SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001., 2001, p. 73/74).

⁵³⁴Bisogna anche ricordare la lezione di Carlo Calvosa: “L’autonomia dell’azione cautelare, a mio credere, risulta più che evidente sia sul piano del diritto sostanziale cautelando, sia su quello dei rapporti tra tutela cautelare e tutela giurisdizionale dei diritti. L’autonomia è dunque connaturale all’azione cautelare.” (CALVOSA, Carlo. **La Tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: UTET, 1963, p. 75)

⁵³⁵ Non ammettendo l’esistenza di un diritto sostanziale di cautela, fra altri: ARMELIN, Donald. **A tutela jurisdicional cautelar**. In **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 23, jun. 1985, p. 114; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 5ª ed., São Paulo: LEUD, 1983, p. 60.

⁵³⁶ Si sbagliano quelli che suppongono che la tutela cautelare sia una scoperta brillante del secolo XX. Tale funzione giurisdizionale, certamente solo adesso può essere isolata e capita come specie, ma essa ha sempre esistito, anzi, con grande distacco nel diritto romano, inserita in altre forme di tutela giurisdizionale e perfino, pure in stato puro, senza tuttavia essere convenientemente capita dalla scienza.

Nel 1500, il Brasile è stato scoperto dal Portogallo. Attraverso la subordinazione alla Corona Portoghese, vigorava nel Brasile l’ordinamento giuridico lusitano. All’epoca della scoperta,

erano in vigore in Portogallo, le Ordinanze Alfonsiane. Il Codice Alfonsiano, del 1446, ha cercato ispirazione nel *Corpus Iuris*, ha adottato la metodologia delle Decretali di Gregorio IX e ha regolato tutte le materie sulla sicurezza dell'esecuzione – embargo (arresto) e sequestro – nel suo Libro III, Titolo 25. L'11 marzo 1521, sono state promulgate le Ordinanze Manueline. In esse sono state introdotte: le azioni interrogative (d'origine romana), nel suo Libro III, titolo 21 e 90 e la sicurezza dell'esecuzione, nel Libro III, Titolo 20.

Il Brasile si è svincolato politicamente dalla metropoli nel 1822, quando, sul piano normativo, vigorano in Portogallo le Ordinanze Filippine, promulgate l'11 gennaio 1603. Il Brasile, separandosi dal Portogallo, non aveva o no poteva avere, per l'assenza di situazione storico-culturale produttrice di norme, leggi proprie, in modo che gli rimasse, come opzione, adottare, integralmente, le leggi portoghesi, salva la Costituzione che è stata promulgata subito dopo (simbolo che c'era indipendenza politica). Le Ordinanze Filippine (dettate da D. Filippo XI di Spagna e I di Portogallo) hanno avuto importanza straordinaria per il nostro Diritto. Presentavano una struttura abbastanza moderna, quando paragonata con quello che c'era prima, essendo la parte processuale (Libro Terzo) divisa in: 1) "fase postulatoria", che si trova nei Codici Moderni; 2) "fase istruttoria", destinata alla prova; 3) "fase decisoria", destinata alla decisione; 4) "fase esecutoria", destinata al processo di esecuzione. Accanto a questo, regolava il processo ordinario, che era processo comune, e ancora i cosiddetti processi sommari, impiegati in alcuni casi particolari, insieme ai chiamati processi speciali, applicabili a determinate azioni⁵³⁶. Nelle Ordinanze, le disposizioni di urgenza si facevano presenti sotto la forma della cautelarietà.

Il Regolamento 737, ispirato nella legislazione predecessora, ha dato trattamento chiaro e semplificato alle materie da lui regolate, in quanto riguarda le disposizioni di urgenza, come si vede, ad esempio, attraverso la distinzione fatta fra le azioni d'arresto e sequestro, che nelle ordinanze non erano differenziate. A metà del secolo XIX, precisamente il 25.11.1850, è stato promulgato il Regolamento 737, dividendo la giurisdizione commerciale della giurisdizione civile continuando le Ordinanze Filippine a reggere la materia di processo civile, mentre il Regolamento 737 passava a reggere il processo commerciale. Il Regolamento 737, nel suo Titolo VII, "ha portato la prima sistematizzazione dei processi cautelari specifici (preparatori e preventivi) nel Brasile": gli embarghi o arresto (articolo 321); la detenzione personale (articolo 3430; l'esibizione (articolo 351); le vendite giudiziali (articolo 358; i protesti (articoli 358, 370, 390); i versamenti e abilitazioni in cause commerciali (articoli 393 e 403). In 1871, il governo imperiale ha incaricato il Consigliere Ribas di consolidare le Ordinanze e le leggi stravaganti, che posteriormente all'Indipendenza, sono stati promulgati dal governo imperiale, venuto, per risoluzione imperiale del 1876, ad essere adottata, come legge processuale. In questa Consolidazione sono state previste due forme di cautelari, le azioni preparatorie (contro il diffamante; interrogatoria di posse; esibizione di cosa o documento; sequestro di posse; arresto o embargo; liquidazione di titolo il liquido) nell'articolo 883 e le cause incidenti (ordinarie e sommarie [attentato, abilitazione di erede e cessionari, falsità contro documenti presentato in giudizio] negli articoli 910 a 914)

Nel 1890, l'istaurazione della Repubblica nel Brasile ha avuto repercussione nel campo del processo civile attraverso Decreto 763, che ha determinato l'applicazione del regolamento 737 anche alle cause civili, revocando definitivamente le Ordinanze Filippine, mentre ogni Stato membro non stabilisse il suo proprio Codice di processo Civile.

Dal 1905, si è iniziato il movimento di codificazioni statali, essendo lo Stato del Pará il primo a approvare il suo statuto di processo civile, essendo seguito da vari Stati (São Paulo è stato uno degli ultimi a promulgare la sua legge processuale civile in 1930), dei quali "meritano distacco, come buoni codici, quello della Bahia – il migliore di tutti-, quello di São Paulo, quello del Rio Grande do Sul e, ancora quello del Distretto Federale.

Come le conseguenze decorrenti da questa frammentazione legislativa non sono state fra le più positive, già la Costituzione del 1934 determinava che il governo, una volta promulgata la Costituzione, nominerebbe una commissione di tre giuristi, per organizzare un progetto di Codice di Processo Civile e Commerciale. Durante la vigenza dei codici statali, il processo cautelare non aveva l'unità sistematica, essendo le azioni che disponevano sulla cautelarietà menzionata di solito come "processi preparatori, preventivi e incidenti", ad esempio di quello che avveniva già nel Regolamento 737.

Vari progetti di Codice sono stati elaborati, essendo stato approvato quello di Pedro Batista Martins (malgrado totalmente revisato dal processualista, e allora giudice, Guilherme Estellita). Il Codice del 1939 ha continuato trattando dell'allora cosiddetto 'processo accessorio', che

semplice sicurezza, che visa ad assicurare qualcuno dinanzi all'avvenimento di un danno⁵³⁷.

Il risultato cautelare sarà sempre attaccato a quello di un altro processo; non ha un fine in sé stesso. Ecco, dunque, la sua natura accessoria. Nessuno lo obiettiva, come fine ultimo, come pretesa principale; quello che si cerca, attraverso di esso è di proteggere la decisione principale⁵³⁸.

possiedeva impronta eminentemente cautelatoria, nonostante, come nel Codice del 1973, alcune delle sue azioni 'anticipassero' la fruizione del diritto postulato. Il citato Codice elencava le varie azioni tipiche e anche le cosiddette "misure preventive", che equivalgono oggi alle azioni cautelari atipiche. Il Codice precedente prevedeva anche, la possibilità di, nelle azioni possessorie, essere differita richiesta di ingiunzione (articolo 371 e seguenti). La legge n° 1.533, del 31 dicembre 1951, ha alterato le disposizioni del Codice del processo Civile, riguardanti il mandato di sicurezza. Ha stabilito il suo articolo 7° che, al rilasciare l'iniziale, il giudice ordinerà (II) che si sospenda l'atto che ha dato motivo alla richiesta quando sia rilevante il fondamento e dell'atto impugnato poter risultare l'inefficacia della misura, caso sia differita. Nella sistematica del mandato di sicurezza, quindi, la tutela iniziale è raggiunta ancora prima della notifica dell'autorità coattrice, "soddisfacendo" l'impetrante, totale o parzialmente.

Nel governo di Jânio Quadros, si è iniziato il lavoro di riformulazione della legislazione brasiliana essendo, nel campo del processo civile, elaborato l'Antiprogetto del Prof. Alfredo Buzaid (1964), venuto, dopo l'approvazione (con modifica) nelle due case legislative, a essere sancito dal Presidente della Repubblica l'11.01.1973, diventando la Legge 5.869. Il legislatore processuale civile del 1973 ha dato al processo cautelare, contrariamente a quello che avveniva nel Codice del 1939, un distacco meritato, basato, con rigore, nel criterio scientifico della distinzione della funzione giurisdizionale. Così, ha dedicato tutto il Libro III del Codice di Processo Civile per regolare il processo cautelare con la stessa importanza data ai processi di conoscenza (Libro I) e di esecuzione (Libro II). Il Libro III è composto da un unico titolo – DELLE MISURE CAUTELARI (artt. 796 a 889), suddividendo in due Capitoli: I delle disposizioni generali (artt. 796 a 812); II. Dei procedimenti cautelari specifici (artt. 813 a 889), in quindici sezioni: a) dell'arresto (artt. 813 a 821); b) del sequestro (artt. 822 a 825); c) della cauzione (artt. 826 a 836), d) della ricerca e aprensione (artt. 837 a 843); e) dell'esibizione (artt. 844 a 845); f) della produzione anticipata di prove (artt. 846 a 851); g) degli alimenti provisionali (artt. 852 a 854); h) dell'iscrizione dei beni (artt. 855 a 860); i) della giustificazione (artt. 861 a 866); j) dei progetti, notifiche e interpellazioni (artt. 867 a 873); k) dell'omologazione di pegno legale (artt. 874 a 876); l) del possesso in nome del nascituro (artt. 877 a 878); m) dell'attentato (artt. 879 a 881); n) del protesto e dell'aprensione di titoli (artt. 882 a 887); o) delle altre misure provisionali (artt. 888 a 889). Con il Codice di Processo Civile del 1973 e la consacrazione del potere generale di cautela, attribuito al giudice dagli articoli 798 e 799, hanno cominciato a sorgere nelle liti forensi decisioni in azioni cautelari innominate che, di qualche modo, possedevano effetto soddisfacente al diritto e non meramente assicuratorio dello stesso. Conforme BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XI, Porto Alegre: LeJur, 1985; FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no direito processual civil**. 2.ª ed., São Paulo: Dialética, 2002; MIRANDA, Gilson Delgado. **Sistema cautelar brasileiro e sistema cautelar italiano**. In *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 14, abr/jul, 1996; ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v.1. 11ª ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6ª atual., Rio de Janeiro: Forense, 2006; OLIVEIRA, Allan Helber de. **Provimentos de urgência: aspectos históricos e doutrinários**. In FIUZA, César (coord.). **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; BIRCHAL, Alice de Souza. **Relato histórico-evolutivo das ações cautelares no mundo ocidental**. In FIUZA, César (coord.). **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁵³⁷ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 56.

⁵³⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Execução e Processo Cautelar**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

La tutela del diritto e la tutela cautelare saranno richiamate in giudizio via processi appositi⁵⁴⁰ (autonomi) e saranno ottenute con cognizione esaustiva⁵⁴¹⁵⁴²⁵⁴³, alla fine di ognuno. Da lì, la questione è sapere quali sono le tecniche processuali che sono richieste dalla tutela del diritto e dalla tutela cautelare per la sua adeguata, effettiva e tempestiva realizzazione in giudizio. Ed è assolutamente inquestionabile che fra di esse si rivela la tecnica anticipatoria, che appare e si consacra come corollario essenziale e irremovibile dell'organizzazione di un processo giusto – capace di prestare tutela idonea ai diritti⁵⁴⁴⁵⁴⁵.

⁵³⁹ Perché ci sia cautelarietà è necessaria la riferibilità a un diritto cautelato. Si chiede la cautela facendosi riferimento a un diritto che deve essere protetto o assicurato cautelatamente. Non essendoci riferibilità, o diritto riferito, non c'è diritto cautelato. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 29).

⁵⁴⁰ Le misure cautelari soltanto possono essere differite dal giudice in un'azione cautelare. (ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante**. 2ª ed., São Paulo: Lejus, 2000, p. 13)

⁵⁴¹ Nella sentenza cautelare, l'unica cosa realmente considerata esistente e la cui esistenza fonda la protezione cautelare, è la situazione, è la "situazione di pericolo." (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XI, Porto Alegre: LeJur, 1985, pp. 79/80)

⁵⁴² La cognizione è esaustiva sul diritto alla cautela e esiste cosa giudicata materiale a riguardo di esso. Ovviamente, nei limiti delle questioni di fatto portate al processo, cioè, della "situazione giuridica cautelanda", espressione coniata da Giovanni Arieta (ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza art. 700 C**. Padova: CEDAM, 1985, p. 176). Si tratta, quindi, di cosa giudicata con supporto dei fatti più instabile di quella prodotta a riguardo dell'esistenza del diritto, questa da essere ottenuta in azione principale. Tanto che il Codice di processo Civile italiano registra, nel suo attuale articolo **669-decies, comma 1, che** "... nel corso dell'istruzione il giudice istruttore della causa di merito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare, anche se emesso anteriormente alla causa, se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza. ...". E il Codice di Processo Civile brasiliano, nel suo articolo 807, *caput*, statuisce, sulla stessa scia che: "le misure cautelari conservano la sua efficacia nel termine dell'articolo precedente e nella predenza del processo principale; ma possono, in qualunque tempo, essere revocate o modificate."

⁵⁴³ In senso contrario, fra altri: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2002. p. 30; ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.38; FRIEDE, Reis. **Tutela cautelar e tutela antecipada: distinções fundamentais**. In Rev. Direito, Rio de Janeiro, v.3, n. 5, jan /jun, 1999, p.67. Cesar Asfor Rocha che dice che la tutela cautelare si caratterizza dall'urgenza, ed è importante dire, che il giudizio per il suo differimento sarà quello di probabilità. Ragione per la quale è incompatibile con una cognizione esaustiva (ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 101/106).

⁵⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

⁵⁴⁵ Il ricorso alla tutela sommaria è giustificato razionalmente e pertanto non costituisce un ingiusto privilegio quando: la tutela sommaria sia diretta ad evitare il costo del processo, "ove manchi una seria volontà di contestazione"; quando è diretta ad evitare che il convenuto abusi del diritto di difesa "garantitogli dalle forme del processo a cognizione piena esauriente", e in tal caso, il legislatore, per reagire a tale pericolo "insito nella durata (anche meramente fisiologica) propria della struttura del processo c.d. ordinário", può utilizzare sia la tecnica delle misure cautelari conservative, sia la tecnica della condanna con riserva; quando la tutela sommaria sia diretta a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale "con riferimento a tutte quelle situazioni

È il diritto processuale che concede diritto alla tecnica anticipatoria e, perciò, diritto all'anticipazione di tutela. Mentre il diritto alla tutela del diritto (diritto alla soddisfazione del diritto) e il diritto alla sicurezza della tutela del diritto (diritto alla cautela del diritto) costituiscono delle posizioni giuridiche oriunde del piano del diritto materiale, la tecnica anticipatoria si consustanzia in posizione giuridica inerente al processo giusto. È un tema del legislatore costituzionale e del legislatore infracostituzionale del processo. Con il corollario del diritto di azione, il diritto alla tecnica anticipatoria ha inquestionabilmente radice costituzionale – il che non cancella, tuttavia, la sua natura processuale⁵⁴⁶. Se rivolgiamo lo sguardo agli effetti pratici della tutela giurisdizionale richiesta e consideriamo la possibilità legale di anticiparli, liminarmente o no, ci troveremo di fronte alla tutela anticipata⁵⁴⁷.

Le tecniche di anticipazione della tutela – sia per ottenimento di soddisfazione, sia per l'ottenimento della cautela – sono basate in cognizione sommaria, rivelandosi, perciò, come effettivo fenomeno di sommarizzazione materiale⁵⁴⁸ e un componente ineliminabile del sistema di tutela giurisdizionale⁵⁴⁹.

Nel processo cautelare brasiliano – destinato all'ottenimento della tutela cautelare – la disposizione cautelare, come regola, verrà consegnata alla parte postulante (caso siano soddisfatti i rispettivi requisiti) in sede sentenziale e con cognizione esaustiva (a riguardo del diritto alla cautela), dopo realizzato il contraddittorio, nella sua forma regolare⁵⁵⁰.

di vantaggio che, avendo contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale, subirebbero (*rectius*: i cui titolari subirebbero) un pregiudizio irreparabile (non suscettibile cioè di tutela adeguata nella forma dell'equivalente monetario) ove dovessero permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per la emanazione di una sentenza (esecutiva) a termine di un processo a cognizione piena ed esauriente". (PROTO PISANI, Andrea. **Le Tutele Giurisdizionali dei Diritti**. Napoli: Jovene Editore, 2003, p. 228 e ss.)

⁵⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 57/58.

⁵⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 299.

⁵⁴⁸ È interessante notare che a livello europeo non è mancata una proposta di direttiva comunitaria che prevedesse un regime processuale uniforme delle misure provvisorie. (STORME, Marcel. **Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne**. Dordrecht: M. Nijhoff, 1994)

⁵⁴⁹ PROTO PISANI, Andrea. **La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano**. In *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 90, abril/junho, 1998, p. 25.

⁵⁵⁰ Piero Calamandrei già scriveva che la disposizione cautelare consiste nella propria

Nel caso che ci sia la necessità di consegnare la tutela cautelare alla parte richiedente, prima ancora della sentenza che deve essere proferita nel processo cautelare, l'articolo 804 del Codice di Processo Civile Brasiliano stabilisce che

Art. 804. È lecito al giudice concedere via ingiunzione o dopo giustificazione previa la misura cautelare, senza sentire l'imputato, quando abbia verificato che costui, essendo stato citato, potrà farla diventare inefficace; caso in cui potrà determinare che il richiedente presti cauzione reale o fideiussoria di rimborsare i danni che l'imputato possa subire.

Si noti che tale disposizione ingiuntiva rappresenta vera anticipazione della tutela cautelare, e avviene quando il giudice verifica che l'imputato, essendo citato, potrà farla diventare inefficace⁵⁵¹. Questa ingiunzione cautelare limita, di solito, la concessione di un provvedimento (inclusive d'ufficio) di indole processuale, diversa della pretesa sostanziale, con il proposito di garantirla⁵⁵².

Adroaldo Furtado Fabrício sostiene che, in linguaggio laico, ingiunzione (liminar) è tutto quello che si mette all'inizio, nella porta, sulla soglia (limiar); mentre in linguaggio processuale, la parola difinisce la disposizione giudiziale emessa *in limine litis*, nel momento stesso in cui il processo si stabilisce⁵⁵³. Secondo José Roberto dos Santos Bedaque, l'espressione *liminar* significa anticipazione verificata di piano, nell'inizio del processo⁵⁵⁴. Sottolinea che l'espressione rivela il momento in cui la disposizione giudiziale è proferita, e non

decisione anticipata e provvisoria di merito, destinata a durare finché a questo regolamento provvisorio del rapporto controverso non si sovrapponga il regolamento stabile conseguito attraverso il più lento processo ordinario (CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936, pp. 180/191)

⁵⁵¹ NUNES, Luiz Antonio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 41.

⁵⁵² ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela antecipada**: atualizada de acordo com as recentes reformas processuais. 5ª ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2007, p. 33.

⁵⁵³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares**. In FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 195.

⁵⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 300.

il suo contenuto⁵⁵⁵. Nello stesso senso, Márcio Louzada Carpena identifica l'ingiunzione con il momento cronologico in cui si mette in evidenza l'inizio della lite⁵⁵⁶. Caio Sérgio Paz de Barros, invece, afferma che ingiunzione è la decisione dello Stato-giudice, risposndendo positivamente alla richiesta della parte, indipendentemente dell'autore, attendendo alla richiesta formulata dalla parte, senza estinguere il⁵⁵⁷.

Disposizione simile si può trovare nel Codice di Processo Civile Italiano. Dispone il comma 2, dell'articolo 669-sexies⁵⁵⁸, che

Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato assunte ove occorra sommarie informazioni.

In base alla previsione che la norma contempla con il suo 2° co., il giudice, dunque, eccezionalmente, può rendere pronunzia sulla domanda cautelare proposta, assumendo provvedimento con la forma del decreto, "inaudita altera parte"⁵⁵⁹.

Si sottolinea che l'anticipazione della tutela cautelare prevista sia nella legge processuale italiana, come in quella brasiliana, non implicano in violazione al contraddittorio. Ciò che succede è il cosiddetto "contraddittorio differito" o "contraddittorio rinviato", cioè, la realizzazione del contraddittorio in momento posteriore al differimento della misura postulata⁵⁶⁰.

Per la concessione della tutela cautelare, ingiuntivamente nel processo cautelare, è indispensabile riempire due requisiti unisoni in dottrina: il *periculum in mora*, cioè il rischio di pregiudicare il diritto, durante il tempo occorrente per farlo valere in via ordinaria, e il *fumus boni iuris*, vale a dire la

⁵⁵⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 299.

⁵⁵⁶ CARPENNA, Márcio Louzada. **Do processo Cautelar Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 187.

⁵⁵⁷ BARROS, Caio Sérgio Paz de. **As liminares (cognição e cautelar) e a impossibilidade de o juiz extinguir o procedimento em decorrência da via eleita pelo advogado**. In Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de julho de 2004, nº 13/2004, v. III, p. 391.

⁵⁵⁸ Articolo aggiunto dalla L. 26 novembre 1990, n. 353.

⁵⁵⁹ Antonio G. Diana. **Procedimenti cautelari e possessori**. Torino: UTET, 2010, p. 147.

⁵⁶⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005, p. 58.

convinzione che esista un fondato diritto⁵⁶¹⁵⁶². Allo stesso modo, la sentenza di procedenza, in azione cautelare, esige la concorrenza di questi due requisiti che costituiscono la *causa petendi* della misura: l'apparenza del diritto cautelato (*fumus boni iuris*) e il pericolo di lesione di questo diritto (*periculum in mora*)⁵⁶³.

Come si può notare, i requisiti per la concessione di misura anticipatoria della cautela (ingiunzione cautelatoria) e per la procedenza della richiesta cautelare, in sentenza, sono gli stessi. La differenza risiederà nella cognizione con cui sono decise l'ingiunzione e la sentenza. Mentre, nella prima, sarà sommaria, nella seconda, sarà esaustiva.

L'anticipazione della tutela cautelare, si rivela, dunque, come consacrata e rilevante tecnica di sommarizzazione materiale, indispensabile alla garanzia di un "giusto processo cautelare".

D'altra parte, le disposizioni anticipatorie relative alla soddisfazione del diritto trovano anche previsione nell'ordinamento brasiliano e italiano e non si confondono con le cautelari, specialmente perché, attraverso l'anticipazione degli effetti della tutela finale si permette la fruizione del proprio bene della vita preteso attraverso il processo⁵⁶⁴, attenuandosi la crisi della mancanza di effettività⁵⁶⁵. L'istituto dell'anticipazione di tutela nasce, quindi, dalla necessità di essere armonizzati i diritti fondamentali, quando in situazione antagonica di fronte al caso concreto del diritto alla sicurezza giuridica (per la quale la decisione dei conflitti suppone la cognizione esaustiva, dopo ampio contraddittorio sotto il dovuto processo legale, con pienezza di difesa e di uso di risorse) e, d'altra parte, del diritto d'accesso alla Giustizia (inteso come il diritto di ottenere, in termine adeguato, non solo una decisione giusta, ma una decisione potenziale di attuare efficacemente sul piano dei fatti)⁵⁶⁶.

Per Luiz Nunes, le tutele anticipatorie di soddisfazione sono disposizioni giurisdizionali adottati nel nucleo del rapporto giuridico processuale stabilito,

⁵⁶¹ STAIANO, Rocchina. **Dequalificazione professionale e mobbing**. Matelica: Halley Editrice, 2006, p. 124.

⁵⁶² Il *fumus boni iuris*, nel nostro modo di sentire, niente più è che la "probabilità" del diritto preteso, in questo caso, il diritto alla cautela.

⁵⁶³ TESHEINER, José Maria Rosa. **Medidas cautelares**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 30.

⁵⁶⁴ DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p. 201.

⁵⁶⁵ DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p. 230.

⁵⁶⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipaçao de tutela**. 6ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.11.

avendo come obiettivo consegnare all'autore della propria pretesa dedotta in giudizio, totale o parzialmente, i suoi effetti⁵⁶⁷, possiedendo la caratteristica di anticipatoria perché consegna la tutela o i suoi effetti prima dell'esautimento della cognizione, soddisfacendo, sul piano dei fatti, quello che ha avuto la sua sfera dei fatti e giuridica raggiunta dall'azione dell'imputato⁵⁶⁸. Secondo João Batista Lopes, l'anticipazione di tutela rappresenta forma di tutela giurisdizionale differenziata in cui l'autore non abietta solo evitare i danni derivanti da ritardo processuale ma ottenere, subito, la soddisfazione del diritto, anche se provvisoriamente⁵⁶⁹.

Marinoni⁵⁷⁰ colloca la tutela anticipatoria nel campo dell'effettività, specialmente dei diritti non patrimoniali, visto che la tutela riparatoria si mostra qui insufficiente. Dunque, se non c'è riferibilità, la tutela anticipatoria è l'unica via utile a realizzare il diritto propriamente, nella stessa misura in cui si pretende la sentenza di merito. Ragione per la quale, sarebbe innocuo assicurare soltanto il diritto (funzione tipica della tutela cautelare).

Importante, tuttavia, l'eccezione che non si può anticipare l'efficacia giuridico-formale (cioè, l'efficacia dichiarativa, costitutiva e condannatoria) della sentenza; si anticipa, soltanto, l'efficacia che la futura sentenza può produrre nel campo della realtà dei fatti⁵⁷¹. A sua volta, Luiz Guilherme Marinoni segnala che, quando si parla di anticipazione di certi effetti della sentenza definitiva, dunque, si vuole dire, ovviamente, anticipazione di certi effetti materiali⁵⁷². Per Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, non si può confondere l'effetto pratico con l'effetto giuridico, che è quello che interessa al Diritto. Però, nonostante la provvidenza anticipata funzioni sul piano dei fatti, non si trova scollegata dal piano giuridico, perché non solo la concessione dipende da un esame, anche

⁵⁶⁷ NUNES, Luiz Antonio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48.

⁵⁶⁸ NUNES, Luiz Antonio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 51.

⁵⁶⁹ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79.

⁵⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 59.

⁵⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 48.

⁵⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 99.

se perfuntorio, del diritto del postulante, come si sussumerà nel pronunciamento finale con cognizione completa⁵⁷³.

Nel nostro modo di vedere, l'“anticipazione della tutela a riguardo del diritto inseguito consiste nell'anticipazione, con cognizione sommaria e con efficacia provvisoria, degli effetti pratici della futura sentenza” e integra, perciò, il catalogo delle tecniche di sommarizzazione materiale del processo civile.

Nel diritto processuale civile brasiliano, si può suddividere il fenomeno dell'anticipazione della tutela relativa al diritto postulato in due modalità: le “anticipazioni speciali di tutela” e le “anticipazioni generali di tutela”.

Le prime (speciali) sono meccanismi sviluppati dal legislatore affinché, in alcune azioni di procedimento speciale, la parte possa ottenere gli effetti pratici della futura sentenza mediante rimpimento dei requisiti specifici e previsti nel rito. Questo avviene, ad esempio, nell'azione di alimenti retta dal rito speciale della Legge 5.478/68, dove il legislatore ha previsto, nell'articolo 4° della citata legge, la possibilità che l'autore, dall'inizio del procedimento, ottenga la concessione di “alimenti provvisori”, mediante la semplice prova del grado di parentela fra le parti o dell'esistenza di prova preconstituita dell'obbligo di alimentare (articolo 2° della Legge 5.478/68).

Per i procedimenti dove non ci sia previsione specifica di meccanismi anticipativi, il legislatore brasiliano ha previsto meccanismi generali di anticipazione della tutela del diritto.

Il primo è previsto nell'articolo 273 del Codice di Processo Civile brasiliano⁵⁷⁴ e ha la funzione tipica di tutta l'anticipazione della tutela: anticipare gli effetti pratici della futura sentenza, potendo essere ottenuta (a) in azioni di

⁵⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória**. Revista da AJURIS, v. 23, n. 66, 1996, p. 203.

⁵⁷⁴ Art. 273. Il giudice potrà, su richiesta della parte, anticipare, totale o parzialmente, gli effetti della tutela pretesa nella richiesta iniziale, purché, esistendo prova inequivoca, si convinca della verosimiglianza della pretesa e: I – ci sia fondata paura di danno irreparabile o di difficile riparazione; o II – resti caratterizzato l'abuso di diritto di difesa o il manifesto proposito protelatorio dell'imputato. § 1° Nella decisione che anticiperà la tutela, il giudice indicherà, in modo chiaro e preciso, le ragioni del suo convincimento. § 2° Non si concederà l'anticipazione della tutela quando ci sia pericolo di irreversibilità della disposizione anticipata. § 3° L'effettivazione della tutela anticipata osserverà, per quanto corrisponda e secondo la sua natura, le norme previste negli artt. 588, 461, §§ 4° e 5°, e 461-A. § 4° La tutela anticipata potrà essere revocata o modificata a qualsiasi tempo, in decisione fondata. § 5° Concessa o no l'anticipazione della tutela, proseguirà il processo fino al giudizio conclusivo. § 6° La tutela anticipata potrà anche essere concessa quando una o più delle richieste cumulate, o parte di esse, si mostrerà incontrovertibile. § 7° Se l'autore, a titolo di anticipazione di tutela, richiederà provvidenza di natura cautelare, potrà il giudice, quando presenti i rispettivi presupposti, differire la misura cautelare in carattere incidentale del processo giudicato.

conoscenza di procedimento comune ordinario; (b) in azioni di conoscenza di procedimento comune sommario; (c) in azioni di conoscenza di procedimento speciale senza previsione speciale di misure anticipatorie; e (e) nell'esecuzione civile⁵⁷⁵.

L'anticipazione della tutela disciplinata nell'articolo 273 può essere impiegata in tre diverse forme, che sono: la tutela anticipata in virtù di "rischio di danno", la tutela anticipata in virtù di "resistenza ingiustificata all'andamento del processo" e l'anticipazione della tutela della "parte incontrovertibile della richiesta".

La prima finalità per la quale si possa pretendere l'anticipazione della tutela in forza dell'articolo 273 del Codice di Processo Civile brasiliano, è quella di evitare che la parte, nel processo, soffra danno grave per il ritardo nell'ottenimento della tutela definitiva. Potrà anche essere utilizzata per fare cessare danno grave che si stia già abbattendo sulla parte o per, almeno, minimizzarne gli effetti. Come requisiti all'ottenimento di questa decisione anticipatoria, il legislatore elenca: la richiesta della parte⁵⁷⁶⁵⁷⁷ (art. 273, *caput*), la verosimiglianza del diritto preteso⁵⁷⁸ (art. 273, *caput*) – fondata in prova inequivoca –, il rischio di danno irreparabile o di difficile riparazione⁵⁷⁹⁵⁸⁰ (art.

⁵⁷⁵Nel diritto italiano, considerando la natura del sistema tendenzialmente completo del processo esecutivo, la dottrina prevalente è orientata negativamente in ordine all'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza nel processo esecutivo poiché le finalità del processo esecutivo sarebbero incompatibili con la tutela cautelare disciplinata dall'art. 700 c.p.c. (BRANDOLINI, Elena. **700 c.p.c.: strategie processuali ed ambiti applicativi**. Padova: CEDAM, 2011, p. 354)

⁵⁷⁶ Requisito necessario per mantenere l'unità di un sistema processuale che sottostesse ai principi della domanda, del dispositivo, del *neprocedatiudexexofficioe* o *nemoiudexsineactore*. (ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela antecipada**: atualizada de acordo com as recentes reformas processuais. 5ª ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2007, p. 38)

⁵⁷⁷ Per quanto riguarda il contenuto della richiesta, l'oggetto dell'anticipazione sarà sempre uguale o minore (quantitativa o qualitativamente) che la richiesta formulata dalla parte, perché, se più grande, più ampio o più esteso, resterebbe caratterizzata da decisione *ultra petita*. (FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no direito processual civil**. 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 25)

⁵⁷⁸ In questo punto, Daniel Mitidiero critica giustamente la redazione dell'art. 273 del Codice brasiliano a riguardo del termine "verosimiglianza", sotto l'argomento che l'anticipazione di tutela è legata alla probabilità delle pretese, non bastando solo verosimiglianza. Se bastasse la verosimiglianza, si correrebbe il rischio di aggredire la sfera giuridica della parte senza sufficiente grado di certezza con relazione alla veracità delle pretese. (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 105)

⁵⁷⁹ Il danno menzionato non è esclusivamente di perennità della pretesa, ma può essere legato a un danno esterno alla pretesa. (CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31)

⁵⁸⁰ Dal punto di vista terminologico, le espressioni "danno irreparabile" e "difficile riparazione" sono degli esempi di concetti giuridici vacanti o indeterminati (non possiedono contenuto perfettamente definito o delimitato e, perciò, restano nella dipendenza di interpretazione

273, I) e la reversibilità della misura⁵⁸¹⁵⁸² (art. 273, § 2°).

Differendo completamente dall'oggettivo dell'anticipazione della tutela contro rischio di danno, il legislatore brasiliano ha stabilito la possibilità di ottenersi delle disposizioni anticipatorie in virtù di resistenza ingiustificata all'andamento del processo nello stesso articolo 273. Malgrado esistano dei meccanismi specifici per la punizione della parte che procrastina l'andamento del processo di conoscenza (litiganza di mala fede – art. 17 del CPC) o del processo di esecuzione (atto attentatorio alla dignità della Giustizia – art. 600 del CPC), tutti implicano in multa pecuniaria (art. 18 e art. 601, entrambi del CPC), il che, per le parti spogliate del patrimonio, si rivelano misure di poca o quasi nessuna utilità. È stato nella tentativo di equazionare questo problema che il legislatore brasiliano iscrisse, anche nell'articolo 273 del Codice di Processo Civile, la possibilità di anticipazione della tutela in virtù della denominata "difesa temeraria"⁵⁸³⁵⁸⁴. In verità, il legislatore si è servito della tecnica dell'anticipazione provvisoria, mediante cognizione sommaria, per

flessibile del giudice adattata alla natura delle cose, secondo le circostanze del caso concreto) (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 72)

⁵⁸¹ Tale reversibilità non è della disposizione, ma dei suoi effetti giuridici, materiali o concreti. (FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no direito processual civil**. 2.^a ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 33); Nello stesso senso è l'orientamento del superiore Tribunale di Giustizia, consonante si inferisce dal voto dell'autoria della Ministra Nancy Andrighi, nel Resp 737.047/SC: "Quando il § 2.º dell'art. 273 del Codice di Processo Civile cita l'irreversibilità, esso si riferisce agli effetti della tutela anticipata, non alla disposizione finale in sé, perché l'oggetto di anticipazione non è la decisione giurisdizionale, ma gli effetti di questo provvedimento. È sotto l'ottica di probabilità di esito dell'autore con relazione al provvedimento giurisdizionale definito che il giudice deve concedere o no l'anticipazione degli effetti della tutela giurisdizionale".

⁵⁸² Sul piano costituzionale, "la reversibilità degli effetti generati dalla tutela anticipata è vincolata alla necessità di salvaguardare il nucleo essenziale del diritto fondamentale alla sicurezza giuridica dell'imputato (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela anticipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. 4.^a ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 347); Però, il Superiore Tribunale di Giustizia ha già deciso che "... il pericolo dell'irreversibilità, come circostanza impeditiva dell'anticipazione degli effetti della tutela, deve essere inteso *cum grano salis*, perché, altrimenti, mentre non sia superato il termine legale per l'esercizio dell'azione recisoria, non potrebbe essere eseguita nessuna sentenza in modo definitivo, data l'impossibilità di sua decostituzione. ... Ricorso Speciale sconosciuto." (Superiore Tribunale di Giustizia, Terzo Gruppo, REsp 737.047/SC, Relatrice: Ministra Nancy Andrighi, Giudicato il 16.02.2006, DJ 13.03.2006, p. 321). E conclude Araken de Assis dicendo che tale requisito rappresenta deplorabile retrocesso con relazione ai termini ampi e confortevoli dei requisiti positivi di concessione della tutela anticipata. (ASSIS, Araken de [coord]. **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 26)

⁵⁸³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**. v.4, t. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 213.

⁵⁸⁴ Tecnica il cui inserimento nel sistema processuale-procedimentale italiano, da tanto, è reclamata dalla dottrina. In questo senso, CARRATTA, Antonio. **Profili sistematici della tutela anticipatoria**. Torino: Giappichelli, 1997, p. 36.

punire illecito processuale⁵⁸⁵⁵⁸⁶. Per la concessione di quest'anticipazione della tutela, saranno necessari: richiesta della parte, verosimiglianza fondata in prova inequivoca, abuso nel diritto di difesa⁵⁸⁷ o manifesto proposito protelatorio⁵⁸⁸ e reversibilità della misura.

Un'altra possibilità di anticipazione provvisoria della soddisfazione prevista nell'ordinamento processuale brasiliano⁵⁸⁹ è registrata nel paragrafo terzo dell'articolo 461 del Codice di Processo Civile⁵⁹⁰. Recita l'articolo 461

⁵⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 331.

⁵⁸⁶ In senso contrario, Eduardo da Silva Winter afferma che l'anticipazione di tutela nei casi di abuso della difesa o manifesto proposito protelatorio non è punitiva, perché fondate in indizio di verosimiglianza dei fatti pretesi dall'autore, materializzato nella circostanza in cui "se l'imputato si serve di sotterfugi per sfuggire dall'apprezzamento del merito, rinviarlo o cerca di indurre il magistrato in errore o almeno confonderlo, è più un indizio che la verità non si trova dalla sua parte." (WINTER, Eduardo da Silva. **Medidas cautelares e antecipação e tutela**. Porto Alegre: Fabris editor, 2007, p. 26)

⁵⁸⁷ In sede di diritto processuale comparato, dice Luiz Guilherme Marinoni che l'anticipazione in caso di "abuso di diritto di difesa" ha certa parentela con il *référéprovisiondo* diritto francese, dove è possibile l'anticipazione quando l'obbligo non sia seriamente contestabile (articoli 771 e 809 del Codice di Processo Civile Francese), non essendo l'urgenza requisito per la concessione della decisione (MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 346)

⁵⁸⁸ L'abuso di diritto o propósito protelatorio sono fondamenti completamente autonomi a riguardo del *periculum in mora*. (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 46); malgrado possano concorrere, ad uno stesso tempo, le situazioni degli incisi I e II, non è necessario che esse si configurino insieme per l'anticipazione della tutela, bastando l'occorrenza dell'ipotesi prevista nell'inciso I, o nell'inciso II, come ha lasciato chiaro il legislatore, servendosi della congiunzione coordinativa alternativa o, che unisce pensieri che si escludono. (BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995, p. 37)

⁵⁸⁹ Il diritto positivo brasiliano è passato ad ammettere la tutela anticipatoria e specifica degli obblighi di fare e non fare, inizialmente di forma localizzata (nell'articolo 11 della Legge n° 7.347/85 che è venuto per disciplinare l'azione civile pubblica, nell'articolo 213 della Legge n° 8.069/90 che ha istituito lo Statuto del Bambino e dell'Adolescente del 1990 e nell'articolo 84 della legge n° 8.078/90 che ha approvato il Codice di Difesa del Consumatore), ma dopo in modo generale, nel nucleo delle significative riforme del Codice di Processo Civile brasiliano, attraverso la Legge n° 8.952, del 13.12.94. (PIMENTA, José Roberto Freire. **Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer no processo do trabalho. Cominação de prisão pelo Juízo do Trabalho em caso de descumprimento do comando judicial**. In Rev. TRT - 3ªR. - Belo Horizonte, jul/dez, 1997, p. 125)

⁵⁹⁰ Art. 461. Nell'azione che abbia per oggetto il compimento di obbligo di fare o non fare, il giudice concederà la tutela specifica dell'obbligo o, se precedente alla richiesta, determinerà provvidenze che assicurino il risultato pratico equivalente a quello dell'adempimento. § 1° l'obbligo solo si converterà perdite e danni se l'autore lo richiede o se diventa impossibile la tutela specifica o l'ottenimento del risultato pratico corrispondente. § 2° L'indennizzo per perdite e danni avverrà senza pregiudizio della multa (art. 287). § 3° **Essendo rilevante il fondamento della domanda e essendoci giustificata paura di inefficacia della disposizione finale, è lecito al giudice concedere la tutela per ingiunzione o mediante giustificazione previa, citato l'imputato. La misura ingiuntoria potrà essere revocata o modificata, in qualunque momento, in decisione fondata.** § 4° Il giudice potrà, nell'ipotesi del paragrafo precedente o nella sentenza, imporre multa quotidiana all'imputato, indipendentemente dalla richiesta dell'autore, se fosse sufficiente o compatibile con l'obbligo, fissandogli termine ragionevole per il compimento del precetto. §

circa la tutela specifica degli obblighi di fare e non fare⁵⁹¹, cioè, di quelle azioni in cui l'autore pretende che l'imputato sia costretto a realizzare determinata condotta commissiva (fare-disfare)⁵⁹² o omissiva (astenersi di fare)⁵⁹³, invece di contentarsi con la pura riparazione pecuniaria⁵⁹⁴. Si tratta, quindi, della viabilità di essere anticipata la tutela specifica di questi obblighi di condotta quando non solo sia rilevante il fondamento della domanda, ma soprattutto, quando ci sia giusticata paura di inefficacia della disposizione meritoria finale⁵⁹⁵.

Eguale prevista come regola generale, tuttavia, destinata agli obblighi di "consegna di cosa", la Legge 10.444, del 7 maggio 2002, ha inserito l'articolo 461-A al Codice di Processo Civile⁵⁹⁶ e, a contare dal momento in cui il

^{5°} Per l'effettivazione della tutela specifica o l'ottenimento del risultato pratico equivalente, potrà il giudice, d'ufficio o su richiesta, determinare le misure necessarie, tali come l'imposizione di multa per tempo di ritardo, perquisizione e sequestro, rimozione di persone e cose, disfacimento di opere e impedimento di attività nociva, se necessario, con requisizione di forza poliziale. § 6° il giudice potrà, d'ufficio, modificare il valore o la periodicità della multa, in caso di verificare che è diventata insufficiente o eccessiva.

⁵⁹¹ Si sottolinea che la redazione dell'articolo 461 del Codice di Processo Civile riflette il testo dell'articolo 84 della Legge 8.078, dell'11 settembre 1990 (Codice di difesa del Consumatore).

⁵⁹² Attività personale del debitore, che si obbliga a eseguire lavoro fisico o intellettuale, a realizzare opera con il suo ingegno o con l'impiego di materiali, o a prestare un fatto determinato dal vantaggio desiderato dal creditore, pur non si trattando di lavoro (BITTAR, Carlos Alberto. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 55)

⁵⁹³ Consistono in astensioni in cui, tante volte, sarà necessario distruggere l'atto già praticato. (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 9ª ed., Rio de Janeiro: F. Alves, 1957, p. 60)

⁵⁹⁴ Barbosa Moreira, alla fine degli anni '70, predicava già che "Non c'è dubbio che la tutela specifica è superiore e deve essere preferita, sempre che possibile, a qualsiasi altra forma. Ciò che l'ordinamento giuridico vuole è che i doveri e obblighi si compiano tali e quali sono. Se a qualcuno è concesso di pretendere, secondo il diritto, che altro si astenga di qualcosa, deve poter contare con il diritto per raggiungere l'utilità che spera dall'astensione – questa utilità, e non altra, "equivalente" che sia, o inculcata come tale. E la necessità di ricorrere alle vie giudiziarie per ottenere protezione niente altera, in principio, nel quadro: se il processo costituisce strumento per la realizzazione del diritto materiale, solo si può a rigore considerare piena ed efficace la sua attuazione quando lui si mostri capace di produrre risultato uguale a quello che si produrrebbe se il diritto materiale fosse spontaneamente osservato." (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A tutela específica do credor nas obrigações negativas**. In *Temas de Direito Processual - segunda série*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 31/32). In questo senso, complementa Luiz Guilherme Marinoni dicendo che "non c'è dubbio che la tutela specifica protegge in modo più adeguato il diritto materiale. La tutela rivolta ad evitare l'illecito è evidentemente, molto più importante che la tutela di rimborso. Nel caso di danno, principalmente di contenuto non patrimoniale, il rimborso nella forma specifica è l'unico rimedio che permette che il danno non sia monetizzato e che il diritto, così, trovi una forma effettiva di riparazione." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 70)

⁵⁹⁵ GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. **Tutela específica das obrigações de fazer**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 91/92.

⁵⁹⁶ Art. 461-A. Nell'azione che abbia come oggetto la consegna di cosa, il giudice, al concedere la tutela specifica, fisserà il termine per il compimento dell'obbligo. § 1º Trattandosi di consegna di cosa determinata dal genero e quantità, il creditore l'individualizzerà nella richiesta iniziale, caso gli corrisponda la scelta; corrispondendo al debitore scegliere, costui la consegnerà individualizzata, nel termine fissato dal giudice. 2º Non compiuto l'obbligo nel termine stabilito, si spederà a favore del creditore mandato di perquisizione e sequestro o di riappropriazione,

legislatore, nel paragrafo terzo del citato dispositivo, ha statuito che “Si applica all’azione prevista in quest’articolo quanto disposto nei paragrafi 1° a 6° dell’articolo 461”, ha anche aperto la possibilità che l’autore riceva la cosa mobile o immobile pretesa, “ingiuntivamente”. Meglio dicendo, è restata viabilizzata l’anticipazione della tutela perché il giudice, prima della sentenza, possa determinare la consegna della cosa dovuta⁵⁹⁷.

Allora, dall’analisi degli articoli 273, 461 e 461-A del Codice di processo Civile brasiliano, la conclusione alla quale che si può arrivare è che “in principio, qualunque sia la natura dell’azione, esiste in tesi la possibilità di anticipazione di tutela, di dare, di fare o di non fare, tutto dipendendo del caso concreto”⁵⁹⁸.

Si distacca che la tecnica di anticipazione di effetti della tutela giurisdizionale adottata nel Brasile (rappresentata, in modo generale, dagli articoli 273 e 461, ambidue del Codice di Processo Civile), non incontra identità assoluta con qualsiasi sistema processuale alieno attuale. E, se considerate le riforme prodotte dalla mano della Legge 10.444, del 07 maggio 2002 (riguardanti l’art. 461-A dello stesso codice) ancora più singolare si mostra la tecnica anticipatoria brasiliana⁵⁹⁹.

Nel diritto italiano, nel 1936 Calamandrei aveva già scritto sulla decisione che anticipa provvisoriamente gli effetti della sentenza, nella sua opera *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*⁶⁰⁰. Si vede che nella dottrina penisolare la comprensione sulle tutele d’urgenza – e sulla necessità del suo Studio – si mostrava ormai avanzata.

Considerandosi il sistema processuale italiano contemporaneo⁶⁰¹, il dispositivo legale che centralizza le attenzioni del lettore sull’argomento in

conforme si tratti di cosa mobile o immobile. § 3° si applica all’azione prevista in quest’articolo quanto disposto nei §§ 1° a 6° dell’art. 461.

⁵⁹⁷ L’obbligo di dare o consegnare cosa, abbia essa un oggetto “specifico” (zucchero) o equivalente (zucchero di canna), si capisce, *ex vi legis*, il provvedimento anticipatorio della tutela, riempiti i presupposti legali, nelle stesse forme degli altri obblighi, applicandosi sussidiariamente, per quanto possibile, quanto disposto nei §§ 1° a 6° dell’ art.461 del CPC. (ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. **Tutela antecipada na sentença**. Rio de Janeiro:Forense, 2003, p. 115)

⁵⁹⁸ ALVIM, Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 113.

⁵⁹⁹ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 284/285.

⁶⁰⁰ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000, pp. 64/65.

⁶⁰¹ Si noti, però, che già in ottobre 1984, Giuseppe Tarzia evidenziava la tendenza del processo europeo in promuovere il fenomeno dell’anticipazione della tutela di merito. Ha appontato

Studio è l'articolo 700 del *Codice di Procedura Civile*. La citata norma si trova nel Libro Quarto (dei procedimenti speciali), Titolo I (dei procedimenti sommari) sezione V (dei provvedimenti d'urgenza). Stabilisce il menzionato articolo che

Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

Comentando el menzionato articolo, Frederico del Giudice⁶⁰² afferma che la norma esercita una funzione di chiusura del sistema⁶⁰³, presentando come presupposti di questa forma di tutela: il pericolo al quale il ritardo può esporre il diritto (*periculum in mora*) e la verosimiglianza del preteso diritto (*fumus boni iuris*). Conseguirebbe la necessità di predicarne, poi, in termini applicativi, la non interferenza con le misure tipiche, mai potendosi sostenerne – si direbbe, per definizione – alcuna funzione integratrice rispetto a queste ultime⁶⁰⁴.

Si può dire, quindi, che l'istituto, previsto dall'art. 700 del c.p.c., consiste in una peculiare procedura d'urgenza, di carattere residuale, applicabile nelle fattispecie in cui, pur sussistendo il *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, il legislatore non abbia predisposto altro strumento tipico di tutela⁶⁰⁵.

l'eminente giurista che: "in Germania, in Francia, in Svizzera, in Belgio, in Austria, in Grecia, in Italia, da ultimo anche in Spagna, ci si è spinti fino ad ammettere che la misura di urgenza possa talvolta anticipare la sentenza definitiva, cioè accordare al richiedente, dal punto di vista degli effetti, la medesima tutela, che otterrebbe, se riuscisse vittorioso, attraverso la procedura ordinaria." (TARZIA, Giuseppe. **Considerazioni conclusive**. In *Les mesures provisoires en procédure civile*, atti del Colloquio Internazionale, Milano, 12-13 ottobre 1984, a cura di Giuseppe Tarzia, Milano: Giuffrè, 1985, p. 315).

⁶⁰²GIUDICE, Frederico del. **Código di procedura civile spiegato articolo per articolo**. 8. ed., Napoli: Simone, 2004, p. 727.

⁶⁰³In questo senso, anche Maria Paolucci dice che l'art. 700 c.p.c., oltre alla strumentalità, propria di tutti i provvedimenti cautelari, presenta le caratteristiche della sussidiarietà e della atipicità e svolge la funzione, per così dire, di chiusura del sistema, venendo incontro a quelle esigenze di cautela (ossia a quelle situazioni di *periculum in mora*) per le quali non sia specificatamente previsto un procedimento cautelare tipico. (PAOLUCCI, Maria Ginevra. **La tutela del socio nella società a responsabilità limitata**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 75)

⁶⁰⁴CENDON, Paolo. **Commentario al Codice Civile**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 396.

⁶⁰⁵GIANNINI, Luca. VITALI, Mariano. **Recesso ed esclusione del sócio**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2008, p. 194.

Nella comprensione di Luiz Guilherme Marinoni⁶⁰⁶, l'articolo 700 del Codice di Processo Civile italiano, a somiglianza del nostro articolo 798, in principio si riferirebbe soltanto alla tutela cautelare. Tuttavia, con l'espansione della comprensione della tutela d'urgenza, l'articolo 700 " ha passato ad ospitare anche la tutela anticipatoria, permettendo alla dottrina di discutere la viabilità dell'anticipazione della tutela nelle azioni dichiarativa e consecutiva".

Segnala Edoardo F. Ricci⁶⁰⁷ che l'espressione usata dal legislatore (*assicurare gli eggettii della decisione di merito*) fa pensare che, nei termini dell'articolo 700 del Codice di Processo Civile italiano non possano essere pronunciate decisioni rivolte ad anticipare la tutela giurisdizionale di merito. Intanto, "la rigorosa interpretazione di questa corrente dottrina si è scontrata rapidamente con le tendenze della pratica, che ha applicato l'articolo 700 del CPC ben oltre i confini dentro i quali la norma sarebbe contenuta secondo il suo probabile fine originario". Sulla questione, Balbi⁶⁰⁸ ha scritto che il provvedimento del tutto libero nel contenuto, ha il suo limite nella pretesa di merito e può avere carattere anticipatorio dello stesso, riguardando in tutto o in parte l'oggetto del processo, oppure riferirsi solo ad alcuni degli effetti della sentenza, i quali possono essere principali, che si producono in virtù del *dictum* giudiziale e secondari, che sono conseguenza della statuizione del giudice, non potendo consentirsi con chi esclude che la tutela d'urgenza non possa riguardare effetti secondari alla tutela di merito. E proprio questa è la funzione peculiare attraverso la quale la tutela d'urgenza realizza lo scopo di garantire effettività alla tutela dichiarativa, e cioè quella di assicurare al ricorrente l'esercizio di poteri e facoltà che rientrano nella pretesa, ma che non sono, nè potrebbero essere, oggetto specifico del *dictum* giudiziale di merito. Se è vero, come è vero, che la provvidimentazione d'urgenza ha il suo limite nella pretesa di merito, nell'ambito di questo limite il giudice dell'urgenza è libero nella determinazione dei valori da tutelare in via provvisoria e si estrinseca in provvedimenti dal contenuto più vario, e il cui possibile numero coincide con

⁶⁰⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 57/58.

⁶⁰⁷RICCI, Edoardo F. **A tutela anticipada no direito italiano**. In *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, v. 2, n. 4, jan. abr. 1997, p. 126.

⁶⁰⁸BALBI, Celso Edoardo. **Provvedimenti d'urgenza**. In *Nov. Dig. Disc. Priv.*, XVI, Torino, 1997.

quello teoricamente infinito delle facoltà e dei poteri contenuti nel diritto sul quale si fonda la pretesa.

Il 18 ottobre 1995, il Decreto Legislativo 432, convertito nella Legge 534, del 20 dicembre 1995, ha introdotto l'art. 186 *quater*.

Commentando il citato articolo, Federico del Giudice afferma che diversamente delle disposizioni degli articoli 186bis e 186ter del Codice di Processo Civile italiano, il provvedimento in analisi è pronunciato non in corso, ma alla fine della fase istruttoria, accentuandosi le caratteristiche di pronuncia anticipata, provvisoria ed esecutiva destinata a sostituire la decisione finale⁶⁰⁹.

In sintesi, il menzionato dispositivo ha reso possibile al giudice istruttore “che, bastando la prova prodotta, ordini il pagamento, o la consegna o liberazione di cosa”⁶¹⁰.

Avvertono Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo⁶¹¹, che la riforma del 1990 ha portato il rischio di una sommarizzazione eccessiva del processo di conoscenza nel primo grado. Segnalano che gli articoli 186ter e 186 *quater* regolano gli atti giudiziari incorniciabili nella categoria di sistematica dei provvedimenti anticipatori e provvisori di condanna, la cui funzione è quella di anticipare, in certo momento prima della definizione del giudizio di primo grado, la soddisfazione del diritto controverso e gli effetti esecutivi della sentenza finale.

A riguardo della natura dell'istituto previsto nell'articolo in commento, i processualisti precedentemente riferiti⁶¹² intendono che, nel suo disegno generale, possiede natura anticipatoria, perché dopo l'esaurimento dell'istruzione e entro il limite in cui il giudice abbia già raggiunto la prova, previene e realizza anticipatamente gli effetti della tutela della posteriore sentenza di merito, reproducendo in questo momento particolare lo stesso contenuto imperativo di un ordine di pagamento e di consegna, che in caso di condizioni diverse, non si potrebbe postulare e ottenere prima. Adducono che la motivazione pratica dell'istituto si trova nella ricerca dell'economia processuale,

⁶⁰⁹ GIUDICE, Federico del. **Código di procedura civile spiegato articolo per articolo**. 8. ed., Napoli: Simone, 2004, p. 251.

⁶¹⁰ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.285.

⁶¹¹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2ª ed., Bologna: Il Mulino, 1998, p. 684.

⁶¹² COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2ª ed., Bologna: Il Mulino, 1998, p. 709.

rivolta ad assicurare l'effettività della tutela di condanna, con la creazione anticipata di un titolo esecutivo.

In riferimento alla sua applicabilità, insegna Federico del Giudice⁶¹³ che sono ammessi i provvedimenti urgenti in modo sussidiario ai procedimenti cautelari. Così, soltanto si ammetterà la tutela d'urgenza dell'articolo 700 del Codice di Processo Civile italiano quando non ci siano i rispettivi presupposti alla misura cautelare tipica del sequestro, all'annuncio di nuova opera o danno temuto o del procedimento di istruzione preventiva, come anche è chiuso il provvedimento di urgenza quando la finalità cautelare possa essere raggiunta per mezzo dei rimedi provvisori (o interim) previsti nella disposizione specifica della legge. Ad esempio, in materia societaria, il rimedio dell'articolo 700 è inammissibile quando presente lo specifico provvedimento dell'articolo 2409 del Codice di Processo Civile italiano (il quale, per il caso di fondata sospetta di grave irregolarità dalla parte dell'amministratore e degli uditori nell'adempimento dei propri doveri, prevede che i soci rappresentanti di un decimo del capitale sociale possano denunciare i fatti al Tribunale, affinché questo adotti la cautela opportuna). Egualmente, in materia di diritti reali, la disposizione di urgenza è inammissibile quando sia possibile servirsi della tutela possessoria. Mette in evidenza che il contenuto di questi provvedimenti di urgenza non sono predeterminati, perché sono atipici.

Corrado Ferri afferma che, pure dopo la riforma del 1990, l'articolo 700 del Codice di Processo Civile italiano rimane uno strumento di tutela urgente, applicabile qualora il legislatore non abbia predisposto un procedimento cautelare tipico per paralizzare il pericolo nel ritardo dell'attuazione della legge, attraverso il processo di cognizione piena⁶¹⁴. In identico senso, Edoardo F. Ricci chiarifica che la tutela anticipata non è stata consacrata come regola generale, ma solo in ipotesi specifiche, nel diritto processuale italiano⁶¹⁵. Nelle stesse acque naviga la lezione di Rosaria Giordano⁶¹⁶ quando apponta che il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. è uno strumento di tutela cautelare

⁶¹³GIUDICE, Federico del. **Código di procedura civile spiegato articolo per articolo**. 8. ed., Napoli: Simone, 2004, p. 725/726.

⁶¹⁴FERRI, Corrado. **I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali**. In *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 141.

⁶¹⁵RICCI, Edoardo F. **A tutela antecipada no direito italiano**. In *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, v. 2, n. 4, jan. abr. 1997, p. 126.

⁶¹⁶GIORDANO, Rosaria. **La tutela cautelare uniforme**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 27.

residuale: ciò si può desumere chiaramente dall'incipit della stessa norma secondo cui lo stesso può essere richiesto fuori dei casi regolati dalle precedenti sezioni di questo capo, ovvero in relazione a situazioni per le quali non è prevista la possibilità di domandare la concessione di una delle misure cautelari tipiche. Ciò implica che, a fronte di un'istanza proposta ai sensi dell'art. 700 c.p.c., il primo problema che si pone è stabilire se non vi sia un rimedio ad hoc non utilizzato dalla parte, onde evitare che la previsione dell'art. 700 c.p.c. attribuisca al ricorrente la possibilità di ottenere quello che non è più dato conseguire con il rimedio cautelare specificamente previsto per il caso concreto.

Con amara ironia si è puntualmente osservato che l'interesse dottrinale per la disposizione in commento è stato inversamente proporzionale al suo successo operativo. La norma ha infatti offerto nuova linfa ai tentativi di costruire un'autonoma categoria di tutela sommaria anticipatoria, contrapposta a quella cautelare e connotata da caratteri funzionali e soprattutto strutturali sufficientemente univoci al suo interno da consentire l'integrazione delle eventuali lacune nella disciplina positiva dei singoli casi⁶¹⁷.

O melhor seria – como já dito por Calamandrei⁶¹⁸ – in caso di pericolo nel ritardo, di stabilire volta per volta, all'infuori degli appositi mezzi cautelari precostituiti, le misure assicurative meglio corrispondenti alle esigenze del caso concreto.

Sottolinea Federico del Giudice che è dall'uso del termine provvisoriamente che emerge la funzione strumentale e anticipatoria (o, eventualmente, conservativa) tipica di ogni provvedimento cautelare⁶¹⁹. La "sommarietà" della pronuncia, adottata nel contraddittorio effettivo delle parti, discende piuttosto dalla "provisorietà" del risultato istruttorio, frutto di una cognizione "allo stato degli atti" e sempre suscettibile di revoga e modifica nell'ulteriore corso del processo⁶²⁰.

In quello che riguarda la funzione dell'anticipazione di tutela, Luigi Paolo Comoglio afferma che la principale di esse è quella di anticipare, in certo

⁶¹⁷CARRATTA, Antonio. **Profili sistematici della tutela anticipatoria**. Torino: Giappichelli, 1997, p. 291.

⁶¹⁸CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari**. Padova: CEDAM, 1936, p. 147.

⁶¹⁹GIUDICE, Federico del. **Código di procedura civile spiegato articolo per articolo**. 8. ed., Napoli: Simone, 2004, p. 726.

⁶²⁰CARRATTA, Antonio. **Profili sistematici della tutela anticipatoria**. Torino: Giappichelli, 1997, p. 291.

momento che precede la definizione del giudizio di primo grado, la soddisfazione del diritto controverso e gli effetti esecutivi della sentenza finale⁶²¹. Però, il provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. non può essere pronunciato qualora il diritto di cui si teme il pregiudizio sia tutelabile in via ordinaria attraverso un processo la cui rapidità di svolgimento è affine a quella del procedimento cautelare⁶²².

Dice Caio Sérgio Paz de Barros che “per gli italiani, ingiunzioni sono decisioni concepite prima del giudizio finale, sono decisioni che precedono la sentenza, conferendo risultato pratico”⁶²³. E a seguito della riforma del procedimento cautelare uniforme l'instaurazione del processo di merito entro il termine di sessanta giorni non è necessaria per i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. e pertanto tale ordinanza sopravvive nella sua efficacia all'eventuale estinzione del giudizio stesso⁶²⁴.

Punto cruciale nell'esame sviluppato della dottrina italiana riguarda i requisiti per la concessione della tutela anticipata. In primo luogo, bisogna ripetere che la tutela anticipata in Italia solo è concepita quando non sia ipotesi di una delle modalità specifiche di disposizione cautelare. Detto questo, si passa ai requisiti veri e propri che autorizzano l'anticipazione della tutela (senza citare quelli che restringono la sua applicabilità).

Sui requisiti concessivi, afferma Lea Querzola⁶²⁵ che lo strumento previsto nell'articolo 700 del Codice di Processo Civile permette che, essendoci fondato timore che nel ritardo del giudizio ordinario possa essere minacciato il proprio diritto da un danno imminente e irreperabile, si richieda al giudice disposizioni d'urgenza che a questo si manifesti, secondo le circostanze, i più idonei per assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

⁶²¹COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2ª ed., Bologna: Il Mulino, 1998, p. 684.

⁶²²ARIETA, Giovanni. **Trattato di diritto processuale civile**. 2ª ed., 2010, p. 170.

⁶²³BARROS, Caio Sérgio Paz de. **As liminares (cognição e cautelar) e a impossibilidade de o juiz extinguir o procedimento em decorrência da via eleita pelo advogado**. In *Repertório de Jurisprudência IOB*, 1ª quinzena de julho de 2004, nº 13/2004, v. III., p. 391.

⁶²⁴RICHTER, Giorgio Stella. RICHTER, Paolo Stella. **Giurisprudenza sul codice di procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 194.

⁶²⁵QUERZOLA, Lea. Pubblico ministero, tutela d'urgenza e reclamo dei provvedimenti cautelari nelle questioni di status. In **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, 2000, p. 1457.

Uno dei principali requisiti autorizzatori alla concessione della tutela anticipata e l'esistenza di pericolo al diritto della parte, giustamente per il ritardo nella prestazione della tutela giurisdizionale.

Segnala Giovanni Arieta⁶²⁶ che la tradizionale dottrina italiana, da tempo ha introdotto una distinzione fra due specie di pericolo in: il pericolo della scadenza della decisione principale, che si verifica quando i provvedimenti cautelari si limitano non ad acellerare la soddisfazione del diritto controverso, ma a preparare anticipatamente mezzi affinché la dichiarazione o l'esecuzione forzata di quel diritto resti in condizioni più favorevoli; e il pericolo nel ritardo della decisione principale, che sorge dallo stato di insoddisfazione del diritto controverso nel giudizio di merito.

Corrado Ferri⁶²⁷ afferma che, fra altri presupposti reclamati dall'articolo 700 del Codice di Processo Civile italiano, si esige l'irreparabilità del danno (che raggiunge il diritto affermato). Sull'irreparabilità adduce Federico del Giudice che essa è valutata dal giudice caso per caso; e, poiché lo scopo del provvedimento d'urgenza è quello di prevenire l'evento dannoso, la tutela cautelare in esame non può essere più richiesta quando il citato evento si sia ormai verificato⁶²⁸.

Con relazione al pericolo di danno irreversibile, insegna Andrea Protopisani che il giudice deve valutare comparativamente il danno attuale (che reclama l'urgenza) che la mancanza della concessione della misura trarrà come conseguenza, concedendo la disposizione soltanto quando il pregiudizio della non concessione sia qualitativamente o quantitativamente maggiore che il danno causato dalla parte avversa⁶²⁹

Secondo Federico del Giudice⁶³⁰, a riguardo della natura del diritto tutelabile per via d'urgenza, l'orientamento meno recente rivelava che il rimedio costante nell'articolo fosse applicabile alla tutela dei diritti assoluti, negandolo

⁶²⁶ARIETA, Giovanni. **Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.**. Padova: CEDAM, 1985, p. 44.

⁶²⁷FERRI, Corrado. **Procedimenti cautelari a tutela del credito: il sequestro conservativo.** In Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2000, p. 82.

⁶²⁸GIUDICE, Federico del. **Código di procedura civile spiegato articolo per articolo.** 8. ed., Napoli: Simone, 2004, p. 726.

⁶²⁹PISANI, Andrea Proto. **La Nuova Disciplina dei Procedimenti Cautelari in Generale.** Roma: Foro Italiano, 1991, p. 81

⁶³⁰GIUDICE, Federico del. **Código di procedura civile spiegato articolo per articolo.** 8ª ed., Napoli: Simone, 2004, p. 726.

nei diritti di obbligo. Le opinioni più recenti, invece, hanno messo alla luce l'inesattezza di questa tesi, sotto la base della considerazione che l'ordinamento giuridico riconduce i diritti di credito alla categoria dei diritti soggettivi, tutelandoli come tali, e che ancora le pretese nate da un rapporto di obbligo possano causare un danno grave e irreparabile come conseguenza del ritardo nell'adempimento dell'obbligo: non è conseguenza l'estensione del rimedio che l'articolo 700 ancora ai diritti di obbligo, specialmente in quelle ipotesi in cui, per dare origine alla pretesa di un rapporto di natura obbligatoria, abbiano a ferire diritti della persona o di qualsiasi modo abbiano bisogno (di natura personale o economica), che non possano essere soddisfatte in modo diverso (es: si pensa al diritto del lavoro, illegittimamente licenziato o trasferito, la reintegrazione al posto di lavoro o la sospensione della decisione di trasferimento).

Sull'efficacia che l'anticipazione di tutela può valersi per raggiungere gli effetti pretesi dinanzi all'urgenza, intende Luiz Guilherme Marinoni che la dottrina italiana ammette la possibilità che la sentenza costitutiva ancora non passata in giudicato produca effetti immediatamente in certi casi, come anche l'esecuzione immediata della sentenza condannatoria derivata da richiesta condannatoria cumulata con richiesta costitutiva⁶³¹.

Aggiunge Federico del Giudice⁶³² che il rimedio previsto nell'articolo 700 del Codice di Processo Civile italiano è applicabile nel caso di azione costitutiva: in questo caso, infatti, la domanda cerca di attuare diritti potestativi a una modifica giuridica, la cui realizzazione dipenda da un pronunciamento (costitutivo) del giudice. Come conseguenza, si osserva, non aveva senso postulare una disposizione cautelare alla tutela di un diritto che, nell'esame del giudizio di merito, non possa essere considerato esistente per il pronunciamento del giudice (es.: trasferimento coattivo della proprietà per l'articolo 2932 del Codice Civile italiano). La giurisprudenza è, tuttavia, orientata nel senso di ammettere il processo, nel caso del presente articolo, per la tutela dei diritti potestativi che attuano mediante azione costitutiva necessaria. Lo

⁶³¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 57.

⁶³²GIUDICE, Federico del. **Código di procedura civile spiegato articolo per articolo**. 8ª ed., Napoli: Simone, 2004, p. 726.

stesso giurista non vede nessun problema con relazione all'uso del rimedio i questione nel caso di azione meramente dichiarativa⁶³³.

Ferrucio Tommaseo⁶³⁴ ammette l'anticipazione degli effetti di decisione pretesa i domanda dichiarativa o in domanda costitutiva. Intanto, riconosce che, per quanto riguarda l'effetto dichiarativo, esiste incompatibilità fra le nozioni di certezza (tipica della tutela dichiarativa) e di provvisorietà (relativa alle tutele concesse in carattere d'urgenza). In ragione di questo, afferma che, dinanzi alla subordinazione della tutela d'urgenza all'irreparabilità del danno e all'idoneità della misura per remediare il pericolo di danno, la situazione d'incertezza può essere indicatrice di danno irreparabile. Ma si può dubitare se la valutazione in termini di mera verosimiglianza del diritto del richiedente sia di per sé idonea per remediare il pregiudizio e per giustificare un apprezzabile interesse del richiedente in ottenere in sede urgente l'anticipazione della mera dichiarazione. Conclude che l'azione di conoscenza – la cui proposizione sarà onere della parte – servirà per trasformare la probabilità in certezza e per produrre quell'effetto dichiarativo che soltanto in modo improprio, può essere detto anticipato in sede cautelare.

Francesco Canelutti⁶³⁵, in esame della domande cautelari, si questionava se il giudice dichiarava o meno, in queste azioni, la certezza. E se dichiarava, cosa dichiara come certo. Rispondendo alla prima domanda diceva che, anche nel processo cautelare, il giudice deve decidere e, per decidere, deve scegliere; essendo lo stabilimento di certezza, in ultima analisi, una scelta, la certezza si rivolge anche al processo cautelare. Rispondendo alla seconda domanda, affermava che l'oggetto della dichiarazione di certezza riposa su meri fatti, in ragione dei quali è necessario, o almeno, opportuno che si inibisca, si elimini o si anticipi una modifica della situazione esistente fra le parti e, quindi, si disponga che si compiano altri fatti idonei a garantire lo sviluppo fruttuoso del processo di cognizione o d'esecuzione per la composizione della lite.

⁶³³ GIUDICE, Federico del. **Código di procedura civile spiegato articolo per articolo**. 8ª ed., Napoli: Simone, 2004.

⁶³⁴ TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria**. Padova: CEDAM, 1983, p. 257/259.

⁶³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 417/419.

Con visione più restrittiva, Gianpiero Samori⁶³⁶, intende che non sarebbe possibile neppure una dichiarazione sommaria, perché inesiste utilità pratica di tale misura, considerando l'inidoneità della decisione per garantire una concreta utilità all'autore, che non può pretendere di utilizzare come fonte di legittimazione di una condotta. Pure restringendo l'uso della tutela anticipata nelle domande di natura dichiarativa, Giorgetta Basilico e Massimo Cirulli intendono che l'effetto dichiarativo della situazione sostanziale controversa non è soggetto a anticipazione, per essere vincolato inscindibilmente al passaggio in giudicato della sentenza, secondo la dizione dell'articolo 2909 del Codice Civile Italiano: se la sentenza non passa in giudicato, non c'è dichiarazione e non esiste certezza giuridica sulla situazione controversa⁶³⁷.

Così, è facile percepire vari punti di contatto fra l'ordinamento processuale civile italiano e il diritto processuale civile brasiliano. Anche se in Italia la tutela d'urgenza non sia stata, come è successo in Brasile, oggetto di trattamento dettagliato del legislatore, esistono meccanismi che rendono possibile l'anticipazione degli effetti della tutela.

Si vede, dunque, che la tecnica di anticipazione della tutela – sia cautelare o di merito – presenta delle differenze significative, quando si paragona il sistema processuale italiano con quello brasiliano, in modo che si può affermare che la tutela cautelare è ciò che di più simile si trova in quest'oceano di differenze che separano i due ordinamenti.

3.2. Tecniche di sommarizzazione formale come mezzi di effettivazione del diritto fondamentale al processo in tempo ragionevole

Oltre alle tecniche di sommarizzazione materiale, anche le modalità di redazione dei provvedimenti possono costituire uno degli strumenti per ridurre i tempi di definizione dei procedimenti⁶³⁸.

Nel Brasile, a partire dagli anni '90, diversi sono i movimenti legislativi per la semplificazione, *deformalizzazione e democratizzazione del processo*⁶³⁹.

⁶³⁶ SAMORI, Gianpiero. La tutela cautelare dichiarativa. In **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, 1995, p. 949 e seguenti.

⁶³⁷ BASILICO, Giorgetta; CIRULLI, Massimo. **Le condanne anticipate no processo civile di cognizione**. Milão: Gufre, 1998, p. 31.

⁶³⁸ LUPO, Ernesto. **Motivazione semplificata di sentenze e di ordinanza decisorie civili**. In *Giustizia insieme*, Roma: Aracne editrice, 2011, 1/2, 217/220.

Da allora, il processo civile brasiliano viene passando per un momento di profonda modificazione.

Frutto di questo, innumerevoli sono le tecniche di sommarizzazione formale che sono state incorporate all'ordinamento brasiliano per far diventare il processo civile più agile e anche giusto. Come esempi di queste tecniche e cercando, quando possibile, di tracciare un parallelo con il processo civile italiano, tratteremo (1) della sentenza iniziale di improcedenza; (2) della summa vincolante; e (3) dei tribunali Speciali Civili.

Nei paesi affiliati al sistema romano-germanico, come l'Italia e il Brasile è sempre esistita la preoccupazione con la norma scritta, con la sistematizzazione di principi generali a scapito di particolarismi⁶⁴⁰, in cui malgrado la sovrania assoluta della legge non passi di mera finzione, perché, nei paesi che adottano la *civil law*, il diritto non è oriundo soltanto dal processo legislativo, essendo irrecusabile il suo sorgimento in ragione del lavoro di interpretazione e applicazione realizzato dai giudici e tribunali⁶⁴¹.

Il sistema della *common law*⁶⁴² — utilizzato in diversi paesi, ma avendo origine nel diritto inglese — ha nella dottrina dello *stare decisis* una delle sue basi di appoggio⁶⁴³. Tale dottrina, intesa come l'applicazione del precedente⁶⁴⁴

⁶³⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini. **Mudanças estruturais no processo civil brasileiro**. In Revista de Direitos Fundamentais, n. 1, 2006, p. 199.

⁶⁴⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

⁶⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 68.

⁶⁴² La *comuneley* ou *common law* è, per opposizione ai costumi locali, il diritto comune a tutta l'Inghilterra. L'elaborazione della *comuneley*, diritto inglese e comune a tutta l'Inghilterra, sarà opera esclusiva dei Tribunali Regali di Giustizia, volgarmente designati con il nome del luogo in cui si devono stabilire a partire dal secolo XIII, Tribunais de Westminster. (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 286)

⁶⁴³ Questo senso inglese della realtà è anche la base Del senso inglese della storia, dell'amore dell'inglese per la tradizione. Antiche usanze, antiche forme di um remoto, ormai pallido passato si sono tramandate fino al iorno d'oggi. L'inglese si è affezionato a queste antiche forme, anche se egli si dà l'aria di non averle in gran conto. (RADBRUCH, Gustav. **Lo spirito del diritto inglese**. Trad. Alessandro Baratta. Milão: Giuffrè, 1962, p. 10)

⁶⁴⁴ In questo sistema, l'idea di vincolazione del giudicato precedente alle domande somiglianti è sorto nel secolo XIX, quando la Camera dei Lord ha ammesso il carattere vincolativo delle sue proprie decisioni nei casi *Beamish v. Beamish* in 1861, referendato nel caso *London Street Tronways v. London County Council*, quest'ultimo considerato come il più celebre case (ASCENÇÃO, J. Oliveira. **Fontes do Direito no sistema do "Common Law"**. In Revista de Direito Público n° 35-36, jul./dez., 1975, p. 12)

per la soluzione di casi analoghi pendenti o futuri, è usata con l'intuito di conferire previsibilità e sicurezza al giudizio delle domande giudiziali⁶⁴⁵.

Sebbene di matrici diverse, i sistemi della *civil law* e della *common law* stanno avendo una sensibile riduzione nelle loro differenze strutturali⁶⁴⁶, in modo che esse tendono a diventare sempre più meno evidenti di quanto siano già state⁶⁴⁷. Tanto è vero che da una parte, i paesi della *common law* si vengono avvalendo paulatinamente di leggi scritte – come, ad esempio, l'Inghilterra, quando adotta un Codice di procedimenti civili (*Civil Procedure Rules*⁶⁴⁸) – e i paesi che adottano il sistema della *civil law* si sono serviti sempre più di dogmi oriundi dal diritto anglo-sassone, come la teoria dei precedenti giudiziali⁶⁴⁹⁶⁵⁰. Sul tema, Michele Taruffo⁶⁵¹ ha già percepito “la grande importanza che l'impiego del precedente e della giurisprudenza riveste nella vita del diritto di tutti gli ordinamenti moderni”.

E questa idea prende forma a partire dal momento in cui si supera la figura del giudice come mero applicatore della legge al caso concreto e si riesce a vederlo trasformare la giurisdizione in attività creativa della norma giuridica del caso concreto, come anche si crea, ante volte, la propria regola astratta che deve regolare il caso concreto⁶⁵², mettendosi da parte l'opinione che il Potere Giudiziario solo esercita la funzione di legislatore negativo, per capire che esso

⁶⁴⁵ MILLER, Cristiano Simão. SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. **A importância do precedente judicial no direito processual civil brasileiro e o julgamento dos recursos repetitivos.** In Inter Science Place, Ano 4 - N° 18 Julho/Setembro, 2011, p. 02.

⁶⁴⁶ In questo senso: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo.** In Temas de Direito Processual, 9ª série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

⁶⁴⁷ PARENTE, Eduardo Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização.** São Paulo: Atlas, 2006, p. 17.

⁶⁴⁸ Il quale, nel suo articolo 1º, stabilisce che “These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.”

⁶⁴⁹ MILLER, Cristiano Simão. SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. **A importância do precedente judicial no direito processual civil brasileiro e o julgamento dos recursos repetitivos.** In Inter Science Place, Ano 4 - N° 18 Julho/Setembro, 2011, p. 02.

⁶⁵⁰ Come concetto di precedente giudiziale, si adotta quello coniato da Karl Larenz: “sono le risoluzioni in cui la stessa questione giuridica, sulla quale bisogna decidere nuovamente, è stata già risolta una volta da un altro Tribunale in un altro caso. (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad. José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611)

⁶⁵¹ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza.** In Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, n° 3, p. 709.

⁶⁵² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 12ª ed., vol1, Salvador: JusPodivm, 2010, p. 70.

rende concreto l'ordinamento giuridico di fonte al caso concreto⁶⁵³. Qui, serve il riferimento alla lezione di Antonio Cavallaro⁶⁵⁴

L'attività del giudice di interpretazione ed adeguamento del diritto scritto alla realtà e la trasformazione di questo in 'diritto in azione' fa assumere all'interprete un ruolo rilevante ai fini della effettività nell'ordinamento dei precetti posti dalla legge: egli, non essendo automatico strumento di sussunzione del fatto nella norma, filtra tra il caso concreto ed il comando astratto assumendo un ruolo quantomeno di integrazione e rifinitura del quadro normativo predisposto in linea generale dal legislatore. In questa ottica, il precedente giudiziario è da tempo oggetto di analisi in merito agli effetti di una giurisprudenza come fonte del diritto.

Quindi, è assolutamente ragionevole che, dinanzi a questioni identiche, lo Stato, prestando la tutela giurisdizionale, presenti alle parti la stessa risposta, risolvendo i litigi con la stessa identità che gli caratterizza, in modo di garantire, allo stesso tempo, il principio della celerità e il principio dell'isonomia⁶⁵⁵.

Sotto tali lenti, sono state editate due leggi nel Brasile introducendo tecniche di sommarizzazione formale che cercano, allo stesso tempo, di prestigiarne i precedenti già stabiliti dai tribunali, uniformizzare la risposta del Potere Giudiziario ai cittadini e abbreviare il tempo di durata del processo. La prima è stata la Legge n° 11.227/2006 e, la seconda, è stata la Legge n° 11.417/2006. Hanno inaugurato nel diritto processuale brasiliano, rispettivamente, il "giudizio prima facie" e la "summa vincolante".

Inoltrando il Progetto Legge che diventerebbe la Legge 11.227/2006, l'allora Ministro della Giustizia Márcio Thomaz Bastos ha scritto, nella rispettiva esposizione di motivi per la nuova legge, che:

Da tanto tempo sorgono proposte e suggerimenti, nei più diversi ambiti e settori, di riforma del processo civile. Manifestazioni di entità rappresentative, come l'Istituto Brasiliano di Diritto Processuale, l'associazione dei Magistrati

⁶⁵³ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 34.

⁶⁵⁴CAVALLARO, Antonio. *Terzietà del giudice e creatività della giurisprudenza: il valore del precedente*. *Ini-lex*, 11, 2010, p. 455.

⁶⁵⁵FICHTNER, José Antonio e MONTEIRO, André Luís. *Sentença de julgamento imediato do mérito: algumas considerações sobre o art. 285-A do CPC*. *In Revista dialética de direito processual*, n. 76, p. 48-65, jul., 2009, p. 49.

Brasiliiani, l'Associazione dei Giudici Federali del Brasile, di organi del Potere giudiziario, del Potere legislativo e del proprio Potere esecutivo sono consoni in affermare la necessità di modifica di dispositivi del Codice di Processo Civile e della legge di tribunali speciali, per conferire efficienza alla tramitazione di fatto ed evitare la morosità che attualmente caratterizza l'attività in questione. La proposta va in questo senso, al creare meccanismo che permette al giudice, nei casi di processi ripetitivi, in cui la materia controversa sia unicamente di diritto, e nel giudizio ci sia già sentenza di totale improcedenza, dispensare la citazione e proferire decisione riproducendo quella prolatata in precedenza. Il suggerimento si trova d'accordo con i precetti che orientano la politica legislativa di riforma infracostituzionale del processo, sottolineando che la proposta protegge il diritto dell'autore di appellare della decisione, possibilitando, ancora, la cassazione della stessa da parte del giudice, e il proseguimento della domanda in prima istanza.

Essendo entrata in vigore nel Brasile in febbraio del 2006, la Legge 11.227, ha inserito l'articolo 285-A nel Codice di Processo Civile, con la seguente redazione

Art. 285-A. Quando la materia controversa sia unicamente di diritto e nel giudizio sia già stata proferita sentenza di totale improcedenza in altri casi identici, potrà essere dispensata la citazione e proferita sentenza, riproducendosi il tenore di quella prolatata precedentemente.

§ 1º Se l'autore appella, è facoltato al giudice decidere, nel termine di 5 (cinque) giorni, non mantenere la sentenza e determinare il proseguimento dell'azione.

§ 2º Caso sia mantenuta la sentenza, sarà ordinata la citazione dell'imputato per rispondere al ricorso.

La regola in esame tenta prestigiarne il principio della durata ragionevole del processo, presente nell'inc. LXXVIII dell'art. 5º della Costituzione Federale, evitando la pratica di atti inutili alla formazione del convincimento del magistrato⁶⁵⁶ e rompe certamente con i principi e regole del processo civile tradizionale⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. Volume 1, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pp. 324/325.

⁶⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mudanças estruturais no Processo civil brasileiro**. In Revista de Direitos e Garantias Fundamentais - nº 1, 2006, p. 217.

Istituendo la cosiddetta “sentença *prima facie*”, la norma permette che il giudice, *in limine*, giudichi improcedente – quindi, con esame di merito e con forza di cosa giudicata materiale– richiesta identica a quella che era già stata giudicata totalmente improcedente nello stesso giudizio⁶⁵⁸. Per questo bisogna che: a) la richiesta ripetuta sia identica alla precedente; b) che la richiesta precedente sia stata giudicata totalmente improcedente; c) che il giudizio precedente di improcedenza sia stato proferito nello stesso giudizio; d) che la materia sia unicamente di diritto⁶⁵⁹.

Humberto Teodoro Junior⁶⁶⁰, sull’articolo in commento, ha segnalato che

L’art. 285-A, introdotto nel Codice dalla Legge Lei n° 11.277/06, impiega la stessa tecnica di economia processuale alle cause in serie o ripetitive, tanto comuni a riguardo dei diritti dei servitori pubblici e gli obblighi tributari o previdenziali. Uno stesso tema, su un’unica questione di diritto, si ripete stancantemente, per centinaia e perfino migliaia di volte. Per evitare che gli innumerevoli processi sui casi analoghi obblighino a ripercorrere inutilmente tutto l’itinerario procedimentale, per finire, lungo tempo dopo, in un risultato già previsto, con totale sicurezza, dal giudice della causa, dalla proposizione della domanda, l’art. 285- A ha munito il giudice del potere di, prima della citazione dell’imputato, proferire la sentenza di improcedenza *prima facie* della richiesta portata nell’iniziale..

Il giudizio *prima facie* è autorizzato, quindi, solo se si tratta di causa ripetitiva, cioè, causa che verte sulla questione giuridica oggetto di processi simili (e non “identici” come riferisce il legislatore). È ciò che succede nei litigi di massa, come le cause previdenziarie, quelle tributarie, quelle che coinvolgono impiegati pubblici, consumatori, ecc., soggetti che si trovano in una situazione di fatti giuridica somigliante. In queste cause, si discute normalmente la stessa tesi giuridica, distinguendosi soltanto i soggetti del rapporto giuridico messo in

⁶⁵⁸ Sentenza di improcedenza è quella che rifiuta la richiesta dell’autore con base nel 269, I del CPC, cioè, è quella che dichiara che l’autore non ha il diritto che afferma di avere nella sua richiesta iniziale. E totale improcedenza solo può essere intesa come rifiuto totale della richiesta dell’autore. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 126)

⁶⁵⁹ JUNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 482.

⁶⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 14/15.

discussione. Sono cause che potrebbero essere riunite in un'azione collettiva. Sono esempi: discussione di aumento per una categoria professionale, inesigibilità di certo tributo, determinato diritto dinanzi ad una concessionaria di servizi pubblici, ecc. Se il magistrato fosse già arrivato, in altri processi, alla conclusione che quella pretesa non deve essere accolta, resta dispensato di citare l'imputato, potendo giudicare in precedenza il merito della causa⁶⁶¹.

Si deve allontanare, subito, la conclusione che il novello art. 285-A del Codice di Processo Civile Brasiliano si riferisca all'identità di azioni, di fronte all'inallontabile ostacolo rappresentato dalle obiezioni di litispendenza e cosa giudicata, a impedire molteplicità di giudizi coinvolgendo la stessa causa (CPC, art. 267, V e VI). L'identità risiede nella questione di diritto già affrontata precedentemente, cioè, nella stessa tesi di diritto e nella medesima pretesa mantenuti gli stessi quadri dei fatti esposti nelle rispettive cause, in modo che la non coincidenza assoluta fra di esse risulta dalla diversità delle parti, o, almeno, di una di esse. In altre parole, il precedente sarà presente quando coincidenti, nel paradigma e nella causa da essere giudicata, la materia giuridica e i fondamenti dei fatti, pur diverse le parti⁶⁶². E complementa Leonardo Cunha dicendo che casi identici, come riferiti nell'articolo in analisi, costituiscono quelli riguardanti le domande di massa, che si moltiplicano, con la stessa argomentazione, solo adattandosi al caso concreto, con l'adattamento dei nomi e di alcuni dati personali suoi. In questi casi ripetuti, le cause di chiedere e le richieste sono diverse in ognuna delle domande: ogni autore ha un rapporto giuridico diverso con la parte contaria, subendo una lesione o minaccia propria, che non si confonde con la posizione di ognuno degli autori delle altre domande. L'oggetto, a sua volta, di ogni domanda è proprio: ogni autore otterrà un bene o un vantaggio proprio. Quello che si identifica, che è uguale in tutte le domande è l'argomentazione o fondamentazione giuridica⁶⁶³. Importa chiarire, intanto, che la sentenza proferita in azione precedente non potrà essere approfittata ai fini dell'art. 285-A, se nell'azione susseguente ci fossero dei

⁶⁶¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12ª ed., vol1, Salvador: JusPodivm, 2010, p. 448.

⁶⁶² MARCATO, Antônio Carlos. **Julgamento de Plano de Causas Repetitivas**. In RDC Nº 70 – mar/abr, 2011, p. 108.

⁶⁶³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa)**. In Revista dialética de direito processual, nº 39, São Paulo: Dialética, jun. 2006, p. 96.

fondamenti nuovi, sui quali dovrà manifestarsi il giudice, sotto pena di proferire sentenza omissa⁶⁶⁴.

Cura particolare che deve essere presa nella gestione della norma sotto analisi, si riferisce alla necessità che la sentenza da usare come paradigma al giudizio *prima facie* sia stata proferita dallo stesso giudice. Può, perfino, usarsi una sentenza di un altro giudizio perché il giudizio che ha ricevuto il nuovo “processo ripetitivo” produca la sua propria “sentenza-modello”, ma, come detto, l’applicazione dell’art. 285-A in questa situazione presuppone l’esistenza di altre sentenze nello stesso senso di fronte a uno stesso giudizio⁶⁶⁵. Come se non bastasse, Arruda Alvim pondera ancora che, considerando che il sistema giuridico-processuale mostra evidente preferenza per intese sintetizzate o, persino, manifestati da giurisprudenza dominante, il nuovo art. 285-A del CPC deve essere inteso in questo contesto; dovendo il giudice evitare la riproduzione di sentenze che adottino orientamento contrario a quello manifestato da organo giurisdizionale che sia a lui ierarchicamente superiore, specialmente dal STF e dal STJ, già che una sentenza proferita in questo modo, giustamente per distonare di orientamento dominante o sintetizzato, sarà fatalmente oggetto di appello. Non essendo così, l’applicazione dell’art. 285-A potrebbe risultare in manifesto spreco di tempo e di attività giurisdizionale, e ciò sarebbe fuori sintonia con la garanzia costituzionale della durata ragionevole e celerità della tramitazione del processo (CF, art. 5º, LXXVIII, inserito dalla EC 45/2004)⁶⁶⁶.

La possibilità di un giudizio di merito *prima facie*⁶⁶⁷, sebbene sia positività nell’ordinamento brasiliano, ha trovato serie restrizioni da parte della dottrina. Infatti, Daniel Mitidiero⁶⁶⁸ apponta che

⁶⁶⁴MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69.

⁶⁶⁵BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78.

⁶⁶⁶ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 2, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 245.

⁶⁶⁷Che non si deve confondere con l’anticipazione della tutela trattata precedentemente nel presente studio, nella misura in cui si trattano decisioni proferite con cognizione ed efficacia temporale diverse.

⁶⁶⁸MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, pp. 173/174.

Tale dispositivo ha come obiettivo razionalizzare il servizio giudiziario, facendolo diventare più efficiente. Non ci sembra, tuttavia, che l'art. 285-A, CPC, partecipi della "effettività virtuosa", a cui la Costituzione esplicitamente presta rifugio. Ci sembra, anzi, che questo espediente di sommarizzazione strumentale mantenga appunto rapporti con l'altro aspetto dell'effettività, indentificato in altri tempi da Carlos Alberto Alvaro de Oliveira come "effettività perniciosa", che si trova in aperto conflitto con i diritti fondamentali stampati nel nostro formalismo processuale. Infatti, con il pretesto di agilizzare l'andamento dei fatti, pretende il legislatore soffocare il carattere dialettico del processo, in cui il dialogo giudiziario, orientato dai diritti fondamentali, rende propizio l'ambiente d'eccellenza per la ricostruzione dell'ordine giuridico e conseguente ottenimento di decisioni giuste. Si liquida il contraddittorio, sottraendosi dalle parti il potere di convincere l'organo giurisdizionale dell'accerto dei suoi argomenti. Si sostituisce, insomma, l'accertata combinazione di una legittimazione materiale e processuale delle decisioni giudiziali per una quesionabile legittimazione per l'efficienza dell'apparato giudiziario, che, a suo tempo, può facilmente finire nella soppressione del carattere assiologico ed etico del processo e di sua vocazione a punto di confluenza di diritti fondamentali.

E le dure critiche lanciate al dispositivo ultrapassano le frontiere della tecnica processuale e invadono i campi della ierarchia e verticalità delle leggi. Infatti, per Wambier, Wambier e Medina⁶⁶⁹,

Il nuovo art. 285-A è una dimostrazione eloquente e lamentabile della tentativo di risolvere i grandi problemi strutturali del Paese (inclusive del processo) per la via della negativa di fruizione di garanzie costituzionali.

Intendiamo, però, per la costituzionalità del dispositivo, perché la proposizione dell'azione in sé stessa genera effetti per l'autore e per l'organo giudiziale. Intanto, a riguardo dell'imputato questi effetti solo si producono dopo la citazione valida⁶⁷⁰. Perciò, non avendo l'imputato sofferto qualsiasi conseguenza per la sentenza *prima facie* – perché solo ammessa quanto all'improcedenza della richiesta formulata dall'autore -, non si può considerare

⁶⁶⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova sistemática processual civil**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.

⁶⁷⁰ FUX, Luiz. **A reforma do processo civil**. 1ª ed., Niterói/RJ: Impetus, 2006, p. 24.

che ci sia violazione a qualsiasi diritto fondamentale processuale a lui garantito. Humberto Theodoro Júnior⁶⁷¹, sulla questione, ha scritto che

Il giudizio iniziale, nelle forme tracciate dall'art. 285-A, non aggredisce il dovuto processo legale, in quanto riguarda le esigenze del contraddittorio e l'ampia difesa. La previsione di un giudizio di ritrattamento e di ricorso di appello assicura all'autore, con la necessaria adeguazione, un contraddittorio sufficiente per l'ampio dibattito attorno alla questione di diritto affrontata e risolta *in limine litis*.

Oltre a questo, capiamo anche che il citato articolo rivela tecnica capace di generare beni risultati in modo individuale (le parti del processo) e collettivo (alla società).

In modo individuale, l'imputato avrà i suoi diritti e interessi salvaguardati interamente, senza la necessità di contrattare servizi avvocatizi, senza sborsare valori che richiederebbero considerevole sforzo per il suo rimborso, non sempre integrale; senza dover passare per la sempre stressante esperienza di partecipare di un processo giudiziale⁶⁷². E, caso l'autore ricorra della decisione, lui sarà citato per rispondere al ricorso (art. 285-A, §2º) e avrà ampia margine per difendersi, sia perfettamente incorniciata nella decisione presa come supporto della sentenza, sia argomentando che la decisione ormai consolidata deve essere mantenuta e, così, che il fondamento dell'azione deve essere rifiutato⁶⁷³. L'autore, invece, oltre ad avere un pronta risposta alla sua richiesta – pur non essendo quella pretesa da lui – sarà libero degli oneri della soccombenza. Di modo collettivo, si evita la ripetizione di domande e, di conseguenza, che ci sia bloccaggio nella macchina giudiziaria, viabilizzando una prestazione giurisdizionale più giusta e tempestiva a tutti. Convergente è la lezione di José Tesheiner⁶⁷⁴

⁶⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18.

⁶⁷² BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. **O julgamento liminar de improcedência da demanda da ótica do réu: (art. 285-A)**. In *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1323.

⁶⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 355.

⁶⁷⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. **Crítica à investida de Mitidiero contra o artigo 285-A do CPC**. Disponibile in: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060429critica.php>.

Il nuovo dispositivo favorisce il domandante, perché lo libera dalla condanna in onorari avvocatizi; favorisce il domandato, perché non lo perturba; favorisce l'apparato giurisdizionale, perché riduce il numero di processi in tramitazione inutile.

Lasciandosi dietro l'analisi della sentenza *prima facie* nel diritto processuale brasiliano, si passa all'affrontamento di un'altra grande novità portata, in questo modo, dalla legge n° 11.417/2006, com'è la "summa vincolante".

Inizialmente corrisponde il riferimento al fatto di cui la citata legge soltanto ha regolato il procedimento per l'edizione delle summe vincolanti nel diritto brasiliano. La matrice dell'istituto è stata la Modifica Costituzionale n° 45 del 2004, che ha inserito nel testo della Costituzione brasiliana l'articolo 103-A, con il seguente tenore

Art. 103-A. Il Supremo Tribunale Federale potrà, d'ufficio o per provocazione, mediante decisione di due terzi dei suoi membri, dopo ripetute decisioni sulla materia costituzionale, approvare summa che, a partire della sua pubblicazione nella stampa ufficiale, avrà effetto vincolante in relazione agli altri organi del Potere Giudiziario e all'amministrazione pubblica diretta e indiretta, nelle sfere federale, statale e municipale, come anche procedere alla sua revisione o cancellamento, nella forma stabilita in legge.

§ 1° La summa avrà come obiettivo la validità, l'interpretazione e l'efficacia di norme determinate, circa le quali ci sia controversia attuale fra organi giudiziari o fra questi e l'amministrazione pubblica che porti con sé grave insicurezza giuridica e rilevante moltiplicazione di processi sulla questione identica.

§ 2° Senza pregiudizio di ciò che venga ad essere stabilito in legge, l'approvazione, revisione o cancellamento di summa potrà essere provocata da coloro che possono proporre l'azione diretta d'incostituzionalità.

§ 3° Dall'atto amministrativo o decisione giudiziale che contrarietà la summa applicabile o che indovutamente l'applicherá, corrisponderá reclamazione al Supremo Tribunale Federale che, giudicandosi procedente, annullerá l'atto amministrativo o casserá la decisione giudiziale reclamata, e determinerá che un'altra sia preferita con o senza l'applicazione della summa, conforme il caso.

La summa vincolante⁶⁷⁵, conforme delimitata nel testo costituzionale consacra una tradizione della Corte Superiore brasiliana (edizione di summe) già conosciuta dagli anni '60. Già all'inizio della metà del secolo scorso, l'edizione di summe da parte della Corte è stata considerata necessaria, dinanzi al significativo lavoro che arrivava al Supremo Tribunale Federale, in domande identiche, essendo fortemente ispirate dal Ministro, a quell'epoca, Victor Nunes Leal. In questo senso, la summa si giustificava come un metodo di lavoro che sistematizzava decisioni ripetute, sulla materia anche ripetute, che invariabilmente implicavano in un sovraccarico di lavoro, ostante dall'analisi più accurata a riguardo dei casi differenti e caratteristicamente più complessi. Para Leal⁶⁷⁶, l'elaborazione delle summe significava l'adozione di metodo di lavoro

⁶⁷⁵ Il Brasile ha passato ad avere leggi proprie solo dall'anno 1850, attraverso il regolamento 737. Tuttavia, nel 1875, il Decreto n° 2.684 non solo ha inserito nell'ordinamento giuridico patrio i registri preesistenti in Portogallo e in Brasile, ma anche ha conferito al Supremo Tribunale di Giustizia di allora, autorizzazione per rilasciare nuovi registri rivestiti di efficacia vincolante, essendo questa fase durata fino all'avvento della Repubblica. Con la creazione del Supremo Tribunale Federale, nel 1891, e la previsione del ricorso straordinario, ha lasciato di avere riferimento esplicito alla valutazione di precedenti, sebbene la finalità di tale Corte fosse esattamente preservare l'autorità e l'uniformità nell'applicazione della Costituzione e delle leggi federali – che non cercava altro che non fosse conferire previsibilità ai giudizi, di fronte a dei precedenti su materie somiglianti. Nei primi decenni del secolo scorso, alcune legislazioni isolate - normalmente con efficacia ristretta al Distretto Federale (Decreto n° 16.273/23) o ad un determinato Stato (Codice di Processo Civile e Commerciale dello Stato di São Paulo) — hanno cominciato ad adottare il cosiddetto pregiudicato, con la finalità di evitare interpretazione divergente, senza, tuttavia, conferire a tale figura efficacia vincolante, essendo che nello stesso senso è andato avanti, anni dopo, il Codice di Processo Civile del 1939 (art. 861). Già nell'anno 1943, il Consolidamento delle Leggi del Lavoro (Decreto-Legge n° 5.452/43), per mezzo del suo articolo 902, §1°, ha istituito il pregiudicato lavorativo, ma in questo modo conferendo a tale precedente un'efficacia vincolante, avendo tale dispositivo legale avuto vigore fino all'anno 1982, quando, quindi, è stato escluso dall'ordinamento giuridico attraverso la Legge n° 7033/82. Nell'anno 1963, importante passo è stato fatto nel senso di avere una più grande valorizzazione del precedente giudiziale. Così è stato che la Modifica Costituzionale del 28.08.1963 ha aperto la possibilità affinché il Supremo Tribunale Federale istituisse le Summe della Giurisprudenza Predominante, con influenza puramente persuasiva e non vincolante. Il Pre Progetto de Codice di Processo civile del 1973, a sua volta, ha cercato di inserire nuovamente la figura dei registri nell'ordinamento patrio, questa volta con forza vincolante, nella misura in cui prevedeva che l'uniformizzazione della giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale sarebbe avvenuta attraverso tali strumenti, che avrebbero forza di legge in tutto il territorio nazionale. Tale strumento con forza obbligatoria, come si sa, non ha avuto successo nella versione approvata dal Codice di Processo Civile del 1973, avendo il legislatore previsto soltanto l'incidente di uniformizzazione di giurisprudenza, con l'intuito di produrre precedenti senza efficacia vincolante. Infine, più recentemente, la Modifica Costituzionale n° 45/2004 ha inserito nel testo costituzionale quello dell'art. 103-A, per mezzo del quale ha ricevuto il Supremo Tribunale Federale autorizzazione per produrre Summe vincolanti, materia che posteriormente ha ricevuto la dovuta regolamentazione attraverso la Legge n° 11.417/2006. (MILLER, Cristiano Simão. SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. **A importância do precedente judicial no direito processual civil brasileiro e o julgamento dos recursos repetitivos.** In Inter Science Place, Ano 4 - N° 18 Julho/Setembro, 2011, pp. 04/05)

⁶⁷⁶ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. Arquivos do Ministério e Negócios Internos, ano XXII, dez. 1964, n. 92, p. 16.

che permettesse il suo giudizio sicuro, più rapido, abolendo formalità e sdoppiamenti protelatori. Questi casi, per la frequenza con cui si riproducono, restano spogliati di importanza giuridica e non giustificano perdita di tempo.

Un'altra nuance della tradizione costituzionale patria, che si consolida con la ricezione della summa dalla Modifica Costituzionale 45 è il carattere vincolante, riconosciutamente avvenuto dall'attività di controllo concentrato di costituzionalità, attraverso il quale un'intesa supera l'interesse delle parti determinabili, collocandosi come diritto applicabile a tutti e tutte, cosiddetto effetto *erga omnes*.

Per quanto riguarda l'edizione delle summe vincolanti, si deduce dalla redazione inclusa nella Carta costituzionale che questa si può dare per l'attuazione d'ufficio della propria Corte o, ancora, quando essa sia provocata mediante l'approvazione di, almeno, due terzi dei suoi membri. Per Salomão Leite⁶⁷⁷, l'elaborazione e approvazione di queste deve, anche, osservare critesi riferiscono: (a) la manifesta controversia sul tema in analisi, sia fra organi della struttura giudiziaria, sia fra queste e l'Amministrazione Pubblica, che importi in insicurezza giuridica; (b) controversie queste che implicano in una sostanziale attività processuale sulla stessa materia, esigendo dal Supremo Tribunale Federale manifestazioni ripetute. Si nota che si tratta di un fenomeno che si retro alimenta, nella misura in cui la controversia genera la necessità di diverse azioni giudiziali che si spostano e mobilitano la Corte superiore alla quale incombe l'apprezzamento di tali materie.

La summa vincolante, di forma immediata, permette, l'interpretazione uniforme di materia controversa nei diversi organi giudiziari, ciò che porta in casi di domande identiche a risultati uguali. La summa vincolante, quindi, visa a congelare l'interpretazione, perché sta essendo trasformata in testo universalizzante, creando più testi, cioè, più norma, nel tentativo di risolvere la strapiena del Potere Giudiziario⁶⁷⁸. D'altra parte, dialoga mediatamente, con l'esigenza di celerità nella prestazione della tutela giurisdizionale, che si

⁶⁷⁷ LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15.

⁶⁷⁸ BALESTEIRO, Gabriela Soares. **A celeridade processual e a padronização das decisões com as sumulas vinculantes: o direito ao contraditório**. In Revista de estudos jurídicos, ano 15, nº 22, 2011, p. 340.

renderà viabile dal posizionamento già sintetizzato dal Supremo Tribunale. Nella lezione di Mancuso⁶⁷⁹

Fra i motivi determinanti dell'implemento della summa vincolante, si trova la rinviabile adozione di misura idonea a contenere la caotica dispersione di azioni giudiziali sullo stesso tema, pratica che progetta fatti perversi, sia per lo Stato-giudice, che si vede sopraffatto con il sovraccarico di servizio, sia per il giurisdizionato, che riceve una risposta tardiva e di contenuto imprevisibile.

In questo senso, la creazione della summa vincolante, sembra alleare bene: sicurezza e durata ragionevole del processo, concetti questi che convivono in permanente tensione e sfidano il quotidiano di prestazione della tutela giuridica. Così, nella dizione di Grinover⁶⁸⁰, la norma costituzionale esplicita che la summa avrà come obiettivo superare controversia attuale sulla validità, l'interpretazione e l'efficacia di norme determinate capace di generare sicurezza giuridica e rilevante moltiplicazione di processi.

Se la summa vincolante, da una parte, operazionalizza la celerità processuale, d'altra parte non lascia allo scoperto la sicurezza giuridica, perché porta la sua efficacia oltre le parti, dato il suo effetto *erga omnes*. Allo stesso tempo in cui determina l'uniformizzazione e il trattamento dato dal giudiziario alle parti – per mezzo del carattere vincolativo nelle sue diverse istanze – vincola anche l'Amministrazione Pubblica⁶⁸¹. Oltre a questo, la summa vincolante agisce sul controllo di costituzionalità, che si rende viabile dall'istituto della "reclamazione"⁶⁸², che può desiderare tanto la cassazione della sentenza in disconformità con il comando dato dalla summa, come l'annullazione dell'atto

⁶⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 346.

⁶⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mudanças estruturais no processo civil brasileiro**. In Revista de Direitos Fundamentais, n. 1, 2006, p. 215.

⁶⁸¹ MENDES, Gilmar. **A reforma do sistema judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no país**. Disponibile in http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/discParisport1.pdf. Accesso il 12 agosto 2012, pp. 4/6.

⁶⁸² Art. 103-A, §3º, della Costituzione Brasiliana.

amministrativo trattato da essa⁶⁸³. In questo senso, Gilmar Mendes⁶⁸⁴, afferma che

La summa vincolante ha come obiettivo vincolare direttamente gli organi giudiziari e gli organi dell'amministrazione pubblica, rendendo possibile che qualunque interessato faccia valore l'orientamento del Supremo Tribunale Federale. Tale istituto compie un'evidente funzione di stabilizzazione di aspettativa e di sfogamento del Potere Giudiziario in genere e, specificamente del Supremo Tribunale Federale. L'affermazione dell'obbligatorietà del rispetto alle decisioni sintetizzate dal Supremo Tribunale Federale, da tutti gli altri giudizi e tribunali, come anche dagli organi dell'amministrazione pubblica, risulta in disincentivo alla giurisdizione di conflitti riguardanti temi sintetizzati, la cui decisione finale sia prevedibile con grado massimo di certezza.

Secondo Mancuso⁶⁸⁵, è possibile sistematizzare altre caratteristiche delle summe vincolanti che delineano il suo carattere efficace. Fra i quali, si distaccano: strumento di controllo sui comportamenti sociali, visto che manifesta l'intendimento del potere giudiziario su determinato argomento; costituisce conoscenza previa delle decisioni giudiziali, perfezionando la sicurezza giuridica a riguardo della decisione da essere data nel caso concreto; si consolida come fonte normativa; diventa inerente al convincimento del giudice; allontana la contraddizione delle decisioni giudiziali nei differenti gradi e istanze della giurisdizione; incide sul tempo di durata del processo, nella misura che prevede la disposizione giudiziale.

Si può dire, quindi, che le summe corrispondono a un impegno che si rivolge allo stesso tempo, internamente al potere giudiziario e, esternamente, in relazione ai giurisdizionati a riguardo del suo diritto d'azione. Inoltre, le decisioni che contraddicono le interpretazioni di cui trattano le summe, devono essere

⁶⁸³ LOBO, Arthur Mendes. **Breve Comentário sobre a regulamentação da súmula vinculante.** In *Constituição e processo.* (ORG.) DIDIER JR., Fredir; WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JR. Luiz Manoel. Salvador: Podivm, 2007, p. 29.

⁶⁸⁴ MENDES, Gilmar. **A reforma do sistema judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no país.** Disponibile in http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/discParisport1.pdf. Accesso 12 agosto 2012, p. 4.

⁶⁸⁵ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 243

considerate violatrici di questi diritti, compromettendo le funzioni della giustizia in vari aspetti. Così è la lezione di Marinoni⁶⁸⁶.

In questo modo, l'affermazione della prerogativa del giudice decidere in forma diversa della comprensione stabilita dai tribunali superiori, lontana di essere qualcosa che si riferisce alla coscienza del magistrato, costituisce atto di mancanza di impegno con il potere giudiziario, che deve essere preoccupato, nel suo sistema di produzione di decisioni, con l'effettività e la tempestività della distribuzione della giustizia. E non solo un atto di mancanza di impegno con il giudiziario ma anche che attenta contro la cittadinanza, perché considera il diritto costituzionale alla durata ragionevole del processo. Anzi, non si può pensare in ragionevole durata del processo mentre qualsiasi giudice possa coscientemente decidere in disaccordo con i tribunali superiori. La mancanza di *summa* vincolante, in questa dimensione, viola il diritto fondamentale d'azione.

Si nota, dunque, che la *summa* vincolante si presenta come prodotto dell'attività interpretativa e giurisprudenziale, realizzata dal consolidamento di precedenti, mediante diverse decisioni ripetute, dinanzi a materia eminentemente costituzionale. In modo che, è possibile affermare che messa su questa prospettiva, viene incontro alla sfida, presenta ormai da tempo, di orchestrare sicurezza e celerità processuale, come attributi inallontanabili di ciò che si capisce come processo giusto.

Si riporta, infien, una terza esperienza brasiliana a riguardo delle tecniche di sommarizzazione procedimentale nel processo civile: i tribunali Speciali Civili.

Nati – a metà degli anni '80 – dall'esperienza pioniere nello Stato del Rio Grande do Sul, per la quale si pretendeva di risolvere, extragiudizialmente, i conflitti d'interesse più semplice, oggettivando, così, la riduzione della quantità di processi giudiziari e, allo stesso tempo permettere l'ampiamiento dell'accesso alla giustizia⁶⁸⁷, i Tribunali Speciali Civili⁶⁸⁸ si mostrano come un insieme di

⁶⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações repetitivas e julgamento liminar**. Revista Jurídica, 354, abril/2007, p. 56.

⁶⁸⁷ SOUSA, Álvaro Couri Antunes. **Juizados especiais federais cíveis: aspectos relevantes e o sistema recursal da Lei nº 10.259/01**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.53.

⁶⁸⁸ Inspirati nelle *SmallClaimsCourts*. (BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 233)

regole e principi che fissano, disciplinano e regolano un nuovo metodo di processare le cause civili di minore complessità e le infrazioni penali di minore potenziale offensivo. Una nuova Giustizia segnata dall'oralità, semplicità, informalità, celerità ed economia processuale per conciliare, processare, giudicare ed eseguire, con regole e precetti propri e, anche, con una struttura peculiare: Giudici togati e laici, Conciliatori, Tribunali Coadiuvanti, Tribunali Itineranti, Gruppi Ricorsali, Gruppi di Uniformizzazione⁶⁸⁹.

Rivelandosi un vero microsistema giudiziario per cause di poca complessità e di pretese di poca magnitudine economica, i JECs – sigla per la quale sono rimasti conosciuti a livello nazionale i Tribunali Speciali Civili – trovano previsione nell'articolo 98, I, della Costituzione brasiliana⁶⁹⁰, e, a livello infracostituzionale, nella Legge 9.099/1995⁶⁹¹⁶⁹².

Come caratteristiche strutturanti dei JECs, l'articolo 2° della citata legge stabilisce l'oralità⁶⁹³, la semplicità⁶⁹⁴, l'informalità⁶⁹⁵⁶⁹⁶, l'economia

⁶⁸⁹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei nº 9.099/95**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 734.

⁶⁹⁰ "Art. 98. L'Unione, nel Distretto federale e nei territori, e gli Stati creeranno: I – tribunali speciali, provvisti da giudici togati, o togati e laici, competenti per la conciliazione, il giudizio e l'esecuzione di cause civili di minor complessità e infrazioni penali di minor potenziale offensivo, mediante i procedimenti orale e sommarissimo, permessi, nelle ipotesi previste dalla legge, la transazione e il giudizio di ricorsi da gruppi di giudici di primo grado; ..."

⁶⁹¹ Che ha sostituito la precursora legge 7.244/84, che istituiva i Tribunali Speciali di Piccole Cause, embrione degli attuali tribunali Speciali Civili.

⁶⁹² Testo integrale della legge, in allegato.

⁶⁹³ Il principio dell'oralità appare come orientatore generale del processo civile con maggiore o minore intensità, dipendendo dal tipo della lite, come collocata dal sistema all'apprezzamento dello Stato Giudice. Tuttavia, nel processo comune, per le sue proprie caratteristiche, l'oralità non riesce ad essere eretta al suo punto massimo, mentre nel processo specializzato la possibilità aumenta tantissimo, come possiamo verificare, ad esempio, nei seguenti dispositivi della Legge n.º 9.099/95: articolo 13, §§ 2º e 3º, articolo 14, articolo 17, articolo 19, articolo 21, articolo 24, § 1º, articolo 28, articolo 29 e articolo 30 (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48).

⁶⁹⁴ La pretesa è quella di diminuire tanto quanto possibile la massa dei materiali che sono allegati agli atti del processo senza pregiudicare il risultato della prestazione giurisdizionale, rinendo solo quelli che sono essenziali in un insieme armonico. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: Comentários, jurisprudência, legislação**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 35)

⁶⁹⁵ Il principio dell'informalità rivela la non necessità dell'adozione nel processo di forme sacramentali, del rigorsimo formale del processo. Sebbene ggli atti processuali devano realizzarsi in modo delle legge, in obbedienza al principio fondamentale del dovuto processo legale, si deve combattere l'eccessivo formalismo in cui prevale la pratica di atti solenni sterili e senza senso sull'obiettivo maggiore della realizzazione della giustizia. C'è una libertazione del formalismo, sostituito per la finalità del processo. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: Comentários, jurisprudência, legislação**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 36)

processuale⁶⁹⁷ e la celerità, cercando, sempre che possibile, la conciliazione o la transazione fra le parti. Nonostante il citato dispositivo usi la parola “criteri”, detti criteri si rivelano, in verità, autentici principi che costituiscono le basi del nuovo procedimento e le direttive che orientano tutta l’interpretazione delle norme a esso applicabili⁶⁹⁸.

Un’altro principio fondamentale dei tribunali Speciali è la gratuità, per la quale le parti sono dispensate, in sede di primo grado di giurisdizione, dal pagamento di dispende, salvo nei casi di comprovazione di litiganza di mala fede. Intanto, nell’ipotesi di eventuali ricorsi, saranno riscossi costi processuali tanto della prima quanto della seconda istanza⁶⁹⁹.

Di questo, si conclude che, in ambito dei Tribunali Speciali Civili, le domande hanno bisogno di essere rapide per la soluzione di conflitti, semplici nel suo tramitare, informali nei suoi atti e termini, e quanto meno onerose possibili ai litiganti, come anche economiche, compatte, nella consecuzione delle attività processuali⁷⁰⁰.

Perché i cittadini, però, possano godere di questo sistema giudiziario specializzato, la Legge 9.000/90 esige, nel suo articolo 3º, che le domande a lui rivolte non siano di valore superiore a 40 stipendi minimi nazionali (che oggi rappresentano R\$27.120,00 o circa €10.350 Euro). D’altra parte, lo stesso dispositivo permette il giudizio, in ambito dei tribunali, delle azioni trattate

⁶⁹⁶ Molte persone hanno criticato il sistema adottato dai Tribunali per trovare una rapida prestazione giurisdizionale, dicendo che questa maggiore celerità e specialmente l’informalismo adottato feriscono il principio del contraddittorio, costante nella nostra Legge Magna. Non accettiamo queste critiche, perché se prestiamo attenzione a tutte le regole del processo e di procedimenti adottati nei tribunali, vedremo che, prima di tutto, si è cercato di preservare il contraddittorio. (SALVADOR, Antônio Raphael Silva. **Juizados Especiais Cíveis: Estudos sobre a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, parte prática, legislação e enunciados.** São Paulo: Atlas, 2000, p. 13)

⁶⁹⁷ Bisogna avere chiaro che ogni norma processuale contenuta nello Statuto dei Tribunali Speciali Civili, deve essere interpretata secondo il principio dell’economia processuale, cercandosi, attraverso questa interpretazione, costruire un sistema processuale capace di produrre il massimo di vantaggi con il minimo di spese di tempo e energie. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis e Federais: uma abordagem crítica.** 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19)

⁶⁹⁸ SANTOS, Marisa Ferreira dos. CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados especiais cíveis e criminais: federais e estaduais.** 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49.

⁶⁹⁹ CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis: Lei nº 9.099/95, parte geral e parte cível, comentada artigo por artigo.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 09.

⁷⁰⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 40.

nell'art. 275, II del Codice di Processo Civile⁷⁰¹, dell'azione di sfratto, quando sia destinata al proprio uso; delle azioni possessorie in cui il valore del bene non ecceda 40 stipendi minimi; come anche l'esecuzione dei titoli extragiudiziali di fino a 40 stipendi minimi e l'esecuzione dei propri giudizi.

Per Cesar Asfor Rocha⁷⁰², i tribunali speciali ha lo scopo di approssimare il sistema di giustizia di quei settori sociali, che per ragioni materiali, culturali e storiche sono necessariamente distanti da questa.

Intanto, tale sistema giudiziario non è a prova di critiche. Alexandre Câmara sostiene che, oggi, tante cause che normalmente non sarebbero portate al Giudiziario per essere vere sciocchezze giuridiche, finiscono per essere dedotte in giudizio attraverso i Tribunali Speciali Civili⁷⁰³, come anche il fatto che l'esperienza pratica mostra che, nella stragrande maggioranza dei casi, il giudizio della domanda è scritto, così come la risposta del domandato. Nella pratica, dunque, il processo dei Tribunali Speciali Civili, almeno sotto quest'aspetto, finisce per somigliare molto con il processo del giudizio comune, in cui la parola scritta prevale su quella parlata⁷⁰⁴.

3.3. Limiti alla sommarizzazione nel processo civile alla luce dei diritti fondamentali processuali

Superfluo evidenziare che nelle linee precedenti si indicano traguardi ideali, a cui il processo deve tendere. La perfezione, si sa bene, non è di questo mondo. E, oltre i limiti di fatto messi da ostacoli di ogni tipo, è necessario contare

⁷⁰¹Art.275 – si osserverá che il procedimento sommario: I – nelle cause il cui valore non superi 60 (sessanta) volte il valore dello stipendio minimo; II – nelle cause, qualunque sia il valore: a) di affitto rurale e di cooperazione agricola;b) di riscossione al condomino di qualunque quantità dovute al condominio;c) di rimborso per danni in predio urbano o rustico;d) di rimborso per danni causati in incidente di veicolo di via terrestre;e) di riscossione di assicurazione, relativamente ai danni causati in incidente di veicolo salvi i casi di processo di esecuzione;f) di riscossione di onorari dei professionisti liberali, salvo quanto disposto in legislazione speciale; g) che versino sulla revoca di donazione; h) negli altri casi previsti dalla legge.

⁷⁰²ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99.

⁷⁰³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis e Federais: uma abordagem crítica**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 05.

⁷⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis e Federais: uma abordagem crítica**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 09.

sui limiti del diritto, decorrenti dalla necessità di preservare altri beni o valori⁷⁰⁵, eventualmente in colisione con la ragionevole durata del processo.

Infatti, le tecniche di sommarizzazione, come mezzo di dare celerità e, così, promuovere il processo in tempo ragionevole, impongono, d'altra parte, la totale preservazione delle garanzie decorrenti dal dovuto processo legale: il contraddittorio e l'ampia difesa. Questo perché, per compiere, effettivamente, lo scopo di un processo giusto, non è possibile allontanare qualunque di questi elementi. In questo modo, tali diritto fondamentali processuali, funzionano come delimitatori fra di loro, ora limitando, ora ampliando l'effettività di ognuno dinanzi a una vera ipotesi dei fatti.

Come già visto nel presente lavoro, la comprensione del dovuto processo legale, dell'accesso alla giustizia, e di tutti gli altri diritti allegati al processo messi nelle Costituzioni italiana e brasiliana, è stata modificata a partire dal momento in cui essi sono stati visti come diritto fondamentali. In questo modo, l'accesso alla giustizia non si riassume più al diritto di petizione, ma essenzialmente come diritto a tutela adeguata, o se si vuole effettiva⁷⁰⁶. In questo contesto, la tempestività acquista un luogo centrale nell'analisi della qualità dell'accesso alla giustizia. Tanto che, si può affermare, senza paura, che nel processo "il tempo detta il grado di sofferenza o tranquillità sperimentati dalle parti"⁷⁰⁷.

Così sintetizza Cruz e Tucci⁷⁰⁸:

Non basta, quindi, assicurare l'accesso ai tribunali e, conseguentemente, il diritto al processo. Si delinea in allontanabile, anche, l'assoluta regolarità di questo (diritto nel processo), con la verifica effettiva di tutte le garanzie salvaguardate al consumatore della giustizia, in breve termine di tempo, cioè, entro un tempo giusto, per la riuscita dello scopo che gli è riservato. In sintesi la garanzia costituzionale del dovuto processo legale deve essere una realtà durante le molteplici tappe del processo giudiziale, in modo che nessuno sia privo dei suoi diritti, a meno che nel

⁷⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo.** In *Temas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 8ª série, 2004, p. 28.

⁷⁰⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia do Processo sem dilações indevidas.** In *Revista Jurídica*, nº 277, nov/2000, p. 06.

⁷⁰⁷ CARNEIRO JR, Amílcar Araújo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma contribuição para o estudo da razoável duração do processo.** In *Revista Jurídica*, 396, outubro/2010, p. 14.

⁷⁰⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia do Processo sem dilações indevidas.** In *Revista Jurídica*, nº 277, nov/2000, p. 23.

procedimento in cui questo si materializza si constatino tutte le formalità ed esigenze previste in legge.

D'altra parte, la sicurezza giuridica, che corrisponde anche al dovuto processo legal, diventa inallontanabile, quando inseria nello Stato Democratico di Diritto. È in questo senso la lezione di Alvaro Oliveira e Mitidiero⁷⁰⁹:

Il valore della sicurezza é inallontanabile dalla propria nozione di Stato Democratico di Diritto, eretta come principio fondamentale della Costituzione della Repubblica (art. 1º, caput), in modo che garanta al cittadino contro l'arbitrio statale, considerando presente la salvaguarda di elementi fondanti della società realmente democratica, come principio democratico, la giustizia, quello dell'eguaglianza, della divisione di poteri e della legalità. Il suo più grande corollario, nel dominio del processo, è il dovuto processo legale (art. 5º, inciso LIV, CRFB), dal quale decorre la norma principale del diritto fondamentale al processo giusto, con tutta la sua corte di diritti fondamentali processuali e sostanziali, inclusive quello dell'effettività. Anzi, l'idea di Stato Costituzionale assume valore impare nel sistema giuridico, in misura in cui le corrisponde ruolo differenziato nella realizzazione della propria idea di giustizia materiale.

Si tratta, dunque, di questioni d'ordine fondamentale. Se la durata ragionevole del processo è un'esigenza costituzionale e, se quello che si consolida come tendenza a realizzarla sono le tecniche di celerità processuale, consustanziate dalla logica della sommarizzazione del processo, importa, in questo momento, l'analisi dei parametri in cui queste devono avvenire.

Conforme una parte della dottrina brasiliana⁷¹⁰, il tempo nel processo, invece di essere un nemico, si presenta come fattore inerente alle condizioni di proceduralità dalle quali costituisce il dovuto processo legale. Caso in cui la sommarizzazione del processo – come sinonimo dell'abbreviazione della

⁷⁰⁹ OLIVERA, Alberto Álvaro. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. v 1, São Paulo: Atlas, 2010, p. 62.

⁷¹⁰ TAVARES, Fernando Horta. MATTOS, Bruno Ferreira Bini de. CASAGRANDE, Erico Vinicius Prado. ASSIS, Zamira de. **Urgência de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático**. Disponibile in: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/bruno_ferreira_bini_de_mattos.pdf.

cognizione – si costituisce come un non diritto, nelle prospettive collocate per il Processo Civile nello Stato democratico di Diritto⁷¹¹.

Tuttavia, la tendenza dottrina è associare le tecniche di sommarizzazione processuale alla celerità, per la realizzazione del processo in un tempo adeguato. Il contrario sarebbe sinonimo di una tutela defficente. In questa linea, Marinoni⁷¹² afferma il tempo come un elemento determinante dell'effettività del proceso nei seguenti termini:

Se il tempo è la dimensione fondamentale nella vita umana, nel processo esso svolge identico ruolo, perché il processo è anche vita. Il tempo del processo angoscia i litiganti; tutti conoscono i mali che la pendenza della lite può produrre. D'altra parte, il ritardo processuale è tanto più insopportabile quanto meno resistente economicamente è la parte, il che fa diventare più grave la quasi insuperabile di ineguaglianza sostanziale nel procedimento. Il tempo, come si può sentire, è uno dei grandi avversari dell'ideale d'effettività del processo.

Questo riconoscimento è anche manifestato dal Supremo Tribunale Federale⁷¹³:

il postulato della durata ragionevole del processo, previsto nell' inc. LXXVIII dell' art. 5º della Costituzione della Repubblica, non si traduce soltanto nella garanzia del giurisdizionato di ottenere la prestazione giurisdizionale in tempo sufficiente per l'osservanza del dovuto processo legale e i suoi corollari, ma anche nel dovere del Potere Giudiziario, detentore del monopolio della giurisdizione, di risolvere le le controversie giuridiche sottomesse alla sua valutazione, fomentando, così, la pacificazione sociale. È innegabile, quindi, che il processamento di una domanda giudiziale per tempo indefinito promuove l'insicurezza giuridica, anche se questo dilungamento dell'azione nel tempo sia dell'interesse delle parti.

Ciò che si constata è soltanto un'apparente contraddizione fra la preservazione del dovuto processo legale e le forme di renderlo più celere, che,

⁷¹¹ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 117/122.

⁷¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 57.

⁷¹³(MS 21863, Relator(trice): Min. CÁRMEN LÚCIA, giudicato il 29/05/2012, pubblicato in DJE-108 DIVULG 01/06/2012 PUBLIC 04/06/2012).

in ultima istanza, pretendono la durata ragionevole del processo. Quindi, “tempo ragionevole” non può essere sinonimo di “tempo esiguo”⁷¹⁴. Si tratta di associare la ragionevolezza del tempo alle necessità che il caso concreto esiga, per realizzare i diritti fondamentali processuali e raggiungere una decisione adeguata, per soddisfare la pretesa delle parti con relazione alla tutela giurisdizionale e alla tutela di diritto reclamate.

Sotto queste luci, Cesar Asfor Rocha⁷¹⁵ mette il fattore “tempo nel processo” come una delle sfaccettature nucleari dell’accesso alla giustizia, la quale è consustanziata nell’idea che la tutela effettiva sarà quella che permette al titolare del diritto di usufruirlo pienamente⁷¹⁶ e, non come solitamente avviene, che il diritto in litigio deciso in tempo irragionevole sia approfittato solo dai loro eredi.

Per il giurista brasiliano Luiz Eduardo Carvalho⁷¹⁷, il dilemma dell’effettività e della celerità processuale, odiernamente, affrontate per la via della sommarizzazione del processo, rappresenta un retrocesso nelle garanzie

⁷¹⁴ CARNEIRO JR, Amilcar Araújo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma contribuição para o estudo da razoável duração do processo.** In Revista Jurídica, 396, outubro/2010, p. 15.

⁷¹⁵ ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 72.

⁷¹⁶ In questo senso si è manifestato il Supremo Tribunale Federale: Modifica: Ricorso Straordinario. Azione di usucapione. Isola Costiera. Allegazione Di Assenza Di Interesse Dell’Unione. Decostituzione di decisione Proferita dalla Giustizia federale. Regole di Competenza. Art. 109, I, Della Costituzione del Brasile. Effettiva Consegna della prestazione Giurisdizionale. Garanzia Costituzionale alla Durata Ragionevole del Processo. Art. 5º, LXXVIII Della Costituzione del Brasile, interpretazione della Costituzione. Situazione Peculiare a Configurare Eccezione. Eccezione Catturata dall’Ordinamento Giuridico. Trasgressione del Diritto. 1. L’interpretazione della Costituzione non è per essere proceduta a margine della relata, senza che si comprenda come elemento della norma risultante dell’interpretazione. La prassi sociale, è, in questo senso, elemento della norma, in modo che interpretazioni corrette sono incompatibili con teorizzazioni nutrite i idealismo che non la prenda, la prassi, come suo fondamento. Al interpretarla, la Costituzione, l’interprete deve prendere come oggetto di comprensione anche la realtà in cui contesto si da la interpretazione, nel momento storico in cui essa avviene. 2. In recente pronunciamento, nel giudizio del HC n. 94.916 [Sessione di 30.9.08], questa Corte ha affermato che situazioni d’eccezione non restano a margine dell’ordinamento, essendo da questo catturate, in modo che la preservazione impone, molte volte, la trasgressione delle regole. 3. Nel presente caso, le regole di competenza (art. 109, I della Costituzione del Brasile), la cui ultima ragione si trova nella distribuzione dell’esercizio della Giurisdizione, secondo alcuni criteri, agli organi del Potere Giudiziario, non possono prevalere quarantatré anni dopo la proposizione dell’azione. Così deve essere in virtù dell’effettiva consegna della prestazione giurisdizionale, che si è già data, e alla luce della garanzia costituzionale alla durata ragionevole del processo (art. 5º, LXXVIII della costituzione del Brasile). Si osservi che la lite è stata due volte --- una nella Giustizia Statale, un’altra nella Giustizia Federale--- risolta, in sentenze di merito, per la procedenza dell’azione. Ricorso Straordinario a cui si nega decisione. (RE 433512, Relator(trice): Min. EROS GRAU, Secondo gruppo, giudicato il 26/05/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-06 PP-01258).

⁷¹⁷ CARVALHO, Carlos Eduardo Araujo de. Tempo e processo: efetividade e celeridade, às voltas da sempre difícil relação entre a Têmis e o Laviatã. p. 2-9.

d'accesso a un ordien giusto. Questo perché il tempo del processo è inerente alla realizzazione delle garanzie processuali. Senza la preservazione del dovuto processo legale e degli altri diritti fondamentali processuali di sicurezza, le conquiste che strutturano lo Stato Democratico restano compromesse. In questo modo, afferma che

L'idea che il principio dell'effettività impone la superazione di modelli ultrapassati di tutela giurisdizionale per certe situazioni lesive al diritto materiale, in favore della più rapida ed efficace realizzazione del diritto materiale (ecco qui, il sorgimento delle tutele esecutive lato sensu), che avviene da una Nozione della Teoria Generale del Diritto e Teoria Generale del Processo che onon si adeguano al paradigma di diritto democratico, una volta che restringono la giurisdizione all'attuazione del giudice, in un processo regolato da un contraddittorio handicappato, dovuto alla mutilazione dell'esercizio della cittadinanza. Ciò scaturisce nella conformazione del popolo come icono.

In senso totalmente inverso, però, le tecniche di sommarizzazione, avvenute dalle riforme nell'ambito del diritto processuale italiano e brasiliano, stanno dimostrando ampio potenziale per la realizzazione della giustizia, senza staccarsi dagli altri diritti fondamentali processuali allegati alla sicurezza. In questo senso, la durata ragionevole del processo, messa nell'ambito dei diritti fondamentali, esige che le tecniche di sommarizzazione siano orientate dalle garanzie dell'effettività del processo e dalla congizione adeguata, che compongono il dovuto processo legale, informato dal contraddittorio e dall'ampia difesa⁷¹⁸.

Fondamentale, quindi, che la celerità e la sicurezza si armonizzino, i modo di raggiungere un risultato desiderabile per il diritto materiale⁷¹⁹, superando, assolutamente, questa supposta dicotomia fra “durata ragionevole del processo” e “dovuto processo legale”.

Importante, in questa prospettiva, è che il grado d'efficacia della giustizia – in cui l'elemento “tempo” può essere determinante – implica anche nella

⁷¹⁸ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência: De Piero Calamadre a Ovídio Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 49.

⁷¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

fiducia che i cittadini conferiscono al sistema giurisdizionale. In questo senso, Antonio Gaspar⁷²⁰, afferma che l'efficacia giuridica mantiene rapporti con la qualità della democrazia, considerato che presuppone qualità processuale, sostanziale e di ragionevolezza dei tempo di decisione. In questo modo, afferma che, nelle dimensioni d'efficienza ed efficacia, che accrescono la qualità e permettono di dare sostanza all'istituzione invisibile della fiducia, dipende molto dalle risposte che la giustizia possa dare per soddisfare le aspettative dei cittadini.

D'altro modo, diventa necessario raffinare gli strumenti di ragionevolezza, visto che, nel Brasile si adotta con relazione al tempo di durata del processo, la teoria del non termine. Diversamente di quanto avviene a livello di realizzazione di questo diritto fondamentale nell'esperienza europea e, in modo particolare in Italia, dove, come già detto nel presente lavoro, il Decreto-Legge 22 giugno 2012, n. 83, ha stabilito per il processo un tempo massimo di tramitazione di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado e di un anno nel giudizio di legittimità.

Perciò, delimitare la sommarizzazione del processo richiede essenzialmente che gli strumenti che si propongono a realizzare la celerità processuale potenzializzino anche il contraddittorio e l'ampia difesa, nella misura del necessario per produrre la decisione più adeguata al caso concreto⁷²¹. Tali diritti-garanzie nella partecipazione attiva delle parti, fra le quali si comprende la decisione giudiziale, come anche il diritto di essere informato; il diritto di essere sentito e il diritto alla produzione di prove⁷²².

Paulo Hoffman⁷²³ sembra accertare nella combinazione di questi elementi, conforme la sintesi che segue

È imprescindibile che il processo abbia una certa durata, maggiore che quella che le parti desiderano, perché lo Stato deve assicurare ai litiganti il dovuto processo legale, ampio diritto di difesa e contraddittorio e, perfino lo stesso tempo

⁷²⁰ GASPAR, António Henriques. **O tempo judiciário e a qualidade da decisão – eficiência do sistema e eficácia da decisão**. In *Julgar*, n.º 5, 2008, p. 26.

⁷²¹ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência: De Piero Calamadre a Ovídio Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 49.

⁷²² ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 44.

⁷²³ HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: QuartierLatin, 2006, pp. 17 e 41.

per prepararsi in modo adeguato. ... Tanto è inaccettabile un processo estremamente lungo come quello ingiustificatamente rapido e precipitato, nel quale non c'è tempo utile per produzione di prove e dichiarazioni delle parti, con totale ridimensionamento della difesa.

Intendiamo che lo svincolo della questione "armonizzazione fra sicurezza giuridica e accesso alla giustizia" passa per l'analisi nel caso concreto, a partire dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza⁷²⁴.

Infatti, essendo stati messi in gioco i diritti, nella sfera dei diritti fondamentali, non c'è più spazio per qualunque interpretazione o applicazione del diritto che dispensi o sconsideri un ordine di principi, i quali sono alla base della struttura della norma fondamentale. In questo senso, afferma Peces-Barba⁷²⁵:

I diritti e garanzie, insieme ai valori e principi, fanno parte del contenuto della giustizia di una società democratica moderna e ha come obiettivo ultimo, aiutare perché tutte le persone possano raggiungere livelli di umanizzazione massimi possibili, in ogni momento storico. Sono mezzi perché l'organizzazione sociale e politica permettano lo sviluppo massimo delle dimensioni che configurano la nostra dignità, cioè, affinché possiamo scegliere liberamente, perché possiamo costruire e ragionare, perché ci possiamo comunicare, trasmettere il seme della cultura come opera dell'uomo nella storia, e perché possiamo decidere liberamente la nostra moralità privata, la nostra idea del bene, della virtù, della felicità o della salvezza, secondo sia il punto di vista nel quale ci collochiamo.

In questo stesso senso, si distacca la lezione della giurista brasiliana, Cármen Lúcia Antunes Rocha⁷²⁶:

L'unica universalizzazione possibile da essere pensata e messa alla conquista, l'unica mondializzazione cercata come

⁷²⁴ In questo senso si è manifestato il Supremo Tribunale Federale: "[...] La durata del processo si sottomette al principio della ragionevolezza, essendoci innumerevoli criteri che aiutano nella determinazione dell'eccesso". (HC 92719, Relator(trice): Min. JOAQUIM BARBOSA, Secondo Gruppo, giudicato il 24/06/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-02 PP-00336).

⁷²⁵ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. In Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Madrid: Dykinson, 1999, p. 94.

⁷²⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais**. In Revista CEJ. Volume 1., n. 3, set/dez, 1997, p. 82.

etica e necessaria nell'attuale momento dell'umanità non è, in primo luogo, l'economia che produce nuovi feudi e vecchi vassalli, nuovi signori per gli stessi schiavi, ma quella dei diritti fondamentali, che produce solidarietà giuridica e fa spargersi l'umanità su tutti i punti del pianeta.

La migliore dottrina costituzionale viene affermando che, nelle decisioni in cui si metta l'opposizione fra diritti fondamentali, qualsiasi di questi non verrà sacrificato in detrimento dell'altro. Il transito di questa collisione di diritti, si dà per via della proporzionalità, che deve rendere viabile l'ottimizzazione del diritto più adeguato e possibile nelle dimensioni giuridica e dei fatti⁷²⁷. Secondo Jaqueline Silva, il principio della proporzionalità importa in una garanzia idonea alla preservazione dei diritti fondamentali, così afferma⁷²⁸:

Decorre dal carattere di principio delle norme di Diritto Fondamentale l'esigenza di ottimizzazione del suo contenuto, cioè, del suo effetto a riguardo dell'ordine giuridico e le circostanze concrete. Questo si verifica quando i principi collidono con il fatto di contenere la proibizione di qualcosa che il contenuto dell'altro permette. La soluzione sarà data dal caso concreto, perché è nel momento della concretezza che i principi rivelano i suoi diversi pesi. Succede allora una ponderazione fra gli interessi coinvolti, per sapere quale di essi, astrattamente della stessa categoria, possiede maggior peso nel caso concreto.

Il principio o postulato della proporzionalità, presente negli ordinamenti democratici, preconizza un'adeguamento fra il fine preteso e il medio scelto per questo.. Rappresenta, dunque, una relazione necessaria e proporzionale⁷²⁹. E, se da una parte, implica nella limitazione all'arbitrarietà e agli eccessi; d'altra, si mostra rivelatrice del diritto più appropriato alla situazione dei fatti.

La proporzionalità, dunque, si presenta anche, come un principio regolatore, nella misura in cui significa una scelta del costituente quando definisce le finalità dello Stato Democratico di Diritto⁷³⁰. Se l'ordine dei diritti

⁷²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 67.

⁷²⁸ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência: De Piero Calamandreï a Ovídio Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 70.

⁷²⁹ STENMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149

⁷³⁰ GOES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 84.

fondamentali permette un ruolo aperto di questi diritti e, perciò, che conflittuano fra di loro, lo stesso ordine richiede, di conseguenza, un meccanismo armonizzatore di questi conflitti. Questa è la funzione della proporzionalità.

Conforme Bonavides⁷³¹

Si potrebbe dire infine, a questo punto, che il principio della proporzionalità è oggi l'assioma del Diritto costituzionale, corollario della costituzionalità e canone dello stato di diritto, come anche regola che toglie tutta l'azione illimitata dal potere dello Stato nell'ambito di ogni sistema legittimo di autorità. A lui non potrebbe restare alieno il Diritto Costituzionale brasiliano. Essendo, com'è, il principio che embarga il proprio ampliamento dei limiti dello stato quando legisla sulla materia che comprende diretta o indirettamente l'esercizio della libertà e dei diritti fondamentali, bisogna proclamare la forza cogente della sua normatività.

Si sottolinea che il Supremo Tribunale Federale riconosce l'applicazione della proporzionalità⁷³² al sistema normativo brasiliano.

Secondo Calil de Freitas⁷³³, l'applicazione del principio della proporzionalità richiede la verifica dell'adattamento (per quanto riguarda il mezzo usato in vista di un determinato fine), della necessità (attraverso la quale resta vietata la scelta di mezzi gravosi in detrimento di altri meno gravosi che siano disponibili); e della proporzionalità in senso stretto (in cui si verifica il grado di affettazione degli interessi contrapposti, e cioè, è anche il momento in cui si verifica la ragionevolezza).

Nella lezione di Canotilho⁷³⁴, l'adattamento riguarda la verifica sui mezzi usati per raggiungere i fini proposti dalla supremazia dell'interesse pubblico. Per Luís Afonso da Silva, l'adeguamento è determinato se la misura attende ai fini ai quali è proposta, avvenendo la verifica se tale misura è necessaria, in detrimento delle altre possibili⁷³⁵.

⁷³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 397.

⁷³² ADI 2591/DF, STF, pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 4.5.2006.

⁷³³ CALIL DE FREITAS, Luiz Fernando. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 207/212.

⁷³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 269/270.

⁷³⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In Revista dos Tribunais, nº98, abril de 2002, 91º ano, p. 36.

Con relazione alla necessità, la pertinenza è analizzare se la portata del fine preteso non può perfezionarsi per altro mezzo meno gravoso. In questo senso, è l'elemento che si propone per salvaguardare il diritto di minore danno dei diri, quindi, a quello che in Alexy⁷³⁶ è trattato come idoneità.

Infine, al trattare della proporzionalità in senso stretto, imporrà la realizzazione di un giudizio di ponderazione fra il mezzo scelto e il fine da essere raggiunto.

La proporzionalità permette, così, soppesare, nella dovuta misura, gli elementi che coinvolgono una situazione dei fatti, in modo che permetta, per quel caso, costruirsi la decisione più adeguata, giusta ed effettiva. Inoltre, il principio della proporzionalità ha la capacità di promuovere l'eguaglianza necessaria, partendo da una condizione di ineguaglianza, perché si trova nel campo di un'isonomia formale⁷³⁷. Sul tema il Ministro del Supremo Tribunale Federale brasiliano Gilmar Mendes⁷³⁸ afferma:

Nell'ambito dei rapporti fra particolari che si trovino in relativa eguaglianza di condizioni, bisognerà procedere ad una ponderazione fra i valori coinvolti, per raggiungere un'armonizzazione fra di loro nel caso concreto (concordanza pratica). Bisogna cercare di non sacrificare completamente un diritto fondamentale e neppure il nucleo dell'autonomia di volontà.

Si nota nella giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale brasiliano, che il principio della proporzionalità implica, ancora, nel divieto di eccessi. Per questo, la ragionevolezza si mostra come un postulato normativo. Così si può vedere nel seguente giudizio

L'insignificanza penale esprime un giudizio necessario di ragionevolezza e proporzionalità di condotte che, sebbene formalmente messe nella forma legale-punitiva, sostanzialmente fuggono da questo forma. E fuggono da questa forma semplicemente formale, come esigenza propria della giustizia materiale come valore o bene collettivo che la nostra Costituzione Federale definisce dal suo principiologico

⁷³⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 110/111.

⁷³⁷ SLAIBI FILHO, Nagib. **Razoabilidade versus proporcionalidade**. In Revista Jurídica Consulex, VII, n. 145, jan/2003, p. 45.

⁷³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 277.

preambolo. Giustizia come valore, da essere concretizzata tramite un certo dosaggio di ragionevolezza e proporzionalità nella concretizzazione dei valori della libertà, eguaglianza, sicurezza, benessere, sviluppo, ecc. Con cui che essa, giustizia, solo si realizza nella misura in cui gli altri valori positivi si realizzino attraverso un modo peculiarmente ragionevole e proporzionale....La giustizia non si può incorporare, da sola, alla concreta situazione delle protagonizzazioni umane, esattamente perché essa è il proprio risultato di una certa quota di ragionevolezza e proporzionalità nella storizzazione di valori positivi (i citati principi di libertà, eguaglianza, sicurezza, benessere, sviluppo, ecc.). ecco perché parlare del valore della giustizia è parlare degli altri valori che da essa si impregnino per essere dotate di un certo *quantum* di ponderabilità, se per questo termine (ponderabilità) mettiamo insieme la ragionevolezza e la proporzionalità nel suo processo di concreta incidenza. Così anche, parlare degli altri valori è riconoscerli come giusti nella misura in cui permeati di quest'effettivo quantum di ponderabilità (mescola di ragionevolezza e proporzionalità, ricordiamo). Tutto intrecciato da un modo sinergico, nel senso che il giudizio di ponderabilità implica il più armonioso impiego del pensiero e del sentimento del giudice nella valutazione della condotta dell'agente dinanzi al suo soggetto storico di vita e della oggettività della sua concreta condotta dichiaratamente delittiva⁷³⁹.

La ragionevolezza, a sua volta, articola tre possibili sensi: l'equità, la congruenza e l'equivalenza⁷⁴⁰. Tale principio, vale dire, si orienta all'armonizzazione della norma al fatto in cui la promozione dell'eguaglianza materiale e il divieto di eccessi, o imposizioni onerose ai diritti fondamentali, sono essenziali come elementi d'affermazione del ragionevole.

Conforme Slerca⁷⁴¹, la ragionevolezza e la proporzionalità servono ad una stessa finalità, quando si costituiscono come meccanismo del potere giudiziario affinché si possa procedere ad un'analisi delle leggi, specialmente con relazione: al suo contenuto di giustizia e alla protezione dei diritti fondamentali.

⁷³⁹ HC 107.082 / RS, DJe 26/04/2012, relator Ministro Ayres Brito.

⁷⁴⁰ CALIL DE FREITAS, Luiz Fernando. **Direitos Fundamentais**. Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 215.

⁷⁴¹ SLERCA, Eduardo. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro, 2002, p. 131

In questo senso, proporzionalità e la ragionevolezza compongono il nucleo del processo civile odierno, cioè, l'effettività della tutela giurisdizionale e la tutela dei diritti, per le quali si muovono i diritti fondamentali processuali. Daniel Mitidiero⁷⁴² è pedagogico in questo chiarimento:

Il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale implica il riconoscimento dell'esistenza di un diritto alla protezione giurisdizionale adeguata ed effettiva. Adeguata nel senso che sia attenta alle necessità del diritto materiale messo in causa e alla maniera come si presenta in giudizio (insomma, al caso concreto portato al processo); effettiva, nel senso che riesca a realizzarla specifica e concretamente in tempo utile. L'adeguamento della tutela giurisdizionale rivela la necessità dell'analisi del caso concreto messo in causa per, da lì, strutturarsi una disposizione adeguata alla situazione portata in giudizio. È antica la lezione, ripetuta ancora oggi, che la eguaglianza materiale fra le persone, nel processo civile, solo può essere raggiunta nella misura in cui si faccia possibile una tutela giurisdizionale differenziata ai litiganti, considerando giustamente la natura della controversia portata in giudizio e le sue contingenze.

Nel Brasile, il principio della proporzionalità non si identifica espressamente nel testo Costituzionale. Sorge, quindi, da questa nozione di Stato Democratico di Diritto, in cui la dignità della persona umana fonda l'ordine dei diritti fondamentali⁷⁴³. Ora, se la dignità della persona umana è il nucleo dei diritti fondamentali, questo è anche il punto che delimita quasi tecnicamente l'applicazione di questi. È in questo senso, la lezione di Calil de Freitas⁷⁴⁴:

La dignità umana, vista sotto l'angolo della protezione della dignità, opera egualmente come limite dei limiti dei diritti fondamentali, nel senso che qualsiasi affettazione svantaggiosa, limitatrice o restrittiva, non potrebbe mai ritirare al diritto fondamentale quel contenuto suo direttamente identificato con quello che si considera il principio retto del sistema di diritti fondamentali. A riguardo della condizione del

⁷⁴²MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 93.

⁷⁴³BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução**. Disponibile in: www.conpendi.org.br. Accesso il 02 agosto 2012.

⁷⁴⁴CALIL DE FREITAS, Luiz Fernando. **Direitos Fundamentais**. Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 220/221.

principio della dignità umana come verttore maggiore del sistema giuridico-costituzionale e, in quanto tale, valore giuridicamente consacrato che da senso e fonda i diritti fondamentali, così come in relazione alla nozione ricorrente da esso, secondo la quale ogni diritto fondamentale possiede il suo contenuto parte che gli è specifica e peculiare e parte in dignità umana ... In questo contesto, considerandosi la teoria assoluta del nucleo essenziale, bisogna considerare che il contenuto della dignità umana che compone, parzialmente, il contenuto dei diritti fondamentali, sempre sarà incluso in quella parte che compone il nucleo duro de ogni diritto fondamentale, cioè: il contenuto in dingità è sempre parte del nucleo essenziale del diritto fondamentale e, come qualcosa di intangibile

La proporzionalità applicata alle tecniche di sommarizzazione del processo civile deve considerare, quindi, da una parte la necessità di realizzare il processo in tempo ragionevole; e, dall'altra, la preservazione dei diritti fondamentali di sicurezza, specialmente, il dovuto processo legale. In modo che, qualsiasi di loro, soffra – sul piano dei fatti – un'affettazione sufficiente che implichi una vera violazione.

Si nota che il diritto alla durata ragionevole del processo, nella categoria di diritto fondamentale, compete a tramitazione processuale, cioè, il lasso temporale che comincia con il giudizio dell'azione fino alla sua decisione⁷⁴⁵. In questo senso, non si tratta della durata del diritto, del quale non si può parlare di perennità. Quindi, la durata ragionevole del processo, così, sarà quella in cui meglio si possa trovare il mezzo termine fra la definizione sicura dell'esistenza del diritto e la realizzazione rapida del diritto la cui esistenza è stata riconosciuta dal giudice⁷⁴⁶.

Ed è più o meno questo che Piero Calamandrei⁷⁴⁷ predicava ormai a metà del secolo scorso – e molto prima del sorgimento delle teorie contemporanee sulla durata ragionevole del processo – quando scrisse che

“Se il processo deve soltanto garantire la pace sociale, troncando a tutti i costi il litigio con una soluzione di forza, qualunque sbrigativo procedimento, purché abbia una certa

⁷⁴⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 08.

⁷⁴⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 29.

⁷⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. **Processo e giustizia**. In *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 283.

solennità formale che porti l'impronta dell'autorità può servire a questo scopo; ...”

In questo modo, si può constatare che il limite alla sommarizzazione – formale o materiale – del processo risiede nel risultato del bilancio fra diritti fondamentali processuali di sicurezza (ampia difesa, contraddittorio, ecc.) e i diritti fondamentali all'accesso alla giustizia e al processo in tempo ragionevole, perché tutti essi siano garantiti nella maggiore misura possibile, che non si può realizzare in modo ipotetico, ma soltanto dinanzi alle peculiarità del caso concreto.

CONCLUSIONE

Alla fine del presente lavoro e mediante paragone fra i principi, come mandati di ottimizzazione – servendo da procedimenti per la coerenza e innovazione dell'ordinamento giuridico – e i diritti fondamentali, come garanzie positivate sul piano costituzionale che hanno succeduto l'affermazione dei diritti umani in ambito intenzionale, concludiamo che il diritto alla durata ragionevole del processo ostenta la natura di diritto fondamentale, perché diritto degli uomini portato all'ambito costituzionale.

Come conseguenza di questo, il diritto alla durata ragionevole del processo è impassibile di retrocesso e ha applicazione immediata, irradiando i suoi effetti agli altri diritti dell'uomo.

In questo passo, intendiamo necessaria la sostituzione dell'espressione "principio della ragionevole durata" per l'espressione "diritto fondamentale alla ragionevole durata", per lasciar chiara l'adozione di questo nuovo contesto teorico-dogmatico che costituisce il nucleo del costituzionalismo contemporaneo, com'è, teoria dei diritti fondamentali.

Inoltre, constatiamo che i principi possono essere diritti fondamentali veri e propri o categorie di norma. Dunque, l'impiego dell'espressione "diritto fondamentale alla durata ragionevole del processo" finisce per raggiungere anche l'idea di "principio", propiziando un'uniformazione del discorso che non si potrebbe ottenere per via inversa.

Ancora nel primo capitolo e mediante un abordaggio storico dei diritti fondamentali processuali in Italia e in Brasile lungo i tempi, identifichiamo che tali diritti, malgrado spogliati dal titolo di "diritti fondamentali", sempre sono stati presenti – in maggior o minor misura – in tutte le costituzioni italiane e brasiliane.

Tuttavia, il diritto fondamentale alla durata ragionevole del processo solo ha cominciato ad inserire esplicitamente il testo delle Costituzioni dei due paesi dalla fine degli anni '90 in poi, per l'Italia, e dall'inizio degli anni duemila in poi per il Brasile. Questo rivela una – anche se tardiva – preoccupazione dei legislatori in rafforzare questo diritto ormai implicito nei testi originali.

Si può concludere, ancora, che in Italia questa preoccupazione è approdata più presto e il legislatore è stato più efficiente in positivare il diritto

alla durata ragionevole del processo, servendo come esempio e ispirazione al legislatore costituente brasiliano.

Nel secondo capitolo della tesi, lavoriamo con l'idea che il diritto alla ragionevole durata del processo integra la nozione di processo giusto. Per questo abbiamo tracciato un parallelo fra il processo giusto in Italia e in Brasile, come anche abbiamo paragonato il diritto alla ragionevole durata del processo nei due paesi.

Da lì, abbiamo potuto concludere che i diritti fondamentali che compongono le condizioni minime di tornare possibile il "processo giusto" stabilite dal legislatore costituzionale, sia in Brasile, sia in Italia, sono: il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e adeguata; il diritto al giudice naturale; il diritto alla rappresentazione tecnica e alla parità di armi; il diritto all'eguaglianza; il diritto al contraddittorio; il diritto all'ampia difesa; il diritto alla pubblicità delle decisioni; il diritto alla decisione fondata o motivata; il diritto all'assistenza giuridica e, il diritto alla durata ragionevole del processo.

Lavorando direttamente con il diritto fondamentale al processo in tempo ragionevole, abbiamo potuto constatare che, sebbene sia previsto espressamente nelle Costituzioni dei due paesi, ci sono delle differenze sostanziose a riguardo del trattamento dispensato dal legislatore infracostituzionale italiano, paragonato con quello brasiliano. Infatti, la legge n. 89 del 24 marzo 2001 (legge Pinto) prevede il pagamento d'indennizzo alla parte in caso di irragionevole durata del processo e il Decreto-Legge 22 giugno 2012, n. 83, stabilisce termini di durata massima per le fasi del processo, per poter identificare da quando incide l'indennizzo. A riguardo del diritto brasiliano, ci posizioniamo nel senso che, malgrado non sia la migliore soluzione, l'adozione del modello italiano con relazione alla condanna dello Stato al pagamento di indennizzo alla parte per il ritardo eccessivo nella durata del processo è preferibile alla totale irresponsabilità dello Stato come oggi succede liberamente nel diritto brasiliano. Intanto, riferimento espresso al diritto al processo come diritto fondamentale nella Costituzione brasiliana, almeno, ha avviato una serie di misure che certamente non sarebbero avvenute se tale diritto non fosse messo esplicitamente nel ruolo dei diritti fondamentali, come sono, l'esigenza che l'attività giurisdizionale avvenga in modo ininterrotto; la creazione di nuove norme circa i doveri e i diritti dei magistrati; la migliore

regolazione della struttura del Potere Giudiziario; la creazione di organo amministrativo (Consiglio Nazionale di Giustizia) con potere disciplinare sui magistrati, la creazione di uditorie di giustizia in ambito delle Giustizie dell'Unione e degli Stati, con l'obiettivo di captare sensazioni e reclami dei cittadini a riguardo degli organi del Giudiziario; la creazione delle "summe vincolanti" da parte del Supremo Tribunale Federale; la necessità del requisito della ripercussione generale per l'ammissibilità del ricorso straordinario; la distribuzione immediata di tutto il processo o ricorso, dinanzi ad ogni giudizio o tribunale; la raccomandazione che i giudici deleghino a impiegati della giustizia la pratica di attività amministrative e atti d'impulso processuale senza profilo decisorio; fra altri.

Poi, e intendendo il diritto alla durata ragionevole come diritto fondamentale e vincolato all'idea di "giusto processo e constando che il principale obbligato a sviluppare meccanismi utili a rendere viabile – nella maggior misura possibile – la sua effettivazione è lo Stato, identifichiamo che i legislatori italiani e brasiliani hanno realizzato tentativi – alcuni ben riusciti e altri un po' meno – di ridisegnare il processo civile.

Tale ristrutturazione passa per la moltiplicazione e perfezionamento delle tecniche di sommarizzazione procedimentale del processo civile in due dimensioni diverse: (a) la sommarizzazione materiale e la (b) sommarizzazione formale. Mentre la prima riguarda la qualità della cognizione; la seconda si riferisce al procedimento vero e proprio.

Così, passiamo a trattare di una tecnica di sommarizzazione materiale presente – sebbene con certe particolarità – sia nel diritto italiano, sia in quello brasiliano: la tutela anticipata. Abbiamo visto che, in Brasile, l'anticipazione della tutela – anticipazione degli effetti pratici della decisione pretesa – può avvenire all'ottenimento di tutela cautelare o tutela di soddisfazione. Per quanto riguarda la prima, c'è effettiva somiglianza fra i sistemi italiano e brasiliano – anche perché tutta la tecnica esistente nel diritto processuale brasiliano sulla tutela cautelare è stata importata dall'Italia. Invece, la tecnica dell'anticipazione della tutela con relazione alla soddisfazione della parte trova maggior raffinamento – in riferimento all'estensione dei suoi effetti, ipotesi e meccanica procedimentale – nell'ordinamento processuale brasiliano, rivelandosi uno dei grandi trionfi contro la morosità della relazione processuale.

Continuando, abbiamo portato a titolo di esempio, alcune tecniche di sommarizzazione formale che sono implementate nell'ordinamento brasiliano: la sentenza iniziale di improcedenza; la summa vincolante; e i tribunali Speciali Civili. Le due prime, frutto di una tendenza moderna di valorizzazione dei precedenti giudiziari nei paesi del *common law*. L'ultima frutto della necessità di un sistema giudiziale più economico, semplice e agile per le cause di minore espressione economica.

Infine, e constatando che le tecniche di sommarizzazione, come mezzo di dare celerità e, così, promuovere il processo in tempo ragionevole, impongono la preservazione di altri diritti fondamentali processuali allegati alla sicurezza giuridica che il processo deve propiziare le parti, abbiamo cercato di identificare i limiti della sommarizzazione – formale materiale – del processo civile.

Concludiamo, quindi, che i limiti alla sommarizzazione del processo risiedono nel risultato dell'equilibrio fra i diritti fondamentali processuali di sicurezza (ampia difesa, contraddittorio, ecc.) e i diritti fondamentali all'accesso alla giustizia e al processo in tempo ragionevole, in modo che tutti loro siano garantiti nella maggior misura possibile, ponderazione che non si può realizzare in modo ipotetico, ma soltanto dinanzi alle peculiarità del caso concreto.

RIFERIMENTI

ABDALA FILHO, João Carlos Saud. **Repercussão Geral: Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional.** *In* Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 2, n. 1, 2010.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A Institucionalização da razão.** *In* Constitucionalismo discursivo. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria do discurso e direitos fundamentais.** Trad.: Maria Cláudia Cachapuz. *In* Direito natural. Direito positivo. Direito Discursivo. HECK. Luis Afonso (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALGAYER, Kelin Kássia. NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações.** *In* Espaço Jurídico Joaçaba, v. 13, n. 2, jul/dez, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existente e diretrizes para uma nova proposta de codificação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVES, Gabriela Pellegrina. AZEVEDO, Júlio Camargo de. **As tutelas de urgências como meio de realização do princípio do acesso universal à justiça.** *In* Temas atuais de processo civil. v. 2, nº 1, jan/2012.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** v.1. 11ª ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVIM, Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.** 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Tutela antecipada: atualizada de acordo com as recentes reformas processuais.** 5ª ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2007.

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. **Tutela antecipada na sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANDOLINA, Italo. **Il tempo e Il processo.** *In* Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 176, outubro/2009.

_____. **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale.** Milano: Giuffrè, 1983.

ANDOLINA, Italo. VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionale della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano.** 2ªed. Torino: Giappichelli, 1997.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A ordem constitucional e o novo direito civil.** Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/729/4/Ordem_Constitucional_Novo.pdf.

ANNONNI, Danielle. **Acesso à justiça e direitos humanos: a emenda constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo.** Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Unibrasil. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>.

_____. **Responsabilidade do Estado pela duração não razoável do processo.** Curitiba: Juruá, 2008.

APICELLA, Guisepe. **II procedimento civile sommario.** Milano: Società Editrice Libreria, 1908.

ARIETA, Giovanni. **Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c..** Padova: CEDAM, 1985.

_____. **Trattato di diritto processuale civile.** 2ª ed., 2010.

_____. **I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.** Padova: CEDAM, 1985.

ARMELIN, Donaldo. **A tutela jurisdicional cautelar.** *In* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 23, jun. 1985.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo.** Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ASCENÇÃO, J. Oliveira. **Fontes do Direito no sistema do “Common Law”.** *In* Revista de Direito Público nº 35-36, jul./dez., 1975.

ASSIS, Araken de. **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.** Porto Alegre: Notadez, 2007.

_____. **Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: Processo e Constituição.** *In* Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2007.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. **Vícios de motivação da sentença penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 38, São Paulo, 2002.

BALBI, Celso Edoardo. **Provvedimenti d'urgenza**. In Nov. Dig. Disc. Priv., XVI, Torino, 1997.

BALEEIRO, Aliomar e SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALESTEIRO, Gabriela Soares. **A celeridade processual e a padronização das decisões com as sumulas vinculantes: o direito ao contraditório**. In Revista de estudos jurídicos, ano 15, nº 22, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo**. In Temas de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, 8ª série, 2004.

_____. **Os princípios do direito processual civil na constituição de 1988**. Livro de Estudos Jurídicos, vol. 4, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992.

_____. **A tutela específica do credor nas obrigações negativas**. In Temas de Direito Processual - segunda série. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo**. In Temas de Direito Processual, 9ª série, São Paulo: Saraiva, 2007.

BARILE, Paolo. **Diritti dell'uomo e libertà fondamentali**. Bologna: Il Mulino, 1984.

BARROS, Caio Sérgio Paz de. **As liminares (cognição e cautelar) e a impossibilidade de o juiz extinguir o procedimento em decorrência da via eleita pelo advogado**. In Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de julho de 2004, nº 13/2004, v. III.

BARROSO, Luis Alberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: renovar, 1996.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 1999.

_____. **Noeconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. In Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº 09, março/abril/maio 2007.

BARUSSO, Edoardo. **Diritto Costituzionale**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2008.

BASILICO, Giorgetta; CIRULLI, Massimo. **Le condanne anticipate no processo civile di cognizione**. Milão: Gufre, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.** São Paulo: Malheiros, 1995.

BERIZONCE, Roberto. **O Efectivo acceso a la justicia.** La Plata: Libreria Editora Platense, 1987.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil.** Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995.

BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione. Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile.** Tesi di Dottorato, Università di Bologna, XIX Ciclo.

BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução.** Disponível em: www.conpendi.org.br. Acesso em 02 de agosto de 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações.** 9ª ed., Rio de Janeiro: F. Alves, 1957.

BICUDO, Hélio Pereira. **A comissão interamericana de direitos humanos: funções e atuação.** In *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, Brasília: STJ, 2000.

BIN, Roberto. PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto Costituzionali.** 12ª ed., Torino: Giappichelli, 2011.

BIONDI, Biondo. **Il diritto romano Cristiano.** Milano: Giuffrè, 1954.

BIRCHAL, Alice de Souza. **Relato histórico-evolutivo das ações cautelares no mundo ocidental.** In FIUZA, César (coord.). *Direito processual na história.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 8ª ed. Brasília: OAB Editora, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **O julgamento liminar de improcedência da demanda da ótica do réu: (art. 285-A)**. In *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANDOLINI, Elena. **700 c.p.c.: strategie processuali ed ambiti applicativi**. Padova: CEDAM, 2011.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Direito a jurisdição eficiente e garantia da duração razoável do processo na reforma do Judiciário**. In *Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte*, v. 8, nº. 15, 1º sem. 2005.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BRUNO, Elena. **Il danno da irragionevole durata del processo.** *In* L'attualità del diritto, Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Yusef said. **Responsabilidade Civil do estado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAIANIELLO, Vincenzo. **Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione,** *In* Riv. Dir. Proc. 2001, 42, ivi 48.

CALAMANDREI, Piero. **Verità e verossimiglianza nel processo civile.** *In* Rivista di diritto processuale, Padova: CEDAM, 1955.

_____. **Processo e giustizia.** *in* Riv. dir. proc., 1950, I.

_____. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares.** Campinas: Servanda, 2000.

_____. **Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari.** Padova: CEDAM, 1936.

CALIL DE FREITAS, Luiz Fernando. **Direitos Fundamentais.** Limites e restrições. Porto Alegre, 2007.

CALVOSA, Carlo. **La Tutela Cautelare (Profilo Sistemático).** Torino: UTET, 1963.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Civil.** 20ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Juizados Especiais Cíveis e Federais: uma abordagem crítica.** 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Lições de direito processual civil.** Volume I, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1998.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** *In* Panóptica. Vitória, ano 1, nº 6, fevereiro de 2007.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** *In* Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson; (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2000.

CAPOGRASSI, Giuseppe. **Intorno al processo (Ricordando Giuseppe Chiovenda).** *In Opere*, IV, Milano, 1959.

CAPONI, Remo. PROTO PISANNI, Andrea. **Lineamenti di diritto processuale civile.** Napoli: Jovene Editore, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **La dimensione sociale: l'accesso alla giustizia.** *In* Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee – Studi di diritto giudiziario comparato, Bologna: Il Mulino, 1994.

_____. **Juízes legisladores?.** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993, reimpressão 1999.

CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali**. 3ª ed., Torino: Giappichelli, 2011.

CARLUCCIO, Pina. **Il giusto processo**. In Le più rilevanti decisioni civili della Corte di Cassazione, Roma, gennaio/2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARNEIRO JR, Amilcar Araújo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma contribuição para o estudo da razoável duração do processo**. In Revista Jurídica, 396, outubro/2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.

_____. **Derecho procesal civil y penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1971.

CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo Cautelar Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARPI, Federico. **La provvisoria esecutorietà della sentenza**. Milano: Giuffrè, 1979.

CARRATTA, Antonio. **Profili sistematici della tutela anticipatoria**. Torino: Giappichelli, 1997.

_____. **Processo (ragionevolmente) breve**. Disponível em http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civil_e_e_delle_procedure_concorsuali/1_Carratta_processo_breve.html

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO JUNIOR, Odilair. **Dos provimentos antecipatórios e o devido processo legal**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Vitória, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. *In* R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, jul/set., 2011.

CAVALLARO, Antonio. **Terzietà del giudice e creatività della giurisprudenza: il valore del precedente**. *In* i-lex, 11, 2010.

CECCHETTI, Marcelo. **Giusto processo (diritto costituzionale)**. *In* Enciclopedia del diritto, Aggiornamento, V, Milano, Giuffrè, 2001.

CENDON, Paolo. **Commentario al Codice Civile**. Milano: Giuffrè, 2010.

CHIARLONI, Sergio. **Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile**. *In* Riv. dir. proc., 2000.

_____. **Introduzione allo studio del diritto processuale civile**. Torino: Giappichelli, 1975.

CHIEPPA, Riccardo. **Valori Costituzionali**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 09.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis: Lei nº 9.099/95, parte geral e parte cível, comentada artigo por artigo**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffré, 1993, v. 1.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: IESDE, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, v. I.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e giusto processo - Modelli a confronto**. *In RePro*, 90/99.

_____. **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: CEDAM, 1970.

_____. **Etica e tecnica del “giusto processo”**. Torino: Giappichelli, 2004.

_____. **Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica**. *In Revista de Processo*, V. 108, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela**. *In Rivista di diritto processuale*, V. 62, nº 3, Padova: CEDAM, 2007.

_____. **Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali**. Padova: Cedam, 1997, v. 2.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. **La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi.** *In* Revista di Diritto Processuale, Padova, v. 45, n. 4, 1990.

CONTRAIAS, Hélio. **AI-5 - A Opressão no Brasil.** Rio de Janeiro: Record, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF.** Brasília: Thesaurus, 2008.

COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado.** São Paulo: Editora Manole, 2006.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania.** 2ª ed., São Paulo: UNESP, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belho Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ E TUCCI. José Rogério. **Garantia do Processo sem dilações indevidas.** *In* Revista Jurídica, nº 277, nov/2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa).** *In* Revista dialética de direito processual, nº 39, São Paulo: Dialética, jun. 2006.

D'ALBUQUERQUE, Salvador Henrique. **Resumo da História do Brasil.** Pernambuco: Typografia Imperial, 1848.

DALLARI, Dalmo. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 2002.

DALMOTTO, Eugenio. **Diritto all'acqua riparazione per l'eccessiva durata del processo.** *In* Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi. Torino: Giappichelli, 2002.

DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo.** 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELLA VEDOVA PAG. **La garanzia del giusto processo nel giudizio avanti la Corte inter-americana dei diritti umani.** *In* Riv. Trimestrale dir. e proc.civ., 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho,** 2ª ed., São Paulo: LTr, 2004.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil.** vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Natureza constitucional da tutela de urgência.** Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

DIANA, Antonio G. **Procedimenti cautelari e possessori.** Torino: UTET, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **O princípio da cooperação: uma apresentação.** *In* Revista de processo. V. 127, 2005.

_____. **Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo.** *In* Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil

brasileiro. TELLINI, Denise Estrela. JOBIM. Geraldo Cordeiro. JOBIM. Marco Félix. (ORG). Caxias do Sul: Plenum, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12ª ed., v.1, Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 2ª ed., vol. 4, Salvador: JusPodium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2007.

DI PAOLA, Nunzio Santi. TAMBASCO, Francesca. **Le novità per l'avvocato dopo la legge 134/2012**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. **O processo como meio de efetivação dos Direitos Fundamentais**. *In* Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.51, n.81, p.195-204, jan./jun., 2010.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. MENENDEZ, Aureliano. **El derecho, la ley y el juez: dos estudios**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** In FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Ensaios de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no direito processual civil.** 2.^a ed., São Paulo: Dialética, 2002.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo.** 6^a ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FAUSTO, Boris. **Getúlio Vargas: o poder e o sorriso.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – Teoria Del Diritto e della demicrazia.** Vol 2. Bari: Editori Laterza, 2007.

_____. **O constitucionalismo garantista e o estado de direito.** In Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalsimo – um debate com Luigi Ferrajoli. (Org) FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, Andre Karan. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRARA, Gianni. **Garanzie processuali e diritti fondamentali.** L. Lanfranchi (a cura di), Roma: Istituto Enciclopedia Treccani, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 4^a edição, 2007.

_____. DINIZ, Maria Helena. GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Steveson. **constituição de 1988: Legitimidade, vigência e eficácia.** São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Jorge (org.). **O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo**. Vol. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

FERRI, Corrado. **Procedimenti cautelari a tutela del credito: il sequestro conservativo**. In *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000.

FICHTNER, José Antonio e MONTEIRO, André Luís. **Sentença de julgamento imediato do mérito: algumas considerações sobre o art. 285-A do CPC**. In *Revista dialética de direito processual*, n. 76, p. 48-65, jul., 2009.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. v.4, t. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **O novo procedimento sumário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

FINOCCHIARO, Giuseppe. **L'improbabile "quadratura" costituzionale dell'equità necessaria**. In *Giur. It.*, nº 3, Torino: UTET, 2005.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 9ª edição, Belo Horizonte-MG: editora Del Rey, 2006.

FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. AIRES, José Rover. **A Reforma do Judiciário: uma análise sistêmica da nova estrutura e organização.** *In* Pensar, Fortaleza, v. 17, nº 2, jul./dez. 2012.

FREITAS, Juarez. **A melhor interpretação vs. única resposta correta.** *In* Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRIEDE, Reis. **Tutela cautelar e tutela antecipada: distinções fundamentais.** *In* Rev. Direito, Rio de Janeiro, v.3, n. 5, jan /jun, 1999.

FUX, Luiz. **A reforma do processo civil.** 1ª ed., Niterói/RJ: Impetus, 2006.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. **Tutela específica das obrigações de fazer.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo.** São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GAROFOLI, Vincenzo. **La durata ragionevole del processo (garanzia oggettiva) e la durata irragionevole del “processo breve” (garanzia soggettiva).** Disponível em: http://www.treccani.it/export/sites/default/magazine/diritto/approfondimenti/pdf/2_Garofoli_durata__processo.pdf. Acessado em 5 de abril de 2013)

GASPAR, António Henriques. **O tempo judiciário e a qualidade da decisão – eficiência do sistema e eficácia da decisão.** *In* Julgar, n.º 5, 2008.

GAVRONKI. Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIANNINI, Luca. VITALI, Mariano. **Recesso ed esclusione del sócio.** Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2008.

GIORDANO, Rosaria. **La tutela cautelare uniforme.** Milano: Giuffrè, 2008.

GIUDICE, Frederico del. **Código di procedura civile spiegato articolo per articolo**. 8ª ed., Napoli: Simone, 2004.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Razoável duração do processo**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et all (Coords.). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. V. 1, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flavio. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO Leonardo. **A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, nº 9, Ano VII, dezembro de 2006.

_____. **Garantias fundamentais do Processo: O processo justo**. Revista Novos Estudos Jurídicos, Ano VII, nº 14, abril/2002.

GRILLO, Simone. **La legge pinto nell'ordinamento italiano: Problemi e prospettive**.

<http://www.sioi.org/media/GruppoGRicercatori/5.%20La%20Legge%20Pinto%20nellordinamento%20italiano%20-%20problemi%20e%20prospettive.pdf>

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mudanças estruturais no Processo civil brasileiro**. In Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, nº 1, 2006.

_____. **O princípio do juiz natural e sua dupla garantia.** Revista de Processo, v. 29, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano.** *In* Estudios de teoría constitucional. México/DF: Fontamara, 2003.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Belmant. **Hermenêutica dos Direitos Fundamentais.** *In* Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: Celso Bastos, 3ª edição, 2003.

GUILLÉN, Victor Fairen. **El juicio ordinario y los plenarios rápidos.** Barcelona: Bosch, 1953.

HARKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o Direito à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HEINECK, Cristiano Schmitt. **Direito à razoável duração do processo no Brasil: origens, inobservâncias e tentativas de concretização.** *In* Revista da Faculdade de direito UFG, v. 34, n. 01, jan./jun. 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HOFFMAN, Paulo. **O Direito à razoável duração do processo e a experiência italiana.** In Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HOFFMANN, Fernando. CAVALHEIRO, Larissa Nunes Cavalheiro. NASCIMENTO, Valeria Ribas do. **Determinismo/positivismo versus indeterminismo/neoconstitucionalismo: observações sobre o tempo e o processo.** In Revista de Direito UNISC. N.º 34. Santa Cruz do Sul.

_____. **O constitucionalismo principiológico como condição de possibilidade para a concretização dos direitos humano-fundamentais.** In Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1º quadrimestre de 2011.

HOTE, Rejane Soares. **A garantia da razoável duração do Processo como direito fundamental do indivíduo.** In Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VIII, Nº 10 - Junho de 2007.

JOBIM, Marco Felix. **A responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual.** In. **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro.** TELLINI, Denise Estrela. JOBIM, Geraldo Cordeiro. JOBIM, Marco Félix. (ORG). Caxias do Sul – RS: Plenum, 2010.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional: una mirada (de soslayo) al neoconstitucionalismo.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), julho-dezembro, 2009.

JUNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Los Angeles: University of California Press, 1967.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9ªed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. Arquivos do Ministério e Negócios Internos, ano XXII, dez. 1964, n. 92.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **O controle da constitucionalidade das medidas provisórias: a judicialização da política**. In Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre, ano 13, nº 46, 2002.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEVINE, Robert M. **Pai dos pobres?: O Brasil e a era Vargas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LIMA, Alcides Saldanha. **A convenção americana sobre direitos humanos e a razoável duração do processo – reflexões a partir de dois precedentes da CIDH: Ximenes Lopes e Nogueira de Carvalho (versus Brasil)**. Anais do XIX Encontro nacional do COMPEDI. Fortaleza – Ceará, junho de 2010.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. Barueri: Manole, 2004.

LIUZZI, Giuseppe Trisorio. **Il diritto ala difesa**. In Stato di Diritto e garanzie processuali, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

LOBO, Arthur Mendes. **Breve Comentário sobre a regulamentação da súmula vinculante.** In Constituição e processo. (ORG.) DIDIER JR., Fredir; WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JR. Luiz Manoel. Salvador: Podivm, 2007.

LONGO, Luis Antônio. **As garantias do cidadão no processo civil.** Org. Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Função social e efetividade do processo civil.** Revista Dialética de Direito Processual, nº 13, abril/2004.

LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil.** São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2008.

LUPO, Ernesto. **Motivazione semplificata di sentenze e di ordinanza decisorie civili.** In Giustizia insieme, Roma: Aracne editrice, 2011.

LUZ, Rolando da. ALMEIDA, Dulce Calmon de Bittencourt Pinto de. **Efetividade do Processo: um elemento valorativo do princípio de “acesso à justiça”.** Revista Forense, vol. 393, Rio de Janeiro: Forense, setembro/outubro de 2007.

MACCHIAROLI, Francesco. **Eccesiva durata dei processi ed equa riparazione: tra giurisprudenza di Strasburgo e Legge Pinto.** Giurisprudenza Italiana, Ottobre, 2004.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada.** 2ª ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MACHADO, Clara Cardoso. **O neoconstitucionalismo e a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.** In Revista

Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba: UniBBrasil, vol. 2, nº 2, julho/dezembro 2007.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Dimensões do direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

MAFFINI, Rafael de Cás. **Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAGANO, Marcelo Camargo. **O duplo Grau e os Recursos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 1996.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARCATO, Antônio Carlos. **Julgamento de Plano de Causas Repetitivas**. In RDC Nº 70 – mar/abr, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Antecipação da tutela.** 9ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Ações repetitivas e julgamento liminar.** Revista Jurídica, 354, abril/2007.

_____. **Técnica Processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direito Fundamental à duração razoável do processo.** Revista Estação Científica, V.01, nº 04, outubro e novembro/2009.

_____. **Manual do Processo de Conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Teoria Geral do Processo.** 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Processo de Conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. **O projeto do CPC. Críticas e propostas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAZZARESE, Tecla. **Neocostituzionalismo e positivismo giuridico.** *In* Ration pratica. 2/2003, doi: 10.1415/10873.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **A reforma do sistema judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no país.** Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/discParisport1.pdf.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípio do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MILHOMENS, Jônatas. **Do procedimento sumaríssimo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MILLER, Cristiano Simão. SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. **A importância do precedente judicial no direito processual civil brasileiro e o julgamento dos recursos repetitivos.** *In* Inter Science Place, Ano 4 - N^o 18 Julho/Setembro, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: Comentários, jurisprudência, legislação.** 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Gilson Delgado. **Sistema cautelar brasileiro e sistema cautelar italiano.** *In* Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 14, abr/jul, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

MIRATE, Silvia. **La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i giudici nazionali.** Corte di Cassazione e Consiglio di Stato a confronto. *In* Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni (a cura di Giancarlo Rolla), Milano: Giuffrè, 2010.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

_____. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Processo Civil e Estado Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Direito Fundamental ao processo justo.** *In* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Nº 45, nov/dez 2011.

_____. **Direito ao Processo Justo como Direito à colaboração no Processo Civil.** Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direito-ao-processo-justo-como-direito-a-colaboracao-no-processo-civil/4893>. Acesso em 28 de julho de 2012.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. Volume 1, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria geral**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado Nacional Constitucional Como fenômeno Contemporâneo. Problemas e perspectivas**. *In* Revista Estudos Jurídicos, São Leopoldo, Vol. 37, nº100, maio/agosto 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V: Arts. 476 a 565, 15ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Revista brasileira de direito processual, v. 16, 1978.

MORONI, Elisabetta. **Il processo civile e la normativa comunitaria** (a cura di Stefano Scarafoni). Torino: UTET Giuridica, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000.

NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7ª ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Olavo de Oliveira. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Princípio da Isonomia**. *In* Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NICOLITT, André Luiz. **A Duração Razoável do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 1999.

NUNES, Luiz Antonio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Allan Helber de. **A Segunda Reforma do CPC**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Provimentos de urgência: aspectos históricos e doutrinários**. In FIUZA, César (coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória**. Revista da AJURIS, v. 23, n. 66, 1996.

_____. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf), acessado em 20 de setembro de 2011.

OLIVERA, Alberto Álvaro. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V 1. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA LIMA, Manoel. **O Império Brasileiro (1822-1889)**. São Paulo: Melhoramentos, 1927.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante**. 2ª ed., São Paulo: Lejus, 2000.

OSPITALI, Giancarlo. **Elementi di Diritto Pubblico**. Padova: CEDAM, 1962.

OST. François. **O tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PAOLUCCI, Maria Ginevra. **La tutela del socio nella società a responsabilità limitata**. Milano: Giuffrè, 2010.

PANNALE, Luigi. **Giustiziabilità dei diritti: per un catalogo dei diritti umani**. Milano: Franco Angeli, 2002.

PARENTE, Eduardo Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006.

PENNA, Lincoln de Abreu (org.). **Manifestos políticos do Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: E-papers, 2008.

PEREIRA, Cynthia Nóbrega. **A eficácia horizontal das garantias fundamentais**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - Fortaleza V.7 n.1 p. 1-417 jan/jul 2009.
dos Tribunais, 1998.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 6ª edição, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Commento alla Costituzione Italiana**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

PIERI, Sueli Aparecida. **A reforma do poder judiciário: uma abordagem sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Millennium, 2006.

PIMENTA, José Roberto Freire. **Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer no processo do trabalho. Cominação de prisão pelo Juízo do Trabalho em caso de descumprimento do comando judicial.** *In* Rev. TRT - 3ªR. - Belo Horizonte, jul/dez, 1997.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

PISANI, Andrea Proto. **La Nuova Disciplina dei Procedimenti Cautelari in Generale.** Roma: Foro Italiano, 1991.

_____. **Le Tutele Giurisdizionali dei Diritti.** Napoli: Jovene Editore, 2003.

_____. **La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano.** *In* Revista de Processo, São Paulo, ano 23, n. 90, abril/junho, 1998.

_____. **Appunti sulla tutela somaria.** *In* PROTO PISANI, Andréa (Coord.). I processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi. Napoli: Jovene, 1979.

_____. **Sulla tutela giurisdizionale differenziata.** *In* Rivista di Diritto Processuale, Padova, ano 34, n. 4, out/dez, 1979.

_____. **Introduzione – Breve premessa a um curso sulla giustizia civile.** *In* Appunti sulla giustizia civile. Bari: Cacucci, 1982.

PLACCI, Licia Califano. **Guida ragionata alla Costituzione italiana**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2010.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. BARBOSA, Claudia Maria. FREITAS, Cinthia. **Mecanismos voltados à efetividade da execução de sentenças no processo civil brasileiro**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/vera_lucia_feil_ponciano.pdf.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1981.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

QUARANTA, Alfonso. LOPILATO, Vincenzo. **Il processo amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2010.

QUERZOLA, Lea. **Pubblico ministero, tutela d'urgenza e reclamo dei provvedimenti cautelari nelle questioni di status**. In *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000.

RADBRUCH, Gustav. **Lo spirito del diritto inglese**. Trad. Alessandro Baratta. Milão: Giuffrè, 1962.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Evolução histórica do princípio do devido processo legal**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 46, Curitiba: SER/UFPR, 2004.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª edição anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1999.

REBELAIS, François. **Gargantua e Pantagruel**. Roma: Formiggini Editore, 1925.

REIS, Francis Vanine de Andrade. **Urgências de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado Democrático de Direito**. *In* Revista da Fac. Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 11, n. 21, 2008.

REIS, Whith Martins dos. **O princípio do devido processo legal no âmbito da Constituição brasileira**. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Vol. 39. Nº 2, 2011.

RIALL, Lucy. **Sicily and the unification of Italy**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

RIBEIRO, Ludmila. **A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça**. Revista de Direito GV. N.º 8.

RICCI, Edoardo F. **A tutela antecipada no direito italiano**. *In* Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: Genesis, v. 2, n. 4, jan. abr. 1997.

RICCITELLI, Antonio. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. 4ª ed. rev., Barueri: Manole, 2007.

RICHTER, Giorgio Stella. RICHTER, Paolo Stella. **Giurisprudenza sul codice di procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2011.

RICHTER, Luiz Egon. MÜLLER, Thaís Carnieletto. **Considerações sobre uma hermenêutica sistêmica**. *In* Revista de Direito, Santa Cruz do Sul, nº 13, 2000, p. 43.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais.** *In* Revista CEJ. Volume 1., n. 3, set/dez, 1997.

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia.** São Leopoldo: Unisinos, 2003.

RODRIGUES, Walter dos Santos. **A duração razoável do processo na Emenda Constitucional nº 45.** *In* Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 2, jan./dez., 2008.

ROLLIN, Cristiane Flores Soares. **A garantia da igualdade no processo civil frente ao interesse público.** *In* As garantias do cidadão no processo civil: Relações entre constituição e processo. PORTO, Sergio Gilberto. (ORG.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROMANELLI, Raffaele. **Storia dello Sato Italiano.** Roma: Donzelli, 1995.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **A Luta Contra o Tempo nos Processos Judiciais: um problema ainda à busca de uma solução.** *In* Temas atuais de processo civil. v.1, nº 4 - Outubro de 2011.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. **Juizados Especiais Cíveis: Estudos sobre a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, parte prática, legislação e enunciados.** São Paulo: Atlas, 2000.

SAMORI, Gianpiero. La tutela cautelare dichiarativa. *In* **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2066.

_____. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANNA, Cecilia. **La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudice italiani ed europei.** Milano: Giuffrè, 2008.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial.** Lima: Palesta Editores, 2007.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados especiais cíveis e criminais: federais e estaduais.** 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português.** 2ª ed., Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS FILHO, José dos. **Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos.** In FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado.* São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição.** In Revista da Ajuris nº 66, 1996.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do estado intervencionista.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SEITENFUS, Ricardo. **O Brasil vai à guerra: o processo do envolvimento brasileiro na Segunda Guerra Mundial.** 3ª ed., Barueri: Manole, 2003.

SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência: De Piero Calamadre a Ovídio Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **O tempo na Sociedade pós-moderna: a necessidade de adequação do direito processual civil**. In *Tempestividade e efetividade: novos rumos do processo civil brasileiro*. (ORG.) TELLINI, Denise estrela. JOBIM, Geraldo Cordeiro. JOBIM, Marco Felix. Caxias do Sul – RS: Plenum, 2010.

SILVA, Jaqueline Mielke. XAVIER, José Tadeu Neves. **Reforma do processo civil: leis 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006 e 11.280, de 16.02.2006**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 9ª edição, 1994.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In *Revista dos Tribunais*, nº 98, abril de 2002, 91º ano.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XI, Porto Alegre: LeJur, 1985.

_____. **Curso de processo civil**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005.

_____. **Do Processo Cautelar**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

SILVA, Juracy. **A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos**, São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível – Fundamentos e Técnica**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Razoabilidade versus proporcionalidade**. *In* Revista Jurídica Consulex, VII, n. 145, jan/2003.

SLERCA, Eduardo. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOLENE, Diego. VERRILLI, Atonio. **Compendio di Diritto Costituzionale**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2012.

SOSA, Toribio Enrique. **Reingeniería procesal**. La Plata: Librería Editora Platense, 2005.

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. **Juizados especiais federais cíveis: aspectos relevantes e o sistema recursal da Lei nº 10.259/01**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzatto, 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion. SPENGLER NETO, Theobaldo. **O “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”:** as verdades conflitivas e seu tratamento. *In* Revista do Direito (Santa Cruz do Sul), v. 30, 2008.

STAIANO, Rocchina. **Dequalificazione professionale e mobbing.** Matelica: Halley Editrice, 2006.

STENMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. **O provimento jurisdicional e a garantia do contraditório.** *In* As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre constituição e processo. (Org). PORTO, Sergio Gilbert. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STORME, Marcel. **Rapprochement du Droit Judiciaire de l’Union européenne.** Dordrecht: M. Nijhoff.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante.** 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta.** *In* Revista do instituto de Hermenêutica Jurídica. A filosofia no Direito e a filosofia do Direito. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, volume 1, nº 5, 2007.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito.** *In* Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2009.

TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras: 1988.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2004.

TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre prueba y verdad.** Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, ano VII, jan/dez, 2002.

_____. **La prueba de los hechos.** 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. **Precedente e giurisprudenza.** *In* Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, nº 3.

TARZIA, Giuseppe. **Considerazioni conclusive.** *In* Les mesures provisoires en procédure civile, atti del Colloquio Internazionale, Milano, 12-13 ottobre 1984, a cura di Giuseppe Tarzia, Milano: Giuffrè, 1985.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TAVARES, Fernando Horta. **Tempo e Processo.** *In* GALUPPO, Marcelo Campos (org.). O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Medidas cautelares.** São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. **Crítica à investida de Mitidiero contra o artigo 285-A do CPC.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060429critica.php>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Processo cautelar**. 5ª ed., São Paulo: LEUD, 1983.

_____. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. *In* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 29, 2009.

_____. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais**. Disponível em:[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(5)%20-formatado.pdf).

TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria**. Padova: CEDAM, 1983.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei nº 9.099/95**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. **Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali**. *In* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano LV, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Tempo e processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Garantia do processo sem dilações indevidas**. In Tucci, José Rogério Cruz e. (Org.). *Garantias Constitucionais do processo civil. Homenagem aos 10 anos da CF de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. **Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum**. In *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1995.

VEDOVA, Paolo Della. **Cognizione speciale e struttura del procedimento: Analisi del processo sommario societario**. Milano: Giuffrè, 2007.

VENTURA, Deisy. CETRA, Raísa Ortiz. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha à Belo Monte**. In *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*, Belo Horizonte: Forum, 2013.

VIGNERA, Giuseppe. **giusto processo e riti speciali**. Milano: Giuffrè, 2009.

VIGORITI, Vincenzo. **Il rifiuto del processo civile**. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 25, n. 99, p. 48, jul./set. 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova sistemática processual civil**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito sua Linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1983.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

WINTER, Eduardo da Silva. **Medidas cautelares e antecipação e tutela.** Porto Alegre: Fabris editor, 2007.

ZAGREBELSKY, Vladimiro. **La ragionevole durata del processo italiano.** Limiti e disfinzioni del rimedio interno. In *La crisi della giustizia civile in italia: che fare?*. Milano: Giuffrè, 2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo: A Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático de Direito.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

_____. **Processo Constitucional: relações entre processo e Constituição.** In *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.* Porto Alegre: Fabris, 2004.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **O processo civil no terceiro milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Prazo razoável: direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas.** In *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 22, mar./abr. 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela.** 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.