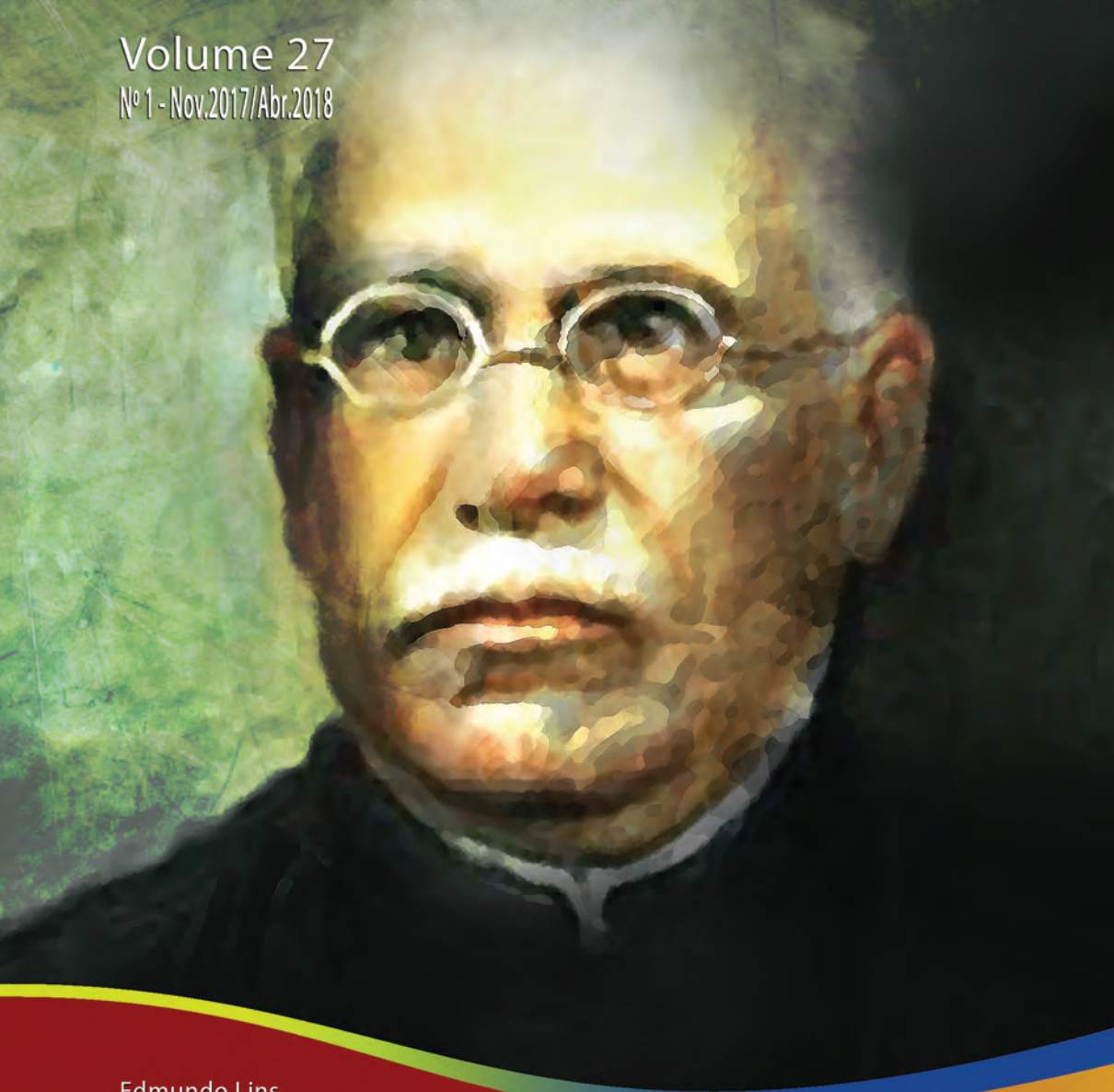


REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 27

Nº 1 - Nov.2017/Abr.2018



Edmundo Lins,
Ministro do Supremo
Tribunal Federal

**EMARF**



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 27
Nov.17./Abr.18

SUMÁRIO

VERNÁCULO OU LÍNGUA PORTUGUESA? A NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL	11
Alexandre Chini e Marcelo Moraes Caetano	
STF - ENTENDIMENTO SOBRE COMPETÊNCIA DE ATOS DO CNJ	19
Alexandre Pontieri	
O TEXTO “LEI E JUÍZO”(GESETZ UND URTEIL) DE CARL SCHMITT EM UM CONFRONTO COM O REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO	29
André R. C. Fontes	
OS DIREITOS AUTORAIS DAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS E A REPRODUTIBILIDADE TÉCNICA: O STATUS FÁTICO BRASILEIRO DAS ESCULTURAS	33
Caroline Dunker Fucci	
UM ESTUDO COMPARATIVO A RESPEITO DO ABORTO.....	67
Eduardo Aidê Bueno de Camargo	
ARBITRAGEM EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	89
Felipe Moutinho Cordeiro	
A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS DIREITOS SOCIAIS: A SUBJETIVAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS À LUZ DAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM	113
Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha	
MARCAS NÃO VISUAIS: A PROTEÇÃO DE MARCAS NÃO VISUAIS NO BRASIL	131
José Roberto de Almeida Junior	
UM COMBATE MAL-AJAMBRADO À CORRUPÇÃO.....	151
José-Ricardo Pereira Lira	
O SERVIÇO PÚBLICO DE COMBATE AO INCÊNDIO E AS TAXAS	159
Leonardo de Medeiros Fernandes	
DIREITO AUTORAL NO CINEMA	175
Lucas Mello Caldeira	
AS DUAS FACES DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL ..	207
Marcelo Leonardo Tavares e Ricardo José Leite Sousa	

SULLE RECENTI RIFORME IN TEMA DI MOTIVAZIONE IN BRASILE E IN ITALIA: UNA BREVE ANALISI	225
Naiara Posenato	
ASPME´SE O ACESSO AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO FORMA DE FOMENTO – UMA ABORDAGEM COMPARATIVA ENTRE O MODELO BRASILEIRO E O PORTUGUÊS ..	239
Osvir Guimarães Thomaz	
O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO FATOR DE SUPRESSÃO DO ANTIGO REGIME E IDEÁRIO DA DECLARAÇÃO DE 1789.....	261
Paula Zimbrão Pereira	
A EVOLUÇÃO DO STATUS DO PODER JUDICIÁRIO AO LONGO DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	277
Reis Friede	
MARKETING DE EMBOSCADA – ANÁLISE COMPARATIVA DO ARCABOUÇO JURÍDICO VIGENTE E A HERANÇA NORMATIVA DE LEIS TRANSITÓRIAS	309
Robert Daniel Shores	
O EMPREGO DE GAMES NO ENSINO-APRENDIZAGEM EM CIÊNCIAS JURÍDICAS	343
Rodolfo Kronenberg Hartmann e Iara Oliver	
FORMAS DE GOVERNO, SISTEMAS DE GOVERNO E RESPONSABILIDADE POLÍTICA	369
Viviane Pleyzy	

SULLE RECENTI RIFORME IN TEMA DI MOTIVAZIONE IN BRASILE E IN ITALIA: UNA BREVE ANALISI

*Naiara Posenato**

La motivazione dei provvedimenti decisorii in materia civile è questione d'innegabile attualità e di specifico interesse nella comparazione fra gli ordinamenti brasiliano e italiano.

La disciplina della motivazione interessa per il dibattito giuridico italiano nell'ambito delle più generali riflessioni che da diversi anni si fanno sull'elevato carico di lavoro che grava sulla Corte Suprema di Cassazione e sul suo arretrato e pertanto, da ultimo, sull'efficienza processuale e sulla durata ragionevole del processo¹.

* Ricercatrice confermata presso l'Università degli Studi di Milano, abilitata alle funzioni di professore di seconda fascia (ASN-2012). Professoressa di Sistemi Giuridici Comparati e di Tutela Comparata dei Diritti presso la stessa Università.

¹ A tale proposito viene spesso ricordato il 23 aprile 1999, data in cui si è tenuta forse la più nota Assemblea generale della Corte Suprema di Cassazione, quando si è discusso in merito alla posizione della Corte suprema e dei suoi poteri nell'ordinamento e sono state avanzate diverse proposte poi oggetto di dibattito in diverse altre sedi e in interventi legislativi. Secondo i dati statistici ufficiali, tra gennaio e dicembre 2016 sono pervenuti alla Corte di cassazione 29.693 nuovi ricorsi (materia civile), e definiti con la pubblicazione del provvedimento nello stesso anno, 27.375 ricorsi. La pendenza residua è di 106.862 procedimenti, di cui 77.544 processi "a rischio Pinto" (procedimenti che non sono stati risolti entro i termini previsti dalla Legge del 24 marzo 2001, n. 89 e per i quali i soggetti interessati potrebbero richiedere allo Stato un risarcimento per irragionevole durata). La durata media in Corte per i procedimenti definiti nel periodo gennaio-dicembre 2016 è di 40,7 mesi (3 anni, 4 mesi e 7 giorni). Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio di statistica, La Cassazione civile. Annuario statistico 2016 (disponibile alla pagina web http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/LaCassazioneCivile_AnnuarioStatistico2016.pdf)

Una lucida ricostruzione storica della nascita della Corte di cassazione unitaria in Italia, nonché chiarimenti sulla sua organizzazione, sul suo funzionamento e sulle possibili ragioni dell'attuale crisi è rinvenibile in Carbone, V., Prolusione, in AA.VV., *Le corti supreme. Atti del Convegno* (Perugia, 5-6 maggio 2000), Milano, Giuffrè, 2001, p. 11 ss.

Allo stesso modo, in Brasile, la tematica dell'eccessivo carico delle corti e della durata del processo non è di certo sconosciuta, tanto da essere stata introdotta nell'attuale Costituzione federale del 1988 (specificatamente con la Riforma Costituzionale n. 45 del 2004) la garanzia fondamentale ad un processo celere (art. 5, LXXVIII, della CF)². Inoltre, la necessità della ragionevole durata dei processi ha portato, unitamente ad altri fattori, al riconoscimento del valore di precedente a certe tipologie di decisioni giudiziali, fenomeno che assume contorni sempre più rilevanti, tanto da essere stata eretta come una caratteristica "sistemica" dello stesso³. Infine, e per quanto più ci interessa in questa sede, il nuovo Codice di procedura civile (Legge del 16 marzo 2015, n. 13.105) ha portato importanti innovazioni in tema di motivazione delle decisioni giudiziali in generale.

L'interesse a comparare i due ordinamenti per quanto riguarda la questione della motivazione è dato anche dal fatto che le discipline italiane e brasiliane potrebbero essere intese, ma a nostro avviso soltanto in seguito ad una lettura superficiale delle norme, come orientate in senso opposto.

Infatti le riforme, intese in senso ampio, del processo civile italiano, che per questo tema risalgono soprattutto al 2009, insistono sulla necessità che la motivazione sia al più possibile sintetica. Il nuovo orientamento legislativo brasiliano in materia, derivante soprattutto dalla citata recente riforma del processo civile, potrebbe invece portare a ritenere obbligatoria una motivazione sempre più elaborata e dunque estesa, tanto che inizialmente vi erano non poche perplessità sul rischio che questa riforma portasse ad un peggioramento dell'efficienza processuale in Brasile proprio in termini di ragionevole durata dei processi. In realtà, e grazie soprattutto alla dottrina e all'applicazione delle corti e, in particolare, delle corti superiori, si evince che lo scopo delle discipline giuridiche italiana e brasiliana sulla motivazione delle sentenze civile è del tutto simile. Non si tratta di semplicemente abbreviare o ampliare il fondamento delle decisioni, ma di incidere sulla motivazione al fine di renderla chiara, di rafforzare

² "Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (...)"

³ Ciò nel senso della collocazione dell'ordinamento brasiliano tra il sistema (o modello) europeo di civil law, in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, e quello anglosassone di common law, nel quale la soggezione del giudice ha come parametro il diritto, inteso come comprendente il formante giurisprudenziale. La letteratura sul tema in Brasile è oramai così abbondante da sconsigliare una ricostruzione, seppur sommaria, in questa sede.

il ruolo nomofilattico delle corti supreme e la loro giurisprudenza e, con ciò, cercare di apportare un contributo all'efficienza del sistema giudiziale e di ridurre la durata dei processi.

Diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti⁴, nel sistema giuridico italiano non è dato al giudice selezionare, discrezionalmente, quali controversie decidere, ciò nemmeno nell'esercizio delle funzioni di legittimità spettante alla Corte suprema di Cassazione (art. 111, 7° comma, Cost.)⁵. Ma se da una parte è vero che ogni questione giuridica merita una risposta, in linea con la necessità di tutela dei diritti cui deve far fronte ogni democrazia, non va dimenticata l'altra funzione essenziale di guida e di indirizzo dello sviluppo della giurisprudenza, assegnata alla C.S.C. italiana dall'art. 65 dell'Ordinamento Giudiziario (r.d. 30.1.1941, n. 12)⁶, finalizzata a promuovere l'uniforme interpretazione della legge e la prevedibilità delle decisioni e, da ultimo, l'uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge.

⁴ È noto che la selezione preliminare dei casi da conoscere (c.d. docket control) non costituisce una novità per le tradizioni giuridiche di common law, che storicamente prevedono, per l'accesso ai rispettivi tribunali supremi, strumenti che possono assumere, come in Inghilterra, la forma di "Permission to appeal to the House of Lords/Supreme Court" oppure, negli Stati Uniti, di "Writ of certiorari" e delle doctrines of justiciability, con connotazione comunque fortemente discrezionale. In Francia, secondo la Procedure d'admission du pourvoi ex art. 1014 del Code de procédure civile (Loi organique n. 2001-593 du 25 juin 2001), il vaglio d'ammissione dei ricorsi in cassazione si attua sostanzialmente mediante un allègement de la formation juridictionnelle (tre giudici al posto di cinque – formation restreinte) e di un allègement des formes procédurales (la decisione di non ammissione non dev'essere motivata). La procedura di ricorso in revisione avanti al Bundesgerichtshof tedesco (§ 542 ss. Zivilprozessordnung – ZPO, secondo la versione in vigore dal 2002) stabilisce che la revisione (1) può essere ammessa dal tribunale dell'impugnazione o dal tribunale delle revisioni e (2) deve essere ammessa se la controversia ha un'importanza fondamentale, oppure se la decisione del tribunale di revisione è necessaria ai fini dell'evoluzione del diritto o della garanzia dell'uniformità della giurisprudenza. In Spagna, il criterio prescelto per l'impugnazione è quello della "summa gravaminis": le sentenze di merito sono impugnabili dinanzi al Tribunal Supremo, in materia civile, soltanto quando hanno ad oggetto la tutela di diritti fondamentali, quando il valore della causa eccede 150.000 euro o quando la decisione del ricorso presenta un "interés casacional" (che sussiste quando la sentenza impugnata si opponga ad una giurisprudenza consolidata del Tribunal Supremo o riguardi questioni sulle quali esiste un contrasto di giurisprudenza presso i giudici di merito o applichi una norma vigente da meno di cinque anni). Per un'ampia ed efficace sintesi dei sistemi di selezione preliminare dei ricorsi alle corti di vertice in Europa si veda, fra gli altri, la relazione elaborata dall'Ufficio del Massimario della Corte S. di Cassazione, Le corti Supreme in Europa: le regole per l'accesso, Roma, giugno 2008, disponibile alla pagina web http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Corti_Supreme_08.pdf

⁵ "Costituzione della Repubblica Italiana. Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. (...) Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge (...)."

⁶ "Ordinamento giudiziario. Art. 65. Attribuzioni della corte suprema di cassazione.

La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. (...)"

Una fondamentale garanzia prevista dalla Costituzione italiana è quella che stabilisce che tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati (art. 111, 6° comma)⁷, ciò affinché si possa conoscere e comprendere le ragioni della decisione. Lo scopo stesso della motivazione, nell'ordinamento italiano, porta all'ulteriore necessità che tale motivazione sia comprensibile e chiara. Non si tratta, come ha giustamente evidenziato la dottrina, di rendere del tutto assimilabili le motivazioni dei provvedimenti giurisdizionali al pubblico generico, obiettivo invero irrealistico dato che il linguaggio giuridico, in virtù del proprio tecnicismo, non è facilmente decodificabile da chi non ha nozioni giuridiche appropriate⁸. Si tratta invece di preferire un ragionamento di tipo lineare, un lessico non inutilmente tecnico, burocratico o barocco, e senz'altro di limitare al necessario la lunghezza della decisione giudiziale e, in particolare, della motivazione. E ciò senza voler negare, anzi, al fine di rafforzare, la c.d. funzione extraprocessuale della motivazione (particolarmente importante dove questa è oggetto di garanzia costituzionale, come in Italia e in Brasile), volta a garantire, da una parte, il possibile controllo esterno diffuso e, dall'altra, a legittimare la stessa attività giurisdizionale in una società democratica⁹.

Il legislatore di riforma del processo civile, con la Legge 18 giugno 2009, n. 69, ha introdotto modifiche significative in tema di redazione delle sentenze al fine di ridurre l'ampiezza delle motivazioni, escludendo l'obbligatorietà dell'esposizione dello svolgimento del processo, se non strettamente necessaria alla soluzione in diritto (art. 132, co. 2, n. 4, c.p.c.)¹⁰; si insiste, inoltre, sulla necessità che la

⁷ “Costituzione della Repubblica Italiana. Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. (...)Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.(...)”.

⁸ Gambaro, A., *Il Linguaggio e lo stile delle Corti supreme: la motivazione*. Roma 16 giugno 2016 Corte di Cassazione, p. 4. (Disponibile alla pagina web ...)

⁹ Secondo la migliore dottrina, le funzioni della motivazione si dividono in endoprocessuale, finalizzata a consentire alle parti di verificare la correttezza della pronuncia ed eventualmente censurarla mediante il sistema delle impugnazioni o, nel caso della corte superiore di cassazione (e anche di revisione), quella di assicurare l'esatta interpretazione della legge; ed extraprocessuale, diretta a garantire a tutti i soggetti dell'ordinamento il controllo esterno e diffuso dell'esercizio del potere giurisdizionale in un'ottica di trasparenza. Si veda Taruffo, M., voce *Motivazione* (motivazione della sentenza civile – controllo della), in *Enciclopedia giuridica, Aggiornamento*, vol. III, Milano, p. 772 ss.; dello stesso autore *A motivação da sentença civil, Introdução à Edição brasileira, tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos*, São Paulo, Marial Pons, 2015, special. p. 24 ss.

¹⁰ “Codice di procedura civile. Articolo 132 - Contenuto della sentenza

La sentenza è pronunciata “In nome del popolo italiano” e reca l'intestazione “Repubblica Italiana”.

Essa deve contenere:

- 1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata;
- 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori;
- 3) le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti;
- 4) la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione;
- 5) il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice. (...)” (grassetto aggiunto)

motivazione sia il più possibile sintetica, dovendo essa esplicitarsi nella “concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”. Va evidenziato soprattutto che con lo stesso provvedimento legislativo è stato modificato l’art. 118 delle Disposizioni per l’attuazione del c.p.c., ridefinendo la motivazione della sentenza, individuata da tale norma, nella “succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa”, e delle “ragioni giuridiche della decisione”, anche con “riferimento a precedenti conformi” (art. 118 disp. att. c.p.c.)¹¹.

Nonostante i dubbi giustamente espressi da autorevole dottrina in merito a suddette riforme¹², il principio di sinteticità degli atti processuali in generale e della sentenza in particolare, a cui fanno riferimento le norme novellate, non è semplicemente sinonimo di brevità, come ha ben evidenziato la Relazione presentata dal Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali costituito presso il Ministero e coordinato dal Capo del Dipartimento per gli Affari di Giustizia. Essa va intesa come una modalità di scrittura volta soprattutto a ottenere maggior chiarezza degli atti e razionalità espositiva, anche in vista della necessaria comprensione che della giustizia deve aver il cittadino¹³.

In seguito alle riforme processuali, la Corte Suprema di Cassazione, in seno ad un movimento di profondo rinnovamento diretto a favorire lo svolgimento della propria funzione di orientamento della giurisprudenza nell’ordinamento, mediante il *Provvedimento sulla motivazione semplificata di sentenze e di*

¹¹ “Art. 118 disp. att. c.p.c. (Motivazione della sentenza)

La motivazione della sentenza di cui all’articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi.

Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto nell’articolo 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione.

In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici.

La scelta dell’estensore della sentenza prevista nell’articolo 276 ultimo comma del codice è fatta dal presidente tra i componenti il collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione.”

¹² Cfr. Taruffo, M., Addio alla motivazione?, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.1, 2014, p. 375 ss.

¹³ In tale Documento, infatti, viene chiarito che “L’espressione “sinteticità e chiarezza” è divenuta così un’endiadi, in cui la prima è quasi sempre premessa alla seconda: ma è importante puntualizzare che la chiarezza dev’essere considerata il fine, mentre la sinteticità soltanto il mezzo per raggiungere quel fine.” Cfr. Relazione a cura del Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali (decreti ministeriali 9 febbraio 2016, 28 luglio 2016, 19 ottobre 2016), 1° dicembre 2016, p. 3. (Disponibile alla pagina web http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=2701)

ordinanze decisorie civili, del 22 marzo 2011¹⁴ e, soprattutto, con il Decreto n. 136 del 14 settembre 2016, *La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica* (c.d. "Decreto Canzio", dal nominativo dell'attuale Primo Presidente)¹⁵, ha invitato i magistrati ad adottare "tecniche più snelle di redazione motivazionale" per le decisioni che non hanno valenza nomofilattica¹⁶.

In particolare quest'ultimo Decreto si fonda sulla distinzione fra le tecniche motivazionali da adottare per le sentenze che hanno valenza sul piano della tutela dello *ius constitutionis*, e cioè che riguardino questioni di diritto di particolare rilevanza e/o che siano dettate nell'interesse generale dell'unità della giurisprudenza, e quelle che invece sono prevalentemente orientate alla tutela di diritti individuali, o dello *ius litigatoris*. Per tutti i provvedimenti adottati dalla Corte si invita all'osservanza dei canoni di chiarezza, stretta funzionalità dell'*iter* argomentativo alla decisione, assenza di motivazione subordinata, di *obiter dicta* e di ogni enunciazione che vada oltre ciò che è indispensabile alla decisione, puntualità dei richiami ai precedenti della giurisprudenza di legittimità. Diversamente, la tecnica di redazione dei provvedimenti che *non* hanno valenza nomofilattica va improntata a requisiti più stringenti di sintesi e, a seconda del grado di complessità della questione, si prevede l'esposizione estremamente concisa dei fatti della causa e dei motivi della decisione¹⁷. Naturalmente una motivazione più complessa va riservata, oltre che alle sentenze che svolgono funzione nomofilattica, anche alle questioni che meritano una trattazione diffusa, perché controverse o nuove. Non è strettamente necessario invece "diffondersi in dotte digressioni quando la questione è conforme alla giurisprudenza prevalente di legittimità"¹⁸.

L'adozione di una scala di motivazioni, adattabile alla complessità delle questioni poste, è la scelta che pare in procinto di essere adottata anche dalla

¹⁴ Disponibile alla pagina web http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20110322_Provvedimento_motivazione_semplificata.pdf

¹⁵ Disponibile alla pagina web http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Provvedimento_motivazione_provvedimenti_civili_136.pdf

¹⁶ Per una sintesi degli ultimissimi interventi di riforma in tema di processo civile di cassazione si veda Canzio, G., *La riforma del giudizio civile di cassazione. Una introduzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 marzo 2017 (disponibile alla pagina web https://www.penalecontemporaneo.it/upload/CANZIO_2017b.pdf).

¹⁷ "(...) 1. l'esposizione dei fatti di causa deve essere estremamente concisa e funzionale solo a rendere comprensibili le ragioni della decisione, e può anzi essere totalmente assente, quando i fatti di causa emergono dalle ragioni della decisione; 2. l'esposizione dei motivi del ricorso, pur talora necessaria, deve essere omessa quando la censura possa risultare dal medesimo tenore della risposta della Corte; (...)" Cfr. Corte Suprema di Cassazione, *La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica*, p. 2.

¹⁸ Così Grasso, G., *Il linguaggio della giurisprudenza: I. - Le parole dei giudici: chiarezza, sinteticità e giustizia - Parte V*, in *Il Foro Italiano*, vol. 141, f. 11, p. 357 ss.

Cour de Cassation francese, che proprio in tema di stile della sentenza (e della motivazione) è portatrice di un modello emblematico. È noto a tutti gli addetti del settore lo stile formulare, brevissimo e strettamente consequenziale – quasi fosse una norma giuridica particolareggiata – adottata dalla corte francese¹⁹. Dal 2014 è stata tuttavia istituita la *Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, organo interno che coordina un profondo dibattito su diversi profili fra i quali l'introduzione di meccanismi di selezione delle controversie e la rivisitazione dello stile di redazione delle proprie decisioni, più specificamente, della loro motivazione²⁰. Per la Corte apicale francese, in un'eventuale nuova impostazione delle sentenze il punto centrale da considerare rimane la brevità della motivazione; per fare fronte al correlato rischio della mancanza di chiarezza del provvedimento, si suggerisce non già di apportare una modifica generale allo stile decisorio, ma di selezionare tipologie di sentenze la cui importanza e complessità della controversia sottostante giustifica l'aggiunta di precisazioni supplementari, nell'ambito di una vera "*gradation des arrêts*"²¹. Fra gli elementi che possono venire in rilievo per integrare la motivazione sono indicati, oltre alle considerazioni di natura economica o sociale, anche l'eventuale giurisprudenza precedente della stessa Corte.

Volgendo ora lo sguardo all'ordinamento giuridico brasiliano, l'altro termine di paragone di questa sintetica comparazione, si evidenzia che, come già accennato, il nuovo Codice di procedura civile, entrato in vigore nel 2016, ha apportato delle modifiche alla disciplina della motivazione dei provvedimenti civili, e lo ha fatto soprattutto attraverso l'art. 489, primo paragrafo, che dispone sul contenuto della sentenza. Il dovere di motivazione delle decisioni, oggetto di garanzia costituzionale dal 1988 ex art. 93, IX, CF²², era presente anche nella

¹⁹ La decisione francese, in particolare della *Cour de Cassation*, si presenta come una statuizione corale, formulata sotto forma di un'unica frase, in cui fra il soggetto (la Corte stessa) e il predicato (*rejette le pourvoir* oppure *casse o casse et annule l'arrêt*), viene collocata la sua intera motivazione, per mezzo di frasi secondarie precedute dalla formula *atendu que* oppure semplicemente *que*. Lo schema generale di questo, che viene chiamato anche *jugement à phrase unique*, produce un testo naturalmente conciso, che si estende solitamente per poche pagine, dal linguaggio tecnico e preciso, dal suono impersonale, difficilmente superabile per chiarezza formale.

²⁰ Per una sintesi dei motivi, delle attività svolte e delle proposte presentate si veda il documento *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de Cassation*, Avril 2017, disponibile alla pagina web <https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20sur%20la%20r%C3%A9forme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>

²¹ Sul tema si veda Deumier, P., *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation? Raisons, identification, réalisation*, in *Recueil Dalloz*, n. 35, 2015, p. 2022 ss.

²² "Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

vetusta legislazione processuale (art. 458 CPC 1973)²³. Tuttavia, la norma ora abrogata non conteneva specificazioni sulla sua conformazione, che veniva lasciata dunque al magistrato in virtù del principio del libero convincimento (art. 131 CPC 1973)²⁴.

Tornando alla legislazione ordinaria, l'art. 489, paragrafo primo, del nuovo CPC, nel disciplinare il contenuto della sentenza, elenca una serie di ipotesi in cui la sentenza o la decisione giudiziale deve ritenersi immotivata²⁵. Secondo la disposizione ciò può accadere, *in primis*, quando la decisione o la sentenza: si limita ad indicare, riprodurre o parafrasare un atto normativo senza spiegare il suo rapporto con la lite o con la causa decisa (I). In altre parole, la prima ipotesi di nullità della sentenza per assenza di motivazione è quella in cui è presente nella decisione un mero richiamo alla norma astratta o una sua riformulazione senza maggiori precisazioni sul rapporto concreto del dispositivo con le specificità del caso. L'art. 489, paragrafo primo, n. II, stabilisce poi la nullità della sentenza per mancanza di motivazione quando essa applica concetti giuridici indeterminati, senza spiegare la ragione concreta della loro incidenza sul caso. La tecnica legislativa delle clausole generali e l'utilizzo in generale di concetti indeterminati è ormai sempre più frequente anche in Brasile, come dimostra il Codice civile del 2002, che ha introdotto clausole generali quali la funzione

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)"

²³ "Código de Processo Civil - Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem."

²⁴ "Código de Processo Civil - Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

²⁵ "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."

sociale della proprietà (art. 1.228, §1, CC), la funzione sociale del contratto (art. 421 CC), o la buona fede (art. 422 CC)²⁶. L'invito al magistrato a concretizzare il significato del testo immanente in tali clausole si accompagna, dunque, al dovere di dimostrare nella motivazione l'applicabilità della norma al caso concreto e gli effetti che ne derivano.

Pare rifarsi anche alla necessità che vi sia una struttura giustificativa concreta, nel senso che non venga tralasciata la evidenziazione del rapporto fra norma e circostanze del caso, la terza ipotesi posta dall'art. 489 CPC, che in sostanza rifiuta le motivazioni generiche, meramente formali, che richiamano ragioni che potrebbero giustificare qualsiasi altra decisione (III), o *prêt-à-porter*²⁷. Autorevole dottrina rinviene qui anche la tutela al principio del contraddittorio, mediante la promozione del dialogo fra il magistrato e le parti²⁸.

Senza dubbio è ispirato alla garanzia del contraddittorio l'art. 489, paragrafo primo, n. IV, del CPC brasiliano, forse la disposizione oggetto di maggiori discussioni: essa stabilisce l'inesistenza della motivazione quando non vengono affrontati tutti gli argomenti sollevati nel processo astrattamente in grado di invalidare le conclusioni del magistrato. La disposizione ha generato perplessità, in particolare sul fatto che sia necessario affrontare nella motivazione tutte le eccezioni e difese allegiate dalle parti e ha, pertanto, sollevato seri timori di un rischio di appesantimento del contenuto dell'obbligo di motivazione. La lettura più ragionevole della disposizione, tuttavia, oltre ad essere quella prevalsa in alcune prese di posizione delle corti di vertice, pare essere quella secondo la quale debbano essere trattati soltanto gli argomenti che *effettivamente* possono invalidare le conclusioni del magistrato²⁹.

²⁶ Sul tema sia consentito rinviare a Posenato, N., Le clausole generali nel Codice civile brasiliano e il nuovo ruolo della giurisprudenza, in AA.VV., Dez anos. Contributos sui 10 anni del nuovo codice civile brasiliano, a cura di S. Lanni, Collana "Roma e America. Sistema giuridico latinoamericano. Studi", n. 3, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 113 ss.

²⁷ L'espressione è di Conte, F., Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional, Rio de Janeiro, Gramma, 2016, p. 176.

²⁸ Marinoni, L. G.; Arenhart, S. C.; Mitidiero, D., Novo Curso de Processo Civil, Vol. 2 - Tutela dos direitos mediante procedimento comum, 3 ed., São Paulo, RT, 2016, p. 454.

²⁹ “[...] 2. O julgador não está obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pela defesa, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. [...]” (STJ, HC 318.957/SP, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, decisão del 3.11.2015, DJe 10.11.2015); “[...] O órgão julgador não está obrigado a rebater pormenorizadamente todos os argumentos apresentados pela parte, bastando que motive o julgado com as razões que entendeu suficientes à formação do seu convencimento. [...]” (STF, SS 4.836 AgR-ED, rel. Min. Ricardo Lewandowski (Presidente), Tribunal Pleno, decisão del 7.10.2015, processo eletrônico, DJe-219, publicada il 04.11.2015).

Da ultimo, ma non meno importante, l'art. 489, primo paragrafo, elenca altre due ipotesi di assenza di motivazione: ai sensi dei numeri V e VI, ciò avviene quanto la sentenza o decisione si limita ad invocare un precedente o una *súmula*, senza identificare i loro elementi fondamentali o dimostrare che il caso in esame si conforma a tali elementi (V); ovvero non si adegua ad un principio di *súmula*, alla giurisprudenza o ad un precedente invocato dalla parte, senza dimostrare l'esistenza di differenze rispetto al caso in esame o il superamento dei precedenti (VI).

Va evidenziato al riguardo che la *súmula* presenta alcune similitudini rispetto alla massima giurisprudenziale italiana, ma non si confonde con essa (la massima infatti è forse più vicina al concetto di *ementa*). La *súmula* è un enunciato che, nel diritto brasiliano, esprime e consolida l'orientamento giurisprudenziale maggioritario e costante di un organo giurisdizionale, di secondo grado o superiore, manifestatosi in diversi processi, fondato sull'interpretazione di una norma di legge. Si presenta, in pratica, come una formula generale, astratta e impositiva, in tutto simile ad una norma giuridica dettagliata, essendone l'interpretazione in relazione a una situazione specifica. Il suo scopo originale era quello di assicurare maggiore stabilità alla giurisprudenza, di razionalizzare l'attività giurisdizionale e di agevolare il lavoro degli operatori giuridici. Essa non viene formata alla conclusione di un normale processo di natura giurisdizionale, ma viene creata all'interno dell'organo giudiziale sulla base di procedimenti specifici di approvazione, regolati dai rispettivi regolamenti, e solitamente condivisa dalla maggioranza o dall'unanimità dei magistrati che lo compongono. Tra la *súmula* e la massima, è comune l'assenza di elementi descrittivi della fattispecie concreta, che nel caso brasiliano si deve anzitutto alla particolarità della formazione dell'enunciato; al contempo, diversamente dalla massima *more italico*, la *súmula* riporta sempre un solo principio giuridico e non contiene "l'enunciazione di obiter dicta accanto a (e talvolta in luogo di) quella della ratio (o rationes) decidendi"³⁰.

È necessario poi distinguere altri due concetti che vengono utilizzati dalle disposizioni citate: giurisprudenza e precedente. Sulla prima non è necessario soffermarsi perché, come ordinamento di *civil law*, anche nel sistema brasiliano la

³⁰ Cfr. Chiarloni, S., Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza, in Visintini, G. (a cura di), La giurisprudenza per massime e il valore del precedente: con particolare riguardo alla responsabilità civile. Atti del Convegno promosso dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di giurisprudenza in collaborazione con la rivista Contratto e impresa: Genova, 11 e 12 marzo 1988, Padova, 1988, p. 69.

giurisprudenza è il prodotto dell'interpretazione della legge da parte delle corti di giustizia e, di per sé, non dispone di forza vincolante al di fuori dello specifico processo. Soltanto l'eventuale reiterazione della giurisprudenza, che genera uniformità, può portarla a diventare un parametro di controllo dell'attività delle corti di giustizia, da attuare attraverso le corti di vertice.

Per quel concerne invece il precedente l'analisi dell'ordinamento brasiliano è degno di interesse, soprattutto per l'osservatore straniero proveniente da una tradizione continentale, come quello italiano. Il rafforzamento del formante giurisprudenziale in Brasile proprio attraverso il riconoscimento legislativo di un valore precedenziale – cioè generalizzabile – a certe tipologie di decisioni, quasi esclusivamente quelle provenienti dalle corti supreme, ossia dal *Supremo Tribunal Federal* – STF e dal *Superior Tribunal de Justiça* – STJ, è una tendenza che da diversi anni contraddistingue questo ordinamento giuridico. Tralasciando l'esame approfondito di questa importante tematica in questa sede, ci basti evidenziare che l'attuale CPC ha dato seguito e rafforzato questa tendenza, attraverso diverse disposizioni. Essendo poi, il precedente in Brasile (come altrove), costituito dalle sole ragioni giuridiche generalizzabili contenute nella motivazione di una decisione – adottata nello specifico soprattutto dalle corti superiori – nulla di più ragionevole che il legislatore processuale abbia cercato di perfezionare uno stile di sentenza e, in particolare, di motivazione, che permetta la sostenibilità del sistema precedenziale.

Ecco perché l'ultima parte dell'art. 489, primo paragrafo, nelle ipotesi dei nn. V e VI, considerano immotivata la decisione che si limita a ad invocare un precedente o una *súmula*, senza identificare i loro elementi fondamentali o dimostrare che il caso in esame si conforma a tali elementi. Nella seconda ipotesi, è assente di motivazione la decisione che non si adegua ad un principio di *súmula*, a giurisprudenza o ad un precedente invocato dalla parte, senza dimostrare l'esistenza di differenze rispetto al caso in esame o il superamento dei precedenti. L'obiettivo di tali disposizioni pare essere quello di evitare giustamente che nella motivazione si richiamino meramente delle decisioni che possono avere grado di precedenti senza invece riportare la loro *ratio decidendi* (o holding) e senza dimostrare la pertinenza di tale *ratio* con il caso sub analisi.

Quando la decisione si adegua al precedente sussiste dunque l'obbligo di indicare precisamente l'identità o la somiglianza fra gli aspetti fattuali o giuridici dei due casi, e, viceversa, vi è il dovere di riportare le ragioni della propria

decisione nelle controversie in cui l'organo giudiziale intende discostarsi dal precedente, perché dinanzi ad un'ipotesi diversa (*distinguishing*) o perché lo ritiene superato (*overruling*). Quest'ultima ipotesi, naturalmente, è riservata alla stessa Corte che formulato il precedente e, anche se si tratta di superamento parziale, la nuova norma processuale brasiliana (art. 937, § 4° CPC) richiede la motivazione "adeguata e specifica"³¹; inoltre, al fine di tutelare la certezza giuridica e la legittima aspettativa delle parti, il CPC prevede la possibilità di modulare gli effetti del cambiamento anche al fine di riconoscere soltanto efficacia prospettica (*prospective overruling*)³².

Questi obblighi sono, come detto, perfettamente in linea con il rafforzamento del sistema dei precedenti, sia da una prospettiva verticale che orizzontale. Verticalmente, perché favoriscono il processo di identificazione e applicazione del precedente per le corti inferiori che ne sono vincolate³³, ed evitano anche il formarsi di un sistema di standardizzazione per cui il giudice si ritrova ad essere una sorta di "bocca della giurisprudenza"³⁴. Orizzontalmente, la necessità di motivare le ragioni dell'allontanamento di un precedente può aiutare a limitare il problema, frequente anche nelle corti superiori, di contrasti giurisprudenziali.

A partire dagli elementi che abbiamo riportato in questa sede in modo molto sintetico e come si potrebbe pensare in virtù di una lettura affrettata delle norme si potrebbe forse evincere un'inclinazione opposta degli ordinamenti italiano e brasiliano in tema di stile della motivazione delle decisioni e sentenze in materia civile. In realtà l'orientamento dei due ordinamenti è del tutto simile al riguardo: se è vero che le recenti riforme in materia fatte in Italia invitano il magistrato alla sinteticità, essa non va semplicemente identificata con la brevità; inoltre, nel giudizio di cassazione, l'approccio più sintetico è riservato alle sole sentenze che non sono destinate a svolgere una funzione nomofilattica o che non trattano

³¹ "Art. 927. Os juizes e os tribunais observarão: (...)§ 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia."

³² "Art. 927. Os juizes e os tribunais observarão: (...)§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica."

³³ "Saber se o caso é igual ou não, ou aplicar os mesmos critérios do precedente, é tarefa posterior, mas que pode ser facilitada quando a motivação da decisão que forma o precedente auxilia a atuação do intérprete." Così Cambi, E.; Hellman, R. F., Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil, in *Revista de Processo*, 241, 2015, p. 417.

³⁴ L'espressione è stata utilizzata da Mitidiero, D., Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, in *Revista de Processo*, 245, 2015, p. 345.

controversie particolarmente complesse o vertono su questioni nuove. In Brasile, invece, la norma che impone diversi contenuti obbligatori alla motivazione, pur potendo comportare il rischio di maggior estensione dei provvedimenti decisorii, in realtà è orientata a favorire una maggior concretezza degli stessi e a rafforzare, da ultimo, il sistema dei precedenti giudiziari già operativo nell'ordinamento.

Questi propositi a nostro avviso possono essere letti come un analogo tentativo posto in essere nei due ordinamenti di avvalersi anche della modalità di redazione dei provvedimenti decisorii e di stesura della motivazione delle sentenze in funzione dello svolgimento da parte delle corti superiori del proprio ruolo di Corte Suprema.

È noto che il ruolo che le corti superiori sono chiamate oggi a svolgere per garantire l'effettiva tutela dei diritti non è più (solo) quello di organi di controllo dell'attività giudiziaria. Questo ruolo le avvicina sempre di più a quello di organi-guida, di vere *corti supreme*: corti d'interpretazione, che orientano (non soltanto censurano) la magistratura ordinaria, mediante decisioni dotate di autorità generale e di efficacia vincolante³⁵. Per lo svolgimento di questo ruolo di corti autenticamente *suprema* è chiaro che gli organi giudiziari dovranno adottare una logica argomentativa e degli stili comunicativi diversificati e ciò vale anche (e forse soprattutto) in materia di motivazione della sentenza.

³⁵ Sul tema si veda, in dottrina, Taruffo, M., *Le funzioni delle corti supreme. Cenni generali*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011, p. 11 ss.; Mitidiero, D., *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, 3 ed., RT, 2017.