



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review



Editors

Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)

Editorial Board

Aluisio Mendes (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Alvaro Perez-Ragone (University of Valparaiso, Chile)
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)
Burkhard Hess (University of Heidelberg, Germany)
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)
David Bamford (Flinders University, Australia)
Dimitrios Tsirikas (Universidade de Atenas, Grécia)
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)
Giovanni Priori Posada (Pontificia Universidade Católica del Perú)
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)
Juan José Monroy Palacios (Pontificia Universidad Católica, Peru)
Loïc Cadiet (University of Paris, Sorbonne, France)
Marino Marinelli (University of Trento, Italy)
Michele Angelo Lupoi (University of Bologna, Italy)
Miguel Teixeira de Sousa (University of Lisbon, Portugal)
Mostefa Maouene (University Sidi bel Abbès, Algeria)
Neil Andrews (University of Cambridge, England)
Nikolaos Klamaris (University of Athens, Greece)
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)
Peter L. Murray (University of Harvard, United States)
Remo Caponi (University of Florence, Italy)
Rodrigo Rodriguez (University of Bern, Switzerland)
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

Ravi Peixoto (UERJ)
Alberto Trigo (UERJ)
Marcus Seixas Souza (UFBA)
Felipe Batista (UFBA)

Reviewers (this issue)

Alberto Trigo (UERJ)
Alexandre Câmara (PUC-MG)
Bruna Braga da Silveira (USP)
Edilson Vitorelli (Universidade Mackenzie-Campinas-SP)
Fernanda Pantoja (PUC-RJ)
José Henrique Mouta (CESUPA-PA)
Marcos Youji Minami (UFBA)
Paula Pessoa (UFPR)
Paulo Mendes (IDP-BRASILIA)
Ronaldo Kochem (UFRGS)
Trícia Navarro (UFES)
Vinicius Lemos (UNICAP-PE)



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

About the authors

Carola Ricci

Associate Professor, University of Pavia, Italy

César Augusto Martins Carnaúba

Lawyer in São Paulo, Brazil

Felippe Borring Rocha

PhD (Fluminense Federal University, Brazil). Master's degree (University Estácio de Sá, Brazil).

Jose Angel Cornielles-Hernández

Master's degree in Procedural Law from the Federal University of Espírito Santo, Brazil

Márcio Oliveira Rocha

Professor at the State University of Alagoas, Brazil. PhD from the Federal University of Pernambuco, Brazil.

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

PhD and Masters in Constitucional Law (UNIFOR – Fortaleza's University, Brazil).
Executive Secretary – Judicial Area at Ceará's State Court of Justice, Brazil.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1

Appealability of interlocutory decisions in Brazilian law and the collateral order doctrine..... 11

Capacité à faire appel des décisions interlocutoires en droit Brésilien et la « collateral order doctrine »

César Augusto Martins Carnaúba

I. Introduction	12
II. The appealability of interlocutory decisions in brazilian law.....	15
III. The appealability of interlocutory decisions in u.s. legal system and the collateral order doctrine	20
IV. The brazilian superior court of justice doctrine	28
V. Conclusion	30
VI. References	31

• 2

Potencialidades e limites da cooperação judiciária nacional..... 33

Potentialities and limits of the national judicial cooperation

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

1 Introdução.....	34
2 Elementos do modelo de cooperação judiciária do CPC/2015.....	35
3 Tipos de cooperação	36
3.1 Cooperação judiciária realizada mediante pedido.....	36
3.2 Cooperação judiciária por concerto entre os magistrados.....	37
3.3 Cooperação judiciária por provocação de órgão da administração judiciária	37
4 Instrumentos de cooperação judiciária	38

4.1	As cartas e sua “preterição” no sistema aberto de instrumentos de cooperação judiciária	39
4.2	Auxílio direto	41
4.3	Reunião ou apensamento de processos	41
4.4	Atos concertados entre os juízes cooperantes	47
5	Atos de cooperação judiciária	47
5.1	Prestação de informações	47
5.2	Prática de citação, intimação ou notificação de ato	48
5.3	Obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos	48
5.4	Efetivação de medidas e providências para a recuperação e a preservação de empresas e a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial	50
5.5	Centralização de processos repetitivos	51
5.6	Efetivação de tutela provisória e execução de decisão jurisdicional	53
6	Conclusões	56
	Referências	56

• 3

Da norma processual cogente – de ordem pública – à norma processual rígida: uma proposta normativa na teoria dos fatos jurídicos 59

About the cogent procedural rule – of public order – to the rigid procedural norm: a normative proposal in the theory of the legal facts

Márcio Oliveira Rocha

	Introdução	61
1.	Delimitação do fenômeno normativo processual	62
2.	Relação entre norma cogente, interesse público e ordem pública	65
3.	Uma proposição contemporânea da norma cogente	67
4.	A ordem pública no plano da eficácia	69
5.	Da norma processual cogente – de ordem pública – à norma processual rígida	74
5.1.	Do interesse público à ordem pública	74
5.2.	Da ordem pública à ordem constitucional	75
5.3.	Da norma cogente à norma rígida	77
6.	A inadequação dogmática da norma cogente processual – ordem pública processual – como indisponível, inderrogável, insanável, irrenunciável e absoluta	77
6.1.	Preclusão e norma processual cogente – ordem pública processual	78
6.2.	Convalidação e norma processual cogente – ordem pública processual	81
6.3.	Renúncia e norma processual cogente – ordem pública processual	83
6.4.	Sanação e norma processual cogente – ordem pública processual	86
6.5.	Negócio jurídico e norma processual cogente – ordem pública processual	88

7. Mudança de paradigma e a adequação dogmática contemporânea da norma processual cogente – ordem pública processual.....	88
7.1. Compreensão e classificação das normas no processo civil contemporâneo ..	90
Considerações Finais	92
Referências	93

• **4**

¿Seriatim o per curiam? Modelos de decisiones colegiadas emitidas por las cortes constitucionales	95
--	-----------

Seriatim or per curiam? Models of collegiate decisions issued by the constitutional courts

Jose Angel Cornielles-Hernández

1. Introducción: La cuestión de las Cortes Constitucionales.....	96
2. ¿Seriatim o per curiam?	102
3. Dos modelos: Brasil y Venezuela.....	106
4. Conclusiones	117
5. Referencias	118

• **5**

Algumas sugestões para aperfeiçoamento do julgamento monocrático do recurso nos tribunais portugueses	123
--	------------

Some suggestions for the improvement of the monocratic judgment of the appeal in the portuguese courts

Felippe Borring Rocha

1. Introdução: a redefinição do julgamento monocrático nos tribunais brasileiros	124
2. O princípio da jurisdição equivalente: em busca do equilíbrio entre a colegialidade e o julgamento monocrático.....	132
3. Breves considerações sobre o julgamento monocrático do recurso no direito português.....	139
4. Conclusões.....	144
5. Referências bibliográficas	146

• **6**

Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes Connected with the EU: Challenges and Potential	151
---	------------

Carola Ricci

1. The search for an autonomous interpretation of habitual residence in matrimonial proceedings in the eu	152
---	-----

2.	Analysis of the legal context	156
2.1.	The role of habitual residence of adults within the context of Brussels IIa Regulation	157
2.2.	The concept of habitual residence developed by the EU Court of Justice in other contexts	162
3.	Teleological Interpretation	164
3.1.	The original scope: objective connection of the adults with the forum State, flexibility and predictability vs. national divergences	164
3.2.	The original scope unattended: ‘forum shopping’ and unpredictability.....	167
4.	The guidance offered by common trends in member states’ best practice on brussels iia regulation.....	170
4.1.	Fact-weighting in complex family ties involving several jurisdictions.....	172
4.2.	The (unveiled) abuse of voluntary manipulation or omission of factual elements by the parties.....	173
5.	The interpretation linked to the state of evolution of existing legislation.....	175



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

Appealability of interlocutory decisions
in Brazilian law and the collateral
order doctrine

Capacité à faire appel des décisions interlocutoires en droit
Brésilien et la « collateral order doctrine »

César Augusto Martins Carnáuba

Lawyer in São Paulo, Brazil

Abstract: This article aims at studying the appellate system of interlocutory decisions in the U.S. legal system, grounded on the collateral order doctrine, in order to trace parallels with the Brazilian current state of the law.

Keywords: Appeals. Collateral order doctrine. Comparative law. Interlocutory appeal. Procedural law.

Table of contents: I. Introduction – II. The appealability of interlocutory decisions in Brazilian law – III. The appealability of interlocutory decisions in U.S. legal system and the collateral order doctrine – IV. The Brazilian Superior Court of Justice doctrine – V. Conclusion – VI. References.

I. INTRODUCTION

After more than three years since the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC, Law No. 13,105/2015) has entered into force, it has become possible to distinguish the common uncertainties that usually derive from any major change in the state of the law and, on the other side, the controversies that truly divide the scholars.^{1,2,3} The second category encompasses the ideal interpretation and application of the appeal against interlocutory decisions – named by Brazilian law as “*agravo de instrumento*” and hereinafter referred to as “interlocutory appeal”⁴ – and the many changes it has gone through between the former Code and the current one.

One of the distinctive features of the interlocutory appeal – which consists in an interpretative guide to all legal rules of that appellate procedure – is the axiological vector of *non-appealability of interlocutory decisions*⁵ – an interpretational guide that leans towards the restrictive interpretation of interlocutory appeal hypothesis. From that vector, it is possible to jump to some conclusions regarding the appellate procedure (some of them grounded on statutory provisions), such as the absence

1. The author would like to acknowledge Ms. Leticia Machado Haertel and Mr. Marcello de Oliveira Gulim for the constant exchange of ideas that made this study possible.
2. All quoted references in Portuguese were freely translated into English. The original sources in Portuguese can be found on References.
3. And this should not come as a surprise, considering that “every Code constitutes expression of an inductive method, an analysis of certain legal reality, built and presented, however, as a system, translating the current and permanent needs of a people, in the considered area of the law. [...] That means the Code represents, in fact, the legal system of process suitability (as an instrument) to the parties that trigger it, to the to the disputed object, and to the ends aimed by the judicial activity, always polarizing to the declaration and creation of the law in the concrete world” (LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – IARGS*, Porto Alegre, v. 50, 1976, p. 163-170).
4. That appellate procedure may also be referred to as “bill of error” or “writ of error”, as done by José Carlos Barbosa Moreira (Brazilian civil procedure: an overview. *A panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, vol. 1, p. 183-205, 1992).
5. Cf. VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade, in: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*, vol. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 503-523. Briefly saying, the “axiological vector of non-appealability of interlocutory decisions” is a concept created by Brazilian professor Ronaldo Vasconcelos and Marcello Gulim in the abovementioned paper – a figure we strongly support. It is necessary to understand the previous Brazilian Code of Civil Procedure (as will be more detailed in Part II) allowed interlocutory appeals against virtually any interlocutory decision. The 2015 Code, otherwise, prescribed one list of appealable interlocutory decisions that led to the interpretation any interlocutory decision not prescribed in law could not be appealed. Despite different interpretations from many scholars and the jurisprudential creation analyzed in Part IV, it is still well accepted in the Brazilian legal community that the scope of the current Code is to diminish the number of interlocutory appeals in general. Therefore, it is still useful to defend – as we do – the existence of that axiological vector, that may consist in an interpretational guide when discussing appealability in concrete cases.

of an automatic stay effect,⁶ the impossibility of appealing some decisions⁷ and the prevalence of the decision on the merits of the lower court judge.⁸

As mentioned above, the legal community has been intensely discussing the interlocutory appeal. Highly respected scholars defend a completely different orientation to that of the previous paragraph⁹ – they defend the extension of the stay effect or of the list of appealable interlocutory decisions.¹⁰

Therefore, this paper’s main goal is to contribute to the discussion concerning the interlocutory appeal with an argumentative proposal hardly used until now: the comparative study between Brazilian and American law.¹¹ Strongly grounded on

6. Cf. VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Efeito suspensivo do agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito, *in*: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*, vol. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 525-540. The Brazilian current CPC prescribed, as a general rule, that appeals shall not stay proceedings in lower courts. The higher courts, however, may grant stay effect to appeals when necessary (see *infra* Part II). The exception to the general rule is the appeal from a final decision (judgment), that usually stays the lower court proceedings and the court may withdraw it.
7. “Some could imagine that, not existing an appeal to fight certain interlocutory decision, the party would be immediately able to propose an action for a writ of mandamus. However, we need to see that the legislator made a clear choice when he drew the interlocutory appeal such as presented in the law. Hence, the writ of mandamus acceptance is conditioned to a previous question: knowing if the choice made by the legislator is constitutional or not” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo civil*, vol. XVI: artigos 976 ao 1.044, *in*: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 209, comentários ao artigo 1.015).
8. The narrow interpretation of appealable interlocutory decisions comes hand-by-hand with a greater number of duties and responsibilities to the lower court judge, that must, at all times, such as the duty to give reasons or effectively applying the principle of *audi alteram partem* (Cf. VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade, *in*: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*, vol. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 503-523).
9. To Paulo Lucon, although the Code established a hermetic list of appealable interlocutory decisions, that list should be read through an extensive interpretation, in order to provide the same legal treatment to substantially similar situations, and preventing parties from major injuries (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015, *in* MENDES, Aluído Gonçalves de Castro *et al.* *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux*, vol. II. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 383-398).
10. And, as we will see below (*infra* Part IV), the Brazilian Superior Court of Justice established a similar orientation, when its Third Panel stated that “Although not expressly established by article 1,015 of the new CPC, an interlocutory decision related to the definition of jurisdiction continues to allow challenge by means of an interlocutory appeal, given an analogous or extensive interpretation of the rule contained in item III of article 1,015 of the new CPC” (Brazilian Superior Court of Justice (STJ), REsp 1.969.396/MT, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05 Dec. 2018).
11. For an extensive study regarding interlocutory decisions and interlocutory appeals that examines civil law legal systems, such as France and Germany, we recommend the work of Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa (*Sistematização das decisões interlocutórias e os regimes de recorribilidade*. Tese (doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, 339 p.). There

the thesis of the axiological vector of non-appealability of interlocutory decisions, we intend to demonstrate that it is also present in a common law system (the US system).¹² That could serve, at least, as a persuasive example in favor of Brazil adopting a similar perspective and applying some American appellate procedure standards.¹³ Furthermore, we intend to trace some parallels between the American appealability of interlocutory decisions and the recent Brazilian Superior Court of Justice decision, which brought to Brazilian law system an interpretation of the law that is highly consonant with the collateral order doctrine.

Part II of this article presents the evolution of the interlocutory appeal in Brazilian law, from its beginning in the Portuguese Ordinations to the interpretational guides established by the current CPC.

Part III presents the appealability of interlocutory decisions in the United States of America, developed from the now known as “collateral order doctrine”.

Part IV, at last, compares the precedent exposition with the recent decision by the Brazilian Superior Court of Justice, that – at the best of our knowledge – leaned towards a similar orientation to that established by the collateral order doctrine.

are also studies comparing Brazilian and German appeals, such as Christoph Kern’s (Appellate justice and miscellaneous appeals – the proposals for a reform of Brazilian civil procedure as compared to the German solution. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 188, p. 147-162, out. 2010). The comparison between Brazilian law and common law countries is far less usual, but Cesar Pritsch’s paper is a good example of that matter (The Brazilian appellate procedure through Common Law lenses: how American standards of review may help improve Brazilian civil procedure. *University of Miami Inter-American Law Review*. Miami, vol. 48, issue 3, p. 56-96, 2017).

12. Though not in those exact terms, but what can be seen in American common law appellate rules – as demonstrated *infra* (Part III) is an inherent interpretational guide that tends to restrict the hypothesis of appealable interlocutory decisions.
13. It is perfectly possible to apply American appellate standards in Brazilian law, since in Brazil “here is a favorable environment for changes that promote efficiency in civil procedure, including ideas based on comparative law. The last twenty years have seen several reforms focusing on the limitation of appeals and a progressive march towards precedent unification and binding effect. Additionally, there is a debate on the necessity of empowering the trial courts by giving deference to their reasonable decisions, and a national policy of the judiciary branch to empower the trial courts by balancing budget and infrastructure, and by encouraging innovative practices” (PRITSCH, Cesar Zucatti. The Brazilian appellate procedure through Common Law lenses: how American standards of review may help improve Brazilian civil procedure. *University of Miami Inter-American Law Review*. Miami, vol. 48, issue 3, p. 56-96, 2017). In addition, “the lack of a statutory rule introducing and regulating standards of appellate review does not prevent judges from applying a deferential review based on a systematic interpretation of the legal system, notably constitutional principles. On the other hand, no constitutional principle or statutory provision bar the immediate adoption of such standards by the Brazilian courts. However, a statutory change expressly introducing them in the Brazilian civil procedure would ensure the uniform adoption, best furthering the goal of reducing the burden on appellate courts and improving the efficacy of the entire system” (*Idem*).

II. THE APPEALABILITY OF INTERLOCUTORY DECISIONS IN BRAZILIAN LAW

The provisions of article 1,015 of CPC represents an important breakthrough in Brazilian procedural law, since it establishes an exhaustive list of appealable interlocutory decisions.¹⁴ Its item XIII specifies that the only appealable interlocutory decisions apart from the list enshrined in article 1,015 will be the “*other cases expressly provided by law*”.

On one side, part of legal community claims for the return of the previous legal logic (established in the former Code) that allowed interlocutory appeals against any interlocutory decisions, considering the several damages parties could suffer without an immediate remedy to tackle an unfair decision. At the end of the day, forbidding immediate appeals downgrades basic procedural rights, outcomes of *due process of law* and access to Justice themselves.

On the other side, enthusiasts of the new Code celebrate those changes, since the (properly done) postponement of interlocutory decisions appealability combats one of the worst nightmares of parties: *time*, a despicable legal effect that enshrines injustice and buries the hopes of those who, even with reason, see in the legal procedure an instrument capable of ensuring the maintenance of *status quo*, preventing them from satisfaction in a reasonable time. The whole proceeding, in these circumstances, is a real obstacle to the social pacification of litigation.¹⁵

Both extremist views on pros and cons of appealability of interlocutory decisions deserve a *cum grano salis* analysis, starting from a comparative perspective between the former Code and the current one, while also passing through jurisprudential evolution of Brazilian courts.

The 1973 Brazilian Code of Civil Procedure, once immersed in Portuguese influences, significantly altered the logic of interlocutory decisions appealability, breaking with the former rule (from the 1939 Code) by not prescribing an exhaustive

14. “Art. 1.015. An interlocutory appeal may be filed against interlocutory decisions that deal with: I – provisional remedies; II – the merits of the case; III – denial of the allegation of an arbitration agreement; IV – the piercing of corporate veil; V – denial of the request for free legal aid or the granting of the request for its revocation; VI – disclosure or possession of a document or thing; VII – exclusion of a co-party; VIII – denial of the request for the limitation of a joinder of parties; IX – admission or rejection of third-party interventions; X – grant, modification or revocation of the stay of execution; XI – reallocation of the burden of proof pursuant to art. 373, § 1; XII – (VETOED); XIII – other cases expressly provided by law. Sole paragraph. An interlocutory appeal may also be filed against interlocutory decisions rendered at the stage of the liquidation or satisfaction of the judgment, in execution and probate proceedings”.

15. As mentioned by the world-known Italian professor, Francesco Carnelutti: “*Il valore, que il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa*” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 354). In Brazil, the importance of time in procedural law was studied by José Rogério Cruz e Tucci (*Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997).

list of appealable interlocutory decisions, as occurred in articles 842 and 851 of the 1939 Code.¹⁶

Parting ways with the hermetic list of appealable interlocutory decisions, the Code of 1973, conscious of the need to ease access to higher courts and to make the due process of law feasible, prescribed in article 522 the possibility of virtually unrestrictedly appealing from an interlocutory decision.¹⁷

That innovation revealed a clear disapproval of the former state of the law, by which only a few ancillary orders, considered more critical, could be discussed on a higher court before a final judgment by the lower court judge.

Barbosa Moreira, renowned Brazilian scholar, described the procedure of interlocutory appeals, named by him as *bill of error*:

Interlocutory orders are reviewable through the filing of a writ of error within 5 days (Art. 523).¹⁸ The writ only permits review of the specific issue involved in the order; and even this is only possible after the lower court judge has reconsidered his decision, which he may alter (Art. 527). The filing of the writ, although it in fact adversely affects the proceeding, does not, according to the law, suspend the running thereof, (Art. 497), nor prevent the order from being immediately complied with, in the absence of a contrary order by the judge upon motion by the party filing the writ, which is provided for in certain limited cases (Art. 558).

In most cases, the writ goes to the higher court in the form of a separate record, with copies of the decision appealed from the other relevant matters (Arts. 523 III, 524 and 527 § 3). The hearing and decision of the writ follow rules resembling those for an appeal, with two exceptions: there is no revising judge, nor are the parties' attorneys granted oral argument at the hearing (Art. 554). Notwithstanding, if the appellant prefers, the writ of error, rather than being immediately heard by the higher court, may remain "held in the record" for judgment before any eventual appeal against the decision is heard (Art. 522 § 1). This special procedure has the

16. "Such law established, in its article 841, three species of interlocutory appeals: petition interlocutory appeal, instrument interlocutory appeal, and interlocutory appeal in the proceeding. The petition interlocutory appeal was intended to fight terminative decisions, that ended litigation but not on the merits (article 846). The other two species had lists of appealable decisions prescribed on the Code, so that any interlocutory decision not fitting in articles 842 and 851 would be unappealable" (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Evolução do agravo no sistema jurídico brasileiro das Ordenações Lusitanas ao novo CPC*. In: SILVA, José Anchieta da. (Org.). *O novo processo civil*, vol. I. São Paulo: Lex Magister, 2015, p. 591-655).
17. Brazilian Code of Civil Procedure, article 522: "Interlocutory decisions may be appealed, within 10 (ten) days, as a withheld appeal, except when the decision may cause grave harm or make compensation difficult or even impossible to the party, as well as in cases of final appeal non admission, when the instrumental interlocutory appeal may be admitted".
18. It is noticeable that Barbosa Moreira mentioned a five days deadline, but the Code of 1973 suffered many changes, especially from 1995 to 2011. The 10 days deadline for the interlocutory appeal (*supra* note 10) was not prescribed in law until 2005.

advantage of avoiding formalities and expenses; on the other hand, if the court finds in the appellant's favor, the granting of the writ can frequently mean that all activity after the order has been wasted.¹⁹

Regardless of good intentions, the withdrawal of the hermetic list did not have the expected effect on legal community, because, despite guaranteeing people's rights, it resulted in the higher courts being overloaded with numerous interlocutory appeals,²⁰ preventing them from carrying out its main mission: examining mature disputes, discussed in higher courts only after final judgments.

Consequently, legal reforms were carried out in order to restrain the motivation to appeal at any cost, as an attempt to contain the claimant's voracious will of using both lower and higher courts to discuss ancillary issues that, in fact, could be concentrated in one single moment of discussion: the final judgment.

It is worth mentioning Law No. 11,187/2005, whose amendments were intended to prevent the unreasonable use of the interlocutory appeal. That can be noted with the modification made in article 527 II of the Code, imposing on the higher court rapporteur the duty of converting instrumental interlocutory appeal into a withheld one. Exceptions could be made in the case of a decision likely to cause serious injury and of difficult reparation, as well as in cases of inadmissibility of the appeal against final judgment and regarding the effects on which the appeal is received (remand and stay effects).

Mutatis mutandis, the intention of the aforementioned article is closely related to the current logic of hermetic lists of appealable interlocutory decisions. This is because the goal of article 527 II, when the instrumental interlocutory appeal turned into a withheld one, was to return the appeal to the lower court, waiting the final judgment to be examined later by the higher court, should there be an appeal against the final decision. That is: if the higher court saw no urgency in the interlocutory appeal, it would send it back to the lower court (which would then be a withheld interlocutory appeal), and the issues raised by that appeal would wait until final judgment on the lower court to be discussed by the higher court.²¹

19. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Brazilian civil procedure: an overview. *A panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, p. 183-205, 1992, p. 201.

20. "The 1995 modifications, although provided improvements in the legal system regarding access to higher courts, could not reduce the number of appeals there. Easing both appealability and the granting of stay effects led to expressive amounts of interlocutory appeals, situation which intensified with the 1994 generalization of provisional proceedings" (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Evolução do agravo no sistema jurídico brasileiro das Ordenações Lusitanas ao novo CPC*. In: SILVA, José Anchieta da. (Org.). *O novo processo civil*, vol. I. São Paulo: Lex Magister, 2015, p. 591-655).

21. At first, converting instrumental interlocutory appeals into withheld ones may be great to the proceeding speed and efficiency, but it is actually a tough choice. When pretending to reduce the number of interlocutory appeals, legislators risk excessively delaying the procedure, because, in many cases, the future granting of the appeal could lead to the return of the whole procedure

The abovementioned situation – turning instrument interlocutory appeals into withheld ones – reflects the current logic of non-appealability of interlocutory decisions and was already widely used by the courts at the time of the previous Code. Firstly, because the matter was not urgent or capable of generating damages to the part if not decided at that moment, and could be analyzed, more safely and more appropriately, after the exhaustive examination of the lower court. Also, transforming the instrument interlocutory appeal into withheld appeal would diminish the volume of proceedings in higher courts, leaving to them more time to devote itself to its real function: aligning and correcting judgments accordingly to jurisprudence and the law.

However, that modification turned out to be insufficient to reach its designed goal, since the conversion of instrument interlocutory appeal into withheld interlocutory appeal was an interlocutory decision that could also be appealed (!). Also, when analyzing if it was necessary to convert instrumental interlocutory appeals into withheld ones, the higher court judge found better to avoid future workload and decide as soon as possible on the merits of the appeal.²² Hence, the withheld appeal became an innocuous initiative from the law that had no correspondence in real life forensic practice.

It is within that context of overloaded higher courts and parties angered with excessive delays, that the CPC of 2015 came to life. Hence, it is easy to understand now why the current state of the law establishes a vector of non-appealability of interlocutory decisions.

In Brazil, a judge's decisions consist of judgments, interlocutory decisions and orders. Their meanings are prescribed in article 203 §§ 1 to 3 of CPC:

Art. 203. A judge's decisions shall consist of judgements, interlocutory decisions and orders.

§ 1 Except for the express provisions of the special provisions of the special procedures, the judgment is the declaration through which a judge, based on arts. 485 and 487, finalizes the cognizance stage of common proceedings, and dismisses the execution.

§ 2 Interlocutory decisions are all those judicial decisions which do not fit the provisions of § 1.

to its very beginning. Hence, the withheld interlocutory appeal appellate procedure could favor defendants with dilatory or procrastinatory conduct, since any nullity occurred in the middle of the proceeding but acknowledged within the withheld interlocutory appeal could nullify many phases of the procedural *iter* (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Evolução do agravo no sistema jurídico brasileiro das Ordenações Lusitanas ao novo CPC*. In: SILVA, José Anchieta da. (Org.). *O novo processo civil*, vol. I. São Paulo: Lex Magister, 2015, p. 591-655).

22. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Evolução do agravo no sistema jurídico brasileiro das Ordenações Lusitanas ao novo CPC*. In: SILVA, José Anchieta da. (Org.). *O novo processo civil*, vol. I. São Paulo: Lex Magister, 2015, p. 591-655.

§ 3 All other decisions rendered by the judge in the proceedings, whether *ex officio* or upon request, are orders.

During the prevalence of the previous Code, a judgment was considered to be every judicial pronouncement that decided litigation on the merits or ended the procedure without analyzing the merits. The new CPC added to that concept a timeline requirement: a judgement shall be a decision placed in the very end of the procedure (ending the cognizance stage or dismissing the execution proceeding). That means, *a contrario sensu*, every decision that – however deciding on the merits – does not end cognizance stage or dismiss the execution will be an interlocutory decision, and not a judgment.

The Code is clear when prescribing the correct appellate procedure against judgment is the “final appeal” of article 1,009 (“*apelação*”, in Brazilian Portuguese), and the correct appellate procedure against interlocutory decisions is the interlocutory appeal of article 1,015 (“*agravo de instrumento*”).

Article 1,015, however, presented an exhaustive list of appealable interlocutory decisions in its subsections. Article 1,009, on the other hand, permits final appeals against any judgment.

Nowadays appellate procedure for interlocutory appeals are described by Gonçalves, Simão and Freitas:

An interlocutory appeal may also be filed against interlocutory decisions rendered in the award calculation phase or judgment enforcement phase, in enforcement proceedings, or in probate proceedings (paragraph 1, article 1015 of the CPC).

Unlike appeals against final decisions, the litigant must file interlocutory appeals directly before the appellate court. For this reason, there are some special requirements regarding the documents that must be submitted with the interlocutory appeal. If the case records are not electronic and the appellate court has no access to them, the interlocutory appeal must be supported by copies of the following documents: statement of claim, answer, petition that resulted in the appealed decision, the appealed decision itself, the certificate of notification of the appealed decision or another official document evidencing timeliness of such interlocutory appeal, as well as the powers of attorney granted to the appellant’s and the appellee’s attorneys.

In addition, the appellant must file a pleading before the trial court with a copy of the interlocutory appeal, proof of its filing and a list of documents supporting the interlocutory appeal. This is very important because, if the case records are not electronic, non-fulfilment of this requirement will render the interlocutory appeal inadmissible (paragraph 2, article 1018 of the CPC).²³

23. GONÇALVES, Diógenes; SIMÃO, Lucas Pinto; FREITAS, Priscilla Martins. Appeals. *Getting the deal through*, Aug. 2018. Source: <<https://gettingthedealthrough.com/area/98/jurisdition/6/appeals-brazil/>>, access 20 Mar. 2019.

The differences between final and interlocutory appeals are also present in its effects. The general rule prescribed in article 995 (which speaks of any kind of appeal) specifies that appeals do not have stay effects *ope legis* and shall not suspend proceedings in lower courts. However, the judge may grant a stay effect to the appeal if a *prima facie* case seems probable and there are grounds to fear that delay in the main case will cause grave harm or make compensation difficult or even impossible.²⁴

In complete opposition, the final appeal (as prescribed in article 1,012 § 1) has an automatic stay effect. It may be withdrawn by the judge if grounded on the same prerequisites (a probable *prima facie* case and fear that delay will cause harm to the party), but the final appeal ordinarily leads to the stay of lower court proceedings.

The Brazilian Code of Civil Procedure, when regulating interlocutory appeals' procedure, consolidates a legislative evolution that started with the beginning of the previous Code in 1973 and was followed by its reform in the 90's and 00's. The exhaustive list of article 1,015 represents by no means a definite answer to Judiciary problems like effectiveness and legal certain. Nevertheless, it is indeed a brand-new effort towards the right direction.²⁵

III. THE APPEALABILITY OF INTERLOCUTORY DECISIONS IN U.S. LEGAL SYSTEM AND THE COLLATERAL ORDER DOCTRINE

The interlocutory appeal is a creation of Portuguese law.²⁶ On the other side, the evolution of precedent-based systems – such as the American common law – has traced a different path.

It is a fact that American law has only recently begun to admit appeals against interlocutory decisions.²⁷ Until the half of 20th century, the competence of higher

24. VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Efeito suspensivo do agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito, *in*: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*, vol. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 525-540.

25. “Brazilian law keeps seeking a solution to courts’ overloading and the presented alternatives always evidence the tendency to restrict interlocutory decisions appealability and to grant prerogatives to higher court judges to monocratically decide some appeals” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Evolução do agravo no sistema jurídico brasileiro das Ordenações Lusitanas ao novo CPC*. *In*: SILVA, José Anchieta da. (Org.). *O novo processo civil*, vol. I. São Paulo: Lex Magister, 2015, p. 591-655).

26. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

27. “The courts have a settled policy against “piecemeal appeals”, even though this policy can be a source of great frustration for litigants and their counsel. Indeed, the inability to secure immediate review of important preliminary rulings, such as the denial of a motion to dismiss or of a motion for summary judgment, often means that there will never be *any* appeal. The reason is practical: Once the district court establishes the basic legal rulings under which the case will proceed, many, if not most, cases will settle before reaching a final judgment” (PARASHARAMI, Archis; RANLETT,

jurisdictional courts was limited to appeals against final decisions (28 U.S.C., § 1291),²⁸ and those are the ones that *end litigation on the merits*.²⁹

Only in 1949 jurisprudence consolidated a thesis that allowed the appeal against decisions that, albeit not “final”, were really deciding the merits of the conflict and its impugnation only at the end of the procedure would reveal itself ineffective. It was in *Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp.*³⁰ that the Supreme Court broadened the sense of the legal expression “final decision”,³¹ allowing the appeal against an interlocutory decision that, in that case, considered that a federal court was not required to apply a state law.³² That thesis, known through time as the *collateral order doctrine* (or *Cohen doctrine*), was conceived to be exceptionally used by judges: the interlocutory appeal

Kevin. Chapter 4 Discretionary interlocutory appeals and mandamus, in NETTER, Brian (ed.). *Federal Appellate Practice*, 2. ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2018, p. 152).

28. References to American law (both precedents and statutes) are most times concerning to federal rules, both in legislative (with references to the United States Code) and jurisprudential mentions (with Supreme Court precedents). The eventual mention to aspects of state law will be expressly pointed out.
29. Cf. *Catlin v. United States*, 324 U.S. 229 (1945). About federal courts competence: “Congress has plenary authority to control both the original and appellate jurisdictions of the federal courts. Pursuant to its constitutional authority, Congress has mandated that, as a general rule, a litigant has the right to appeal only after a final decision. This statutory requirement codified a long-established common-law precedent and the Supreme Court generally has given the statute a strict interpretation: ‘[A] final decision is one that ends the litigation on the merits, leaving the court nothing to do except execute the judgement’” (ANDERSON, Lloyd C. The collateral order doctrine: a new Serbonian bog and four proposals for reform. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 46, p. 539-615, 1998, p. 539-540).
30. *Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp.*, 337 U.S. 541 (1949).
31. As the Court exposed, the appealable “final decision” in the terms of the law should not mean that the decision was placed at the very end of the process, but that it should not be incomplete or inconclusive: “The Court determined that Congress did not intend the statute to apply only to decisions that terminate an action. Rather, the Cohen Court interpreted the statute to allow for appeal of any final ruling, and it found certain interlocutory decisions final so long as they were not tentative, informal, incomplete, open, unfinished, or inconclusive” (PIKOR, Matthew R. The collateral order doctrine in disorder: redefining finality. *Kent Law Review*, Chicago, v. 92, n. 2, p. 619-651, out. 2017, p. 624).
32. “In 1943, soon after the Supreme Court’s landmark choice-of-law decision in *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, a small shareholder brought a shareholder’s derivative action in federal court against the company’s officers and directors, accusing them of raiding corporate coffers to enrich themselves. The corporation moved to require the plaintiff to post security to pay defense costs if the plaintiff lost, as required by state law. The district court held that a federal court was not bound to apply a state security law and denied the motion. Even though this decision did not terminate the litigation, the defendants appealed immediately. The Third Circuit of Appeals reversed on the ground that the *Erie* decision mandated the application of the state security requirement. The Supreme Court granted certiorari on both the appealability and the security issues” (ANDERSON, Lloyd C. The collateral order doctrine: a new Serbonian bog and four proposals for reform. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 46, p. 539-615, 1998, p. 543-544).

would fit only if (i) the decision was ending an ancillary matter³³ and (ii) if an appeal against the decision, if presented only at the end of the procedure, resulted ineffective.³⁴

Many practical considerations may justify immediate appeal of an order, since *time*, as already said, may be crucial to the matter discussed.³⁵

The granting of a stay effect depended (and still depends) on a specific requirement of the appellant to the monocratic judge³⁶ – and the granting requirements are similar to those of Brazilian law:³⁷ probable existence of a *prima facie* case and grounds to fear that delay in the principal case will cause grave harm or make compensation difficult

-
33. The goal behind that requirement was clearly to appreciate procedural economy, bringing together in one single appeal (the final appeal) the judgement of issues that would otherwise be analyzed several times through numerous interlocutory appeals: “The Court required that ruling be sufficiently separable from the central merits of the case to prevent successive, piecemeal appeals by combining ‘all stages of the proceeding that effectively may be reviewed and corrected if and when final judgement results’” (PIKOR, Matthew R. *The collateral order doctrine in disorder: redefining finality. Kent Law Review*, Chicago, v. 92, n. 2, p. 619-651, out. 2017, p. 626).
34. ANDERSON, Lloyd C. *The collateral order doctrine: a new Serbonian bog and four proposals for reform. Drake Law Review*, Des Moines, v. 46, p. 539-615, 1998, p. 542.
35. “Various kinds of rulings can justify interlocutory appellate review. For example, if the trial judge overrules an objection to the court’s jurisdiction, the proceedings in the trial court go forward, possibly through a full-scale trial. On subsequent appeal from the final judgment, the appellate court may decide that the objection to jurisdiction should have been sustained; on this basis, the trial on the merits will have gone for nothing. A similar problem can arise when privileged evidence is involved. If the trial judge sustains a claim of privilege – for example, communications between attorney and client – vital evidence may thereby be excluded. If upon appeal from the final judgment the communications are held not to be privileged, the appellate court may also be compelled to order a new trial because the evidence was withheld. On the other hand, if the judge overruled an objection to privileged communications, the receipt of that evidence may later be held on appeal to have contaminated the trial. Again a new trial would be required that could have been avoided if interlocutory appeal had been available” (HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: na introduction*. New York: Vail-Ballou Press, 1993, p. 187-188).
36. “If a party pursuing a collateral order appeal wants a stay of the trial court proceeding pending resolution of the attempted appeal, it must move for such order. Federal Rule of Appellate Procedure 8 governs motions for stay or injunctions while an appeal is pending. Fed. R. App. P. 8(a)(1)(C). Rule 8 provides that a party must ordinarily move first in the district court for a stay of the order of a district court pending appeal or for an ‘order suspending, modifying, restoring or granting an injunction’ while an appeal is pending. Fed. R. App. P. 8(a)(1)(A), (C)” (COBB, Dana Livingston. *Interlocutory appeals and mandamus in Federal Court. 14th Annual Conference on State and Federal Appeals*, University of Texas Law School, Texas, jun. 2004, p. 10).
37. “It goes without saying that obtaining a stay is difficult. Although the nomenclature varies by jurisdiction – you would file, for example, a ‘motion for stay pending appeal’ in the Fourth Circuit, Fed. R. App. P.8, and a ‘petition for a writ of supersedeas’ in the North Carolina Court of Appeals, N.C. R. App., P.8, 23 – the governing standards are largely uniform. You must establish, inter alia, that you are likely to succeed on the merits and that your client would suffer irreparable harm absent a stay. [...] These requirements are demanding, and it is particularly challenging to satisfy them due to the page constraints for stay requests. See Fed. R. App. P.27(d)(2) (limiting motions to 20 pages, and replies to 10 pages)” (ZIMMERMAN, Erik R. *The hidden risks and benefits of requesting a stay*

or even impossible (derived from the Latin formulas *fumus boni iuris* and *periculum in mora*).³⁸

Through the following years, American jurisprudence gradually spread the doctrine's application to other hypothesis – such as criminal law³⁹ – until, in 1985,⁴⁰ its inconsequential granting led to an excessive litigiousness, with delays and expenditures way beyond reasonable amounts, creating dubiety regarding the doctrine – and the resulting in legal uncertainty.⁴¹ Additionally, the inconsistent changes of the requirements for interlocutory appeals gave rise to an essentially procedural litigation,⁴² counterproductive in a scenario in which the scope of the process is social pacification.

In that critical context, the Congress designated, in 1988, a study committee – the Federal Courts Study Committee – to solve that matter.⁴³ The Committee report suggested the Supreme Court should be granted the power to define hypothesis if interlocutory appeal admissibility. In more original terms, closely related to the concept of “final decisions”, the Supreme Court should be granted with the power to define which decisions were “final” for purposes of appeal, and which decisions, although not “final”, were still appealable.

In 1992, the law consolidated the Supreme Court normative power to determine which interlocutory decisions could be appealed, whilst adding the subsection (e) to the § 1,292 of the United States Code, Title 28. The item granted the Supreme Court general powers to prescribe the interlocutory appeal of interlocutory decisions not mentioned in previous subsections.⁴⁴

The primary rule of interlocutory decisions appealability in American common law is grounded on subsection (a) of § 1,292, but it is relevant to transcribe here the whole section:

§ 1292. Interlocutory decisions

pending appeal. *Per Curiam*, North Carolina Bar Association Appellate Section Newsletter, Raleigh, p. 9-11, mar. 2016).

38. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Brazilian civil procedure: an overview. *A panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, p. 183-205, 1992, p. 199-200.
39. *Abney v. United States*, 431 U.S. 651 (1977).
40. *Mitchell v. Forsyth*, 472 U.S. 511 (1985).
41. ANDERSON, Lloyd C. The collateral order doctrine: a new Serbonian bog and four proposals for reform. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 46, p. 539-615, 1998, p. 540.
42. PIKOR, Matthew R. The collateral order doctrine in disorder: redefining finality. *Kent Law Review*, Chicago, v. 92, n. 2, p. 619-651, out. 2017, p. 619-620.
43. Judicial Improvements and Access to Justice Act of 1988, Pub. L. n. 100-702, 102 Stat. 4642 (1988).
44. “The Supreme Court may prescribe rules, in accordance with section 2072 of this title, to provide for an appeal of an interlocutory decision to the courts of appeals that is not otherwise provided for under subsection (a), (b), (c), or (d)”.

(a) Except as provided in subsections (c) and (d) of this section, the courts of appeals shall have jurisdiction of appeals from:

(1) Interlocutory orders of the district courts of the United States, the United States District Court for the District of the Canal Zone, the District Court of Guam, and the District Court of the Virgin Islands, or of the judges thereof, granting, continuing, modifying, refusing or dissolving injunctions, or refusing to dissolve or modify injunctions, except where a direct review may be had in the Supreme Court;

(2) Interlocutory orders appointing receivers, or refusing orders to wind up receiverships or to take steps to accomplish the purposes thereof, such as directing sales or other disposals of property;

(3) Interlocutory decrees of such district courts or the judges thereof determining the rights and liabilities of the parties to admiralty cases in which appeals from final decrees are allowed.

(b) When a district judge, in making in a civil action an order not otherwise appealable under this section, shall be of the opinion that such order involves a controlling question of law as to which there is substantial ground for difference of opinion and that an immediate appeal from the order may materially advance the ultimate termination of the litigation, he shall so state in writing in such order. The Court of Appeals which would have jurisdiction of an appeal of such action may thereupon, in its discretion, permit an appeal to be taken from such order, if application is made to it within ten days after the entry of the order: Provided, however, That application for an appeal hereunder shall not stay proceedings in the district court unless the district judge or the Court of Appeals or a judge thereof shall so order.⁴⁵

(c) The United States Court of Appeals for the Federal Circuit shall have exclusive jurisdiction

(1) of an appeal from an interlocutory order or decree described in subsection (a) or (b) of this section in any case over which the court would have jurisdiction of an appeal under section 1295 of this title; and

45. It is worth noticing the law prescribes that, so the judge can expose in the interlocutory decision its potential appealability, there must be the expressions “*Provided, however...*”. At the end of the day, the appealability of those decisions is basically kept hostage by hermetic verbal formulas, grounded on a formalist practice that, at least to the eyes of Brazilian law, seems unreasonable. The attention to vocabulary of parties and judges is noted also in state law, such as in *Meehan v. Hopps*, 45 Cal. 2d 231, 217, 288 P.2d 267, 270 (1955): “Whether or not an appeal will lie depends upon the wording used by the lawyer in drafting the motion. If an attorney moves for an order ‘directing’ a receiver to pay money or perform an act against a party to the action, that party may appeal under the collateral order doctrine if the order is granted. But if the attorney moves for an order ‘authorizing’ the receiver to pay money or perform an act against a party to the action, no appeal will lie if the order is granted because the order has not complied with the requirement that it be a direction to pay money or perform an act. The justification is that if an appeal could be taken every time a receiver was authorized to do something, there would be undue delay and expense. However, in substance the order is the same whether the receiver is authorized or directed” (LUKENS, William M. The collateral order doctrine in California. *The Hastings Law Journal*, São Francisco, v. 15, p. 105-110, ago. 1963, p. 109).

(2) of an appeal from a judgment in a civil action for patent infringement which would otherwise be appealable to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit and is final except for an accounting.

(d)(1) When the chief judge of the Court of International Trade issues an order under the provisions of section 256(b) of this title, or when any judge of the Court of International Trade, in issuing any other interlocutory order, includes

in the order a statement that a controlling question of law is involved with respect to which there is a substantial ground for difference of opinion and that an immediate appeal from that order may materially advance the ultimate termination of the litigation, the United States Court of Appeals for the Federal Circuit may, in its discretion, permit an appeal to be taken from such order, if application is made to that Court within ten days after the entry of such order.

(2) When the chief judge of the United States Court of Federal Claims issues an order under section 798(b) of this title, or when any judge of the United States Court of Federal Claims, in issuing an interlocutory order, includes in the order a statement that a controlling question of law is involved with respect to which there is a substantial ground for difference of opinion and that an immediate appeal from that order may materially advance the ultimate termination of the litigation, the United States Court of Appeals for the Federal Circuit may, in its discretion, permit an appeal to be taken from such order, if application is made to that Court within ten days after the entry of such order.

(3) Neither the application for nor the granting of an appeal under this subsection shall stay proceedings in the Court of International Trade or in the Court of Federal Claims, as the case may be, unless a stay is ordered by a judge of the Court of International Trade or of the Court of Federal Claims or by the United States Court of Appeals for the Federal Circuit or a judge of that court.

(4)(A) The United States Court of Appeals for the Federal Circuit shall have exclusive jurisdiction of an appeal from an interlocutory order of a district court of the United States, the District Court of Guam, the District Court of the

Virgin Islands, or the District Court for the Northern Mariana Islands, granting or denying, in whole or in part, a motion to transfer an action to the United States Court of Federal Claims under section 1631 of this title.

(B) When a motion to transfer an action to the Court of Federal Claims is filed in a district court, no further proceedings shall be taken in the district court until 60 days after the court has ruled upon the motion. If an appeal is taken from the district court's grant or denial of the motion, proceedings shall be further stayed until the appeal has been decided by the Court of Appeals for the Federal Circuit. The stay of proceedings in the district court shall not bar the granting of preliminary or injunctive relief, where appropriate and where expedition is reasonably necessary. However, during the period in which proceedings are stayed as provided in this subparagraph, no transfer to the Court of Federal Claims pursuant to the motion shall be carried out.

(e) The Supreme Court may prescribe rules, in accordance with section 2072 of this title, to provide for an appeal of an interlocutory decision to the courts of appeals that is not otherwise provided for under subsection (a), (b), (c), or (d).

The normative powers of the Supreme Court (subsection *(e)*), allied to the casuistic hypothesis of interlocutory appeal admissibility (subsections *(b)* and *(d)*) left the strict outlines of the appeal in the hands of a hesitant jurisprudence.⁴⁶ The wavy expansions and restrictions of appealability requirements led a trail of confusion and contradiction, even generating solely procedural litigation regarding that matter.⁴⁷ In contrast, it is worth pointing out that, after the birth of the doctrine in 1949, the Supreme Court reviewed the interlocutory appeal requirements once every six years; with its expansions from 1974 to 1988, the court started to reexamine that matter on average once a year – a self-flexibilization of the Court’s own jurisprudential standards.⁴⁸

The current diagnosis for the appealability of interlocutory decisions in American law points towards a very clear necessity: The Supreme Court must *(i)* return to the origins of the collateral order doctrine, adopting a narrower interpretation of the interlocutory appeal requirements, and *(ii)* resolve potential ambiguities through the usage of its normative powers.⁴⁹ Therefore, it is because of that the Supreme Court

-
46. Of course, it not the case of an inescapable cause-effect relation. The Judicial Power can be granted powers (which would also be *duties*, for the record) while aiming the best and most effective administration of Justice, but the absence of limits able to stop contradictory and conflicting decisions is quintessential. The Colorado experience is good example of broad powers granted to judges to determine appealability of interlocutory decisions (even though they could not decide on stay of the proceedings): “Colorado Appellate Rule (CAR) 21 – based on the Colorado Supreme Court’s original appellate jurisdiction provided by the state constitution – is available for a variety of cases. However, the criteria are stringent: the rule grants original jurisdiction to the Colorado Supreme Court only when ‘no other adequate remedy’, including an ordinary appeal or Colorado Rule of Civil Procedure (CRCP) 106 review, is available. The Supreme Court quickly reviews CAR 21 petitions, and if the Court accepts the petition by ordering a rule to show cause why the requested relief should not be granted, the underlying proceedings are automatically stayed” (YATES, Jessica E. Knowing when to change trains: the ins and outs of interlocutory appeals. *The Civil Litigator*, Colorado, vol. 41, n. 6, p. 31-37, jun. 2012).
47. PIKOR, Matthew R. The collateral order doctrine in disorder: redefining finality. *Kent Law Review*, Chicago, v. 92, n. 2, p. 619-651, out. 2017, p. 647.
48. ANDERSON, Lloyd C. The collateral order doctrine: a new Serbonian bog and four proposals for reform. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 46, p. 539-615, 1998, p. 581-607.
49. “The collateral order exception to the final judgement rule functions most efficiently as a narrow mechanism with requirements that, when satisfied, adequately balance the institutional burdens of increased appellate caseloads with the benefits of mitigating unduly harsh consequences for litigants. The U.S. Supreme Court has, however, gradually stretched these requirements, albeit often to further important policy interests. In doing so, the Court has left complex and confusing guidance that has made interpretation difficult and has significantly increased procedural litigation. A revised definition of finality that both returns to a narrow interpretation of Cohen’s requirements and resolves potential ambiguities, alongside further Supreme Court rulemaking, would return Cohen’s collateral order doctrine to a workable standard, resolve current conflicts, and avoid the institutional costs of addressing the issue through fragmentary resolution” (PIKOR, Matthew R. The collateral order doctrine in disorder: redefining finality. *Kent Law Review*, Chicago, v. 92, n. 2, p. 619-651, out. 2017, p. 651).

has sought to maintain its interpretation as conservative as possible,⁵⁰ including in its most recent jurisprudence⁵¹ – and in that matter it has also been followed by the state Courts.⁵²

In a brief synthesis, the jurisprudential inclination – corroborated by the doctrine – leans towards *restricting* the applicability of collateral order doctrine.⁵³ The evolution of US law has increased the hypothesis of interlocutory appeals, grounded on the necessity of providing effective jurisdictional protection in a reasonable time. However, its unreasonable enlargement has brought to surface its problems, and is now demanding an inflection in reality: allowing *excessive* interlocutory appeals is as pernicious as allowing *almost none* interlocutory appeals.⁵⁴

-
50. “The Court has thus limited Cohen’s reach to a carefully considered set of circumstances. Only in cases where section 1291’s jurisdictional requirement would, if mechanically applied, eliminate the role of the appellate courts altogether with respect to claims deemed essential to litigants, has the Court countenanced a departure from its rigidities. Where the foreclosure of appellate review has appeared any less stark, however, the Court has maintained a stringent adherence to the finality rule” (KANJI, Riyaz A. The proper scope of pendent appellate jurisdiction in the collateral order context. *Yale Law Journal*, v. 100, n. 2, p. 511- 530, 1990).
51. In *Will v. Hallock* (546 U.S. 345, 352 (2006)), Supreme Court understood that interlocutory appeals would only be admissible if otherwise a substantial public interest could be jeopardized. In *Mohawk Industries v. Carpenter* (130 S. Ct. 599 (2009)), the interlocutory appeal was refused in cases concerning rejections of attorney-client privilege claims.
52. Source: <<https://www.law.com/thelegalintelligencer/2018/02/15/preservation-and-points-for-charge-important-decis/>>, accessed in 20 Aug. 2018.
53. “For these doctrines to make sense, pendent appellate jurisdiction should only be available in collateral order appeals ‘where essential to the resolution of properly appealed collateral orders’. Put another way, only where the appellate court cannot resolve the propriety of the collateral order under review without adjudicating a necessarily antecedent legal question should it have interlocutory appellate jurisdiction to resolve that question, as well” (VLADECK, Stephen I. Pendent appellate bootstrapping. *American University Washington College of Law*. Washington, n. 3, p. 199-212, 2013).
54. Thus the proposals presented by Lloyd Anderson: “The Court itself could take the boldest and most sweeping step, the one that will produce the most desirable long-term outcome – rejecting the broad, rights-based formulation developed in the past thirty years and returning to the strict mootness-based formulation originally set forth in *Cohen*, accompanied by a more generous allowance of discretionary interlocutory appeal. In the long run, the strict doctrine would achieve the proper balance between effectuating the policies underlying the final judgment rule and the need to avoid truly irreparable harm resulting from no appellate review at all of issues that, by their nature, would become moot after final judgment. Short of such an ambitious reworking of the doctrine, the Court should at least recognize the true nature of the current doctrine. It is not a formula of set conditions, but a flexible test in which four factors are accorded different weight according to the particular order at issue. Such recognition would be a long step towards the “ABA-Wisconsin” approach advocated by some commentators which allow appeal as of right only from true final judgments and discretionary interlocutory appeal from prejudgment orders. More modest, short-term reform should focus on the most troublesome and costly area of collateral order appeals – denial of qualified immunity. The Court, sooner rather than later, should overrule *Mitchell* and its progeny. Short of that, the dormant rulemaking authority should be activated and serious consideration should be given to the promulgation of a Federal Rule of Appellate Procedure that would permit one, and only one, appeal from a denial of qualified immunity; the scope of which should include both legal and factual issues.

IV. THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE DOCTRINE

As seen above, Brazilian juridical community has been suffering with the interpretation of article 1,015 of CPC. The legislative orientation changed from permitting appeals of any interlocutory decisions (as prescribed by the former Code) to prescribing one list of appealable interlocutory decisions (and other exceptional hypothesis expressly prescribed in other rules or articles).

That variation led to two different perspectives on article 1,015. The first one concerns to whether an interlocutory appeal not prescribed in the article's list should be admissible. If so, that would maintain the previous reality, in which any interlocutory decision could be appealable.

The second perspective derives from concluding the CPC does not allow interlocutory appeals not expressly prescribed by law. That conclusion leads to discuss whether the items of the article allow *extensive* or *restrictive* interpretations.

In a previous work, we had the opportunity to defend an axiological vector of *non-appealability* of interlocutory decisions. That is, we defended the impossibility of interlocutory appeals outside the boundaries of article 1,015 and, while analyzing the hypothesis of that article, the interpretation should be restrictive:

The premise adopted there, which is also present here, is that the intention of the legislator with the new Code was to restrict the hypothesis of appealable interlocutory decisions, in order to increase the productivity of the courts. Whether the reader agrees or not with those reasons, it is at least clearly seen that the scope of the Code, ground on a whole legislative environment focused on the same purpose, was to reduce the number of interlocutory appeals, since it prescribed an express list of decisions that can be challenged by them.

Considering that reality, an incorrect understanding started to spread: the existence of non-appealable interlocutory decisions would represent the primacy of the speed-probability binomial, by default of the security-certainty binomial. Three reasons break this conclusion: (i) the decision being interlocutory does not necessarily imply uncertainty over the judge's decision, which should be as certain as its grounds, and the duty of grounds is established in article 93, IX of the Constitution; (ii) the singular judge, being the one who carries out the production of evidence and dialogues with the parties, is the most apt to judge with the necessary certainty; (iii) the non-appealability vector decreases the number of claims in courts, allowing a more detained analysis of questions submitted to them.⁵⁵

Such a rule would eliminate the multiple appeals and much of the procedural litigation that is the single most costly feature of qualified immunity appeals" (ANDERSON, Lloyd C. The collateral order doctrine: a new Serbonian bog and four proposals for reform. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 46, p. 539-615, 1998).

55. VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Efeito suspensivo do agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito, *in*: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa

However, the Brazilian Superior Court of Justice recently decided that question with a different solution, generating a new binding precedent.⁵⁶

The majority of the bench, following the statement of Justice Andrichi, determined the list of article 1,015 was exhaustive (or taxative,⁵⁷ to be more literal), but it was *mitigated* because an interlocutory appeal should be admissible – albeit exceptional – when complied the prerequisite of *urgency*.⁵⁸

The resemblance with the collateral order doctrine is, at least, worth noticing. The US solution to the interlocutory decisions appealability was grounded on the same reason that motivated the Brazilian recent positioning: the danger of postponing the discussion of a relevant question to the end of the proceeding and realizing it would be ineffective.

The state of the law that generated this jurisprudential innovation, however, is different in both countries. The American common law had known no interlocutory appeal before collateral order doctrine, and it was not until after the doctrine has spread that Congress created some hypothesis prescribed in section 1,292 – combined with the casuistic hypothesis based on urgency and effectiveness.

On the other hand, Brazil came from a scenario of virtually unlimited interlocutory appeals to a major legislative restriction (through the Code) and that made way for a casuistic analysis, also combined with the expressly prescribed hypothesis of appealable interlocutory decisions.

It is worth noticing the Superior Court of Justice was not unanimous when examining that matter. Justices Moura, Noronha and Martins, for example, considered it was not up to the Court to expand in such a large way the words of the law.⁵⁹ It has also been said by Justice Moura that the thesis would bring more problems than solutions.⁶⁰

The peril of the Superior Court of Justice bench decision is that now any interlocutory decision is theoretically appealable – it is up to the appellant’s attorney

(coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*, vol. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 525-540.

56. STJ, REsp 1.969.396/MT, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 05 Dec. 2018.

57. A taxative list does not mean anything related to taxation; it is merely the opposite of considering the list consists on examples.

58. As Justice said, “the objective requirement – the urgency the derives from the future inutility of judgement of a final appeal – makes possible the immediate appealability of interlocutory decisions outside article 1,015, always exceptional and only if demonstrated the urgency, independently of extensive or analogical interpretation, because, as demonstrated, not even those techniques are enough to comprehend all situations”.

59. And Brazil does not have a normative power granted to the courts in terms of interlocutory appeals such as subsection (e), section 1,292, title 28 of U.S. Code.

60. “It will certainly arise uncountable conflicts regarding casuistic interpretation. How will the urgency analysis be made? Will it be up to each judge to subjectively determine what should be ‘urgency’?”.

to demonstrate the urgency of the higher court decision on that matter. Also, that orientation literally obliges parties to appeal, because failing to raise that issue in the first possible moment (and postponing the matter to a final appeal) may cause the preclusion and prevents the discussion in higher courts.⁶¹ After all, it leads to a costly procedural litigation.

This leads to the very problem that originated the vector of non-appealability of interlocutory decisions: excessive amounts of interlocutory appeals in higher courts and excessive delay in both higher and lower courts procedures.

V. CONCLUSION

This article analyzes the appealability of interlocutory decisions, both in Brazilian and US legal systems, in order to find some kind of parallel between the two scenarios.

Brazil has been going through a major change in its civil procedure rules, since its new Code entered into force in 2015. Determining which interlocutory appeals should be immediate appealable remains as one of the greatest discussions between scholars.

The 2015 Code of Civil Procedure parts ways with the previous 1973 Code, that allowed interlocutory appeals against virtually any interlocutory decisions. Not even legislative efforts and the conversion of interlocutory appeals into withheld ones could diminish the enormous quantity of interlocutory appeals. Hence, the new Code tried to restrict the hypothesis of appealable interlocutory decisions.

In US legal system, the appealability of interlocutory decisions went through a different path. It started from a scenario of a virtually non-existing interlocutory appeal and gradually started to admit those appellate procedures when an appeal against the decision, if presented only at the end of the procedure, resulted ineffective. Nevertheless, that gradual extension of interlocutory appeals hypothesis led to a problem already experienced in Brazil: an exaggerated number of appeals and the consequent ineffectiveness of higher courts. US legal system struggles to return to the beginning of the collateral order doctrine, which means the restriction of appealable interlocutory decisions.

61. “In this context, it should also be noted that certain violations of procedural rules, in particular rules on the form of procedural acts, can only form the basis of a later appeal, regular or miscellaneous, if the aggrieved party neither explicitly waived her right to appeal nor failed to raise the issue in a subsequent hearing. This provision embodies the idea of good faith in proceeding as well as the idea of efficiency and transparency: Parties must give the court the opportunity to correct a purported violation in due time - the idea of cooperating in good faith, - a party loses her rights if she does not intervene, such forfeit limiting future litigation, delay, and cost - the idea of efficiency, - and if timely raised, the court will normally take an outright decision on the issue, which facilitates future determination of what exactly happened in the proceedings” (KERN, Christoph. Appellate justice and miscellaneous appeals – the proposals for a reform of Brazilian civil procedure as compared to the German solution. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 188, p. 147-162, out. 2010).

The US experience shows that even when the interlocutory appeal is an exception in the legal system it should be treated carefully. Otherwise, it may evolve to a system that allows appeals against virtually any interlocutory decisions – which is not the intention of the legislator, the courts and not even parties.

The main purpose of this article, as abovementioned, is to identify a parallel between Brazil and US legal systems and, fortunately, find some useful to Brazilian current state of the law. Therefore, we notice that, albeit article 1,015 of the Brazilian Code of Civil Procedure restricts the hypothesis of appealable interlocutory decisions, jurisprudence and doctrine may be careful: the risk of numerous interlocutory appeals is still present. And the power to prevent the Brazilian legal system from that problem lies in the hands of jurisprudence and doctrine, the ones capable of giving to the article 1,015 its most adequate interpretation.

VI. REFERENCES

- ANDERSON, Lloyd C. The collateral order doctrine: a new Serbonian bog and four proposals for reform. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 46, p. 539-615, 1998.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. *Sistematização das decisões interlocutórias e os regimes de recorribilidade*. Tese (doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, 339 p.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Brazilian civil procedure: an overview. *A panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, p. 183-205, 1992.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958.
- COBB, Dana Livingston. Interlocutory appeals and mandamus in Federal Court. *14th Annual Conference on State and Federal Appeals*, University of Texas Law School, Texas, jun. 2004.
- HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New York: Vail-Ballou Press, 1993.
- KANJI, Riyaz A. The proper scope of pendent appellate jurisdiction in the collateral order context. *Yale Law Journal*, v. 100, n. 2, p. 511- 530, 1990.
- KERN, Christoph. Appellate justice and miscellaneous appeals – the proposals for a reform of Brazilian civil procedure as compared to the German solution. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 188, p. 147-162, out. 2010.
- LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – IARGS*, Porto Alegre, v. 50, 1976, p. 163-170.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015, in MENDES, Aluído Gonçalves de Castro *et al.* *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux*, vol. II. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 383-398.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Evolução do agravo no sistema jurídico brasileiro das Ordenações Lusitanas ao novo CPC. In: SILVA, José Anchieta da. (Org.). *O novo processo civil*, vol. I. São Paulo: Lex Magister, 2015, p. 591-655.
- LUKENS, William M. The collateral order doctrine in California. *The Hastings Law Journal*, São Francisco, v. 15, p. 105-110, ago. 1963.

- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo civil*, vol. XVI: artigos 976 ao 1.044, in: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PARASHARAMI, Archis; RANLETT, Kevin. Chapter 4 Discretionary interlocutory appeals and mandamus, in NETTER, Brian (ed.). *Federal Appellate Practice*, 2. ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2018.
- PIKOR, Matthew R. The collateral order doctrine in disorder: redefining finality. *Kent Law Review*, Chicago, v. 92, n. 2, p. 619-651, out. 2017.
- PRITSCH, Cesar Zucatti. The Brazilian appellate procedure through Common Law lenses: how American standards of review may help improve Brazilian civil procedure. *University of Miami Inter-American Law Review*. Miami, vol. 48, issue 3, p. 56-96, 2017.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Efeito suspensivo do agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito, in: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*, vol. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 525-540.
- VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade, in: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*, vol. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 503-523.
- VLADECK, Stephen I. Pendent appellate bootstrapping. *American University Washington College of Law*. Washington, n. 3, p. 199-212, 2013.
- YATES, Jessica E. Knowing when to change trains: the ins and outs of interlocutory appeals. *The Civil Litigator*, Colorado, vol. 41, n. 6, p. 31-37, jun. 2012.
- ZIMMERMAN, Erik R. The hidden risks and benefits of requesting a stay pending appeal. *Per Curiam*, North Carolina Bar Association Appellate Section Newsletter, Raleigh, p. 9-11, mar. 2016.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

Potencialidades e limites da cooperação judiciária nacional

Potentialities and limits of the national judicial cooperation

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

PhD and Masters in Constitucional Law (UNIFOR – Fortaleza’s University, Brazil).
Executive Secretary – Judicial Area at Ceará’s State Court of Justice, Brazil.

Resumo: O Código de Processo Civil disciplinou a cooperação judiciária nacional, possibilitando maior simplicidade e celeridade nas interações entre os órgãos do Poder Judiciário. As normas legais que tratam do assunto ainda têm uma aplicação efetiva muito discreta, com muitas dúvidas sobre o alcance do instituto. Nessa perspectiva, o artigo propõe-se a analisar as possibilidades e os limites das interações judiciais colaborativas no processo civil brasileiro a partir do estudo de seus tipos, instrumentos e atos.

Palavras-chave: Direito processual civil. Cooperação. Poder Judiciário. Eficiência. Atos jurisdicionais concertados.

Abstract: The Civil Procedure Code disciplined the national judicial cooperation allowing greater simplicity and celerity in the interactions between the organs of the judiciary. The legal rules that deal with the subject still have a very discreet effective application, with many doubts still remaining about the scope of the institute. In this perspective, the article proposes to analyze the possibilities and the limits of the

collaborative judicial interactions in the Brazilian civil process from the study of its types, instruments and acts.

Keywords: Civil procedure law. Cooperation. Judiciary. Effectiveness. Concerted jurisdictional acts.

Sumário: 1. Introdução; 2. Elementos do modelo de cooperação judiciária do CPC/2015; 3 Tipos de cooperação; 3.1 Cooperação judiciária realizada mediante pedido; 3.2 Cooperação judiciária por concerto entre os magistrados; 3.3 Cooperação judiciária por provocação de órgão da administração judiciária; 4. Instrumentos de cooperação judiciária; 4.1 As cartas e sua “preterição” no sistema aberto de instrumentos de cooperação judiciária; 4.2 Auxílio direto; 4.3 Reunião ou apensamento de processos; 4.3.1 Reunião e apensamento de processos entre juízos com competências absolutas diferentes; 4.3.2 Necessidade de critérios objetivos para definir quais processos serão reunidos ou apensados e perante qual juízo; 4.4 Atos concertados entre os juízes cooperantes; 5. Atos de cooperação judiciária; 5.1 Prestação de informações; 5.2 Prática de citação, intimação ou notificação de ato; 5.3 Obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; 5.3.1 Suspensão do processo; 5.4 Efetivação de medidas e providências para a recuperação e a preservação de empresas e a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; 5.5 Centralização de processos repetitivos; 5.6 Efetivação de tutela provisória e execução de decisão jurisdicional; 6. Conclusões; Referências

1 INTRODUÇÃO

A busca da efetividade da prestação jurisdicional é um dos grandes pilares do Código do Processo Civil (CPC) de 2015, para atingir tal propósito, diversos instrumentos processuais que viabilizam uma atuação mais eficiente e menos burocrática foram incluídos no ordenamento jurídico. Dentre as novidades, destaca-se a cooperação judiciária nacional.

É certo que a cooperação judiciária não nasce com o CPC/2015. Um dos antecedentes mais relevantes é a Recomendação n.º 38/2011 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a Rede Nacional de Cooperação Judiciária, com a finalidade de estimular o intercâmbio e a cooperação entre as unidades do Poder Judiciário. Também merece referência o § 2.º do artigo 13 da Lei n.º 9.099/1995, que já admitia que a prática de atos processuais em outras comarcas pudesse ser solicitada “por qualquer meio idôneo de comunicação”.

Apesar do amparo normativo e do transcurso de um tempo razoável para a maturação do instituto, as experiências concretas na matéria ainda são muito sutis, o que mostra ser essa uma área carente de compreensão e de aplicação prática. É difícil diagnosticar com precisão os motivos dos tímidos resultados até então verificados, mas certamente a novidade do tema e a cultura de isolamento das unidades judiciais estão entre as causas principais.

O advento do CPC/2015 apresenta a oportunidade para repensar a sistemática de funcionamento da cooperação judiciária nacional, tanto pelo impacto e pelo alcance que o disciplinamento legal propicia como pelo funcionamento mais difuso que ele permite. Todavia, esse instituto ainda é incompreendido por boa parte dos magistrados e dos advogados, contando com posições esparsas e divergentes na doutrina. Em verdade, ainda há muita incerteza sobre o real alcance dos artigos 67 a 69 do CPC, em especial sobre o modo de operacionalizar a cooperação judiciária em prol da fluidez e da agilidade na prestação jurisdicional.

Nesse contexto intrincado e carente de diretrizes dogmáticas precisas, procura-se avaliar no presente artigo, ainda que de forma sucinta, os rumos que a cooperação judiciária nacional tem tomado no Brasil e identificar as suas potencialidades e os seus limites, por meio da análise dos principais elementos que compõem o modelo de cooperação judiciária nacional adotado pelo CPC. É nesse ponto que se manifestam a atualidade e a importância prática que justificam o presente estudo.

2 ELEMENTOS DO MODELO DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA DO CPC/2015

Dentre as características mais marcantes da cooperação judiciária nacional do CPC/2015, destacam-se a flexibilidade formal e a capacidade de adaptação às necessidades de cada caso; para isso ela se manifesta de forma atípica em diversos níveis, podendo assumir formas e tratar de matérias não especificadas na legislação.

Por essa razão, não é possível traçar de forma definitiva uma estrutura organizacional de suas manifestações. Ainda assim, é viável tomar as diretrizes apresentadas na legislação para delinear padrões lógicos de sistematização da matéria.

Inspirada nas lições de Fredie Didier Júnior, apresentadas em material ainda inédito, gentilmente disponibilizado pelo autor, a abordagem do modelo de cooperação judiciária do CPC/2015 será estruturada com base em três elementos: os tipos de cooperação, os instrumentos de cooperação e os atos de cooperação.

Essa organização ajuda a tornar mais simples a compreensão e a aplicação da cooperação. A ideia é definir, respectivamente, qual sua origem, por qual meio se desenvolve e do que ela trata. Assim, por exemplo, a cooperação pode ser deflagrada por um pedido (tipo), por meio de auxílio direto (instrumento) para tratar de intimação de partes (ato), ou então pode originar-se de um concerto entre os juízes (tipo), por meio de reunião de processos (instrumento) para centralizar processos repetitivos (ato). Em princípio, é possível qualquer combinação entre esses elementos, embora alguns arranjos mostrem-se mais harmônicos.

A disposição da matéria no CPC não permite que se chegue a essa informação de maneira direta. Da literalidade dos artigos 67 a 69 do CPC, não é possível extrair com clareza o que é tipo, instrumento ou ato da cooperação. O artigo 69, por exemplo, transmite a ideia de que seus incisos tratam de instrumentos de cooperação judiciária, mas a prestação de informações é um típico objeto da cooperação. Já o § 2.º do mesmo

artigo 69 dá a entender que as situações ali descritas são objetos exclusivos de atos concertados, quando, na verdade, podem decorrer de um pedido de cooperação e ser objeto de outro instrumento de cooperação.

É preciso ressaltar que não se pretende, com a presente proposta de estruturação da matéria, tratar as manifestações da cooperação judiciária nacional de forma estanque e incomunicável. Qualquer pretensão de abordagem rígida que engesse a matéria é incompatível com a própria lógica que a caracteriza, que é aberta e flexível por essência. O objetivo é permitir uma visualização mais didática do instituto, desmistificando um pouco toda sua complexidade, sem com isso ignorar a possibilidade de existência de peculiaridades que fujam ao esquema proposto.

3 TIPOS DE COOPERAÇÃO

No exercício de organização didática da matéria, uma primeira classificação que pode ser apresentada é a que tem por critério a iniciativa. Por ela, é possível distinguir pelo menos três tipos de cooperação, ou seja, três caminhos que podem ser trilhados para desencadear a cooperação judiciária: I) mediante pedido, II) por concerto entre os magistrados e III) por provocação de órgão da administração judiciária. Para melhor compreendê-los, impõe-se uma análise específica de cada um deles.

Vale salientar que, ainda que a margem de inovação seja menor, não é possível afastar inteiramente a atipicidade dos tipos de cooperação, em especial pela proximidade que possui com os instrumentos e atos. Assim, podem existir outros tipos de cooperação judiciária.

3.1 Cooperação judiciária realizada mediante pedido

Os artigos 68 e 69 do CPC mencionam expressamente o “pedido de cooperação jurisdicional”, esse é, portanto, um dos meios de corporificar a pretensão de interação entre juízos e de deflagrar sua realização. Esse pedido é formulado por um juiz e dirigido a outro. Como se vê, nesse caso, o magistrado assume a posição de petionante, condição pouco comum no exercício da jurisdição.

Não se trata de ato unilateral ou impositivo, ao qual o juiz a quem se pede não se pode recusar. Todavia, como o artigo 67 do CPC estabelece um “dever de recíproca cooperação” e não uma simples faculdade, a deliberação negativa do destinatário do pedido não se encontra no campo da mera discricionariedade. É preciso que se exponha um motivo razoável para a recusa à colaboração requerida¹.

1. Cândido Rangel Dinamarco ressalta: “Como a cooperação jurisdicional é um dever imposto aos juízes (CPC, art. 67), é natural que não tenham estes a ilimitada e incondicionada faculdade de recusar solicitações formuladas por outro órgão jurisdicional – especialmente quando essa solicitação vier sob a forma de uma *carta de ordem* expedida por um tribunal ao qual esteja vinculado” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil: das normas processuais civil e da função*

Outro desdobramento desse dever é a necessidade de existir uma consequência para o seu eventual descumprimento injustificado, caso contrário, a imposição normativa estará esvaziada. Na busca de uma sanção adequada para a violação desse dever, mostra-se inoportuno questionar a regularidade da negativa para o âmbito do processo do qual se originou o pedido, pois isso poderá acarretar um atraso na sua tramitação, efeito oposto ao pretendido com a cooperação. Nessa linha, entende-se que a negativa injustificada deve importar em uma infração administrativa a ser apurada, extra-autos, pelos órgãos correccionais.

3.2 Cooperação judiciária por concerto entre os magistrados

A prática de cooperação entre dois juízos que demande algum grau de permanência e trate de uma variedade de atos ainda indeterminados tem como melhor caminho para o desenvolvimento a construção conjunta entre os magistrados envolvidos². Em tais situações, não é nem sequer possível predefinir de forma completa e definitiva todos os atos que serão objeto da cooperação, pois ela tende a evoluir e a passar por transformações durante sua realização.

Nesse caso, não há a necessidade de um requerimento propriamente dito, é preciso uma convenção entre os juízos, ou seja, um “ato concertado” entre eles. Mesmo que um dos envolvidos tenha tomado a iniciativa do diálogo para a construção conjunta de uma cooperação judiciária, esse movimento não pode ser visto como pedido de cooperação. Em verdade, como o amadurecimento da ideia e a formação do consenso entre os magistrados ocorrem de forma conjunta, não há como distinguir com precisão a iniciativa e a aceitação.

3.3 Cooperação judiciária por provocação de órgão da administração judiciária

Pode-se incluir nessa divisão a cooperação judiciária provocada por um órgão administrativo do tribunal, como a presidência, a corregedoria, a diretoria do fórum etc. Para além da função regulamentadora que esses órgãos assumem (fonte da cooperação), eles podem atuar de forma mais específica para superar a inércia dos juízos em provocar ou concertar a atuação conjunta que se mostre necessária para um caso concreto.

A visão panorâmica que esses órgãos possuem do contexto das causas que tramitam nas diversas unidades judiciais permite que eles possam identificar situações

jurisdicional. Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1 (arts. 1.º a 69), p. 348).

2. Nesse sentido, pontua Fredie Didier Júnior: “O ato concertado é indicado para disciplinar uma cooperação permanente ou duradoura entre os juízos cooperantes. Por isso, o ato cooperativo rege a prática de uma série de atos indeterminados, assumindo a natureza de fonte de normas processuais gerais, consensuais e anteriores à prática dos atos de cooperação”. (DIDIER JR., Fredie. Cooperação judiciária nacional. Material inédito não publicado, gentilmente cedido pelo autor, 2019).

que necessitem de uma cooperação judiciária e auxiliar o contato entre os juízos. Algumas vezes a relação entre processos que tramitam em unidades judiciais distintas são ignorados pelos magistrados, pois eles costumam concentrar sua atenção nos processos que lhes foram distribuídos. Essa realidade retrata um obstáculo à cooperação judiciária que necessita de um apoio para que ela possa se desenvolver.

Os núcleos de cooperação judiciária, os juízes de cooperação e a Rede Nacional de Cooperação Judiciária, disciplinados na Recomendação n.º 38/2011 do CNJ, podem ser relacionados a esse tipo de cooperação, pois eles têm entre suas atribuições a de promover e de intermediar a integração entre juízes cooperantes.

Destaque-se que a atuação desses órgãos não se manifesta por meio de uma determinação. A cooperação judiciária é um ato jurisdicional e esses órgãos administrativos não possuem hierarquia sobre os juízes nesse âmbito. Eles apenas estimulam a cooperação por meio da identificação dos possíveis processos para os quais a colaboração judicial pode ser útil e a aproximação dos magistrados envolvidos³. Contatos pessoais e reuniões administrativas são exemplos de medias que podem ser adotadas para incentivar a atuação colaborativa.

Esse tipo de cooperação judiciária muitas vezes não será percebido, uma vez que após a provocação dos órgãos administrativos é possível que os juízes firmem a cooperação por pedido ou por ato concertado, recaindo nas hipóteses anteriores. Todavia, esse fato não afasta a importância do seu tratamento individualizado, como forma de ressaltar essa importante atribuição dos órgãos responsáveis pela administração judiciária.

4 INSTRUMENTOS DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA

O segundo aspecto a ser abordado na definição dos contornos do modelo de cooperação judiciária do CPC/2015 são os seus instrumentos de manifestação ou de materialização.

Com base na dispensa de forma específica prevista no *caput* do artigo 69 do CPC, conclui-se que o rol legal dos meios de realização da cooperação judiciária é meramente exemplificativo. Para além de poder efetivar-se por outros instrumentos não previstos na lei, é importante destacar que não haverá sempre um instituto bem definido formalmente para tanto. Aplica-se nesse ponto o princípio da liberdade das

3. Na visão de Valéria Ferioli Lagrasta: “O que é importante ter em mente, porém, é que a cooperação entre juízes deve ser sempre voluntária, diante dos princípios do juiz natural e da independência do juiz, cabendo aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário apenas promover a aproximação pessoal dos juízes, através de encontros de trabalho e do incentivo à utilização da comunicação informal e eletrônica, concorrendo, com isso, para a mudança de mentalidade dos juízes, que passarão a cooperar voluntariamente entre si”. (LAGRASTA, Valéria Ferioli. *Sistema de gestão judiciária e gerenciamento do processo*. Disponível em: http://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2017/06/sistema_gestaojudiciaria_gerenciamento_processo.pdf. Acesso em: 13 de julho de 2019).

formas, de modo que sua forma de documentação pode ser a mais simples e variada, sem que isso acarrete vícios ao ato realizado.

O artigo 69 do CPC propõe-se a enumerar algumas formas como a cooperação judiciária pode ser executada, mencionando quatro situações em seus incisos. Ainda que a maior parte dos incisos do artigo 69 esteja relacionada à forma de realização da cooperação, a “prestação de informações” foge à regra por consistir em um ato, ou seja, em um objeto que se busca com a colaboração. É preciso distinguir o que se faz da forma como se faz.⁴

A dicção normativa mais fechada pode induzir o entendimento de que esse rol seria taxativo; portanto, não seria possível a efetivação de cooperação por outra forma. Essa interpretação está equivocada por partir de uma análise parcial e isolada do texto da lei.⁵ Como dito, os instrumentos de cooperação judiciária são atípicos, de modo que os incisos do artigo 69 exemplificam algumas dessas formas mediante as quais é possível realizar a cooperação, mas não exaurem as possibilidades, nem restringem suas hipóteses de cabimento⁶.

A escolha do instrumento de cooperação a ser utilizado precisa ser baseada nas necessidades e nas peculiaridades do caso concreto, em um juízo de adequação. Não é possível hierarquizar os meios de forma prévia e abstrata, somente o caso concreto pode definir a via ideal.

4.1 As cartas e sua “preterição” no sistema aberto de instrumentos de cooperação judiciária

Entre os instrumentos tipicamente regulados na legislação para realizar a cooperação judiciária, há as cartas (art. 267 e seguintes do CPC), veículo quase exclusivo de interação entre os juízos na vigência do CPC/1973. No entanto, atualmente, os artigos 67 a 69 do CPC autorizam a realização da cooperação judiciária por meios atípicos.

4. Luiz Henrique Volpe Camargo também não inclui a prestação de informações entre os instrumentos de cooperação. Para o autor existiriam somente três espécies típicas: o auxílio direto; a reunião ou apensamento de processos e as cartas de ordem, precatória e arbitral. (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2017, p. 305-309).
5. FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019, p. 102.
6. Felipe Screpes Wladeck ressalta: “Trata-se de expressões amplas, abrangentes das mais diversas formas de apoio. Caberá ao juízo solicitante definir (eventualmente, de forma dialogada com o juízo destinatário do pedido) a mais adequada no caso concreto” (WLADECK, Felipe Scripes. Arts. 54 a 69. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et al.* (coord.). *Código de Processo Civil anotado*. Curitiba: OAB, 2017, p. 110).

Com isso, a situação das cartas na sistemática processual vigente mudou substancialmente, elas passaram a ser unicamente um exemplo de instrumento de cooperação entre juízos. Há uma área de intercessão no cabimento dessas medidas. Logo, mesmo quando cabível a utilização de carta precatória e de ordem, será possível realizar a cooperação entre os juízos por qualquer outra forma⁷.

Ocorre que, por conterem uma estruturação mais formal, com um regime próprio que precisa ser respeitado quando utilizadas (art. 69, § 1.º), as cartas tendem a perder espaço para os meios menos solenes e burocráticos de cooperação. Assim, as cartas, que eram as únicas formas de cooperação entre juízos disciplinadas no CPC/1973, passam a ser o meio, em tese, menos atrativo de atuação colaborativa.

A partir desse prognóstico, começou-se a desenvolver o pensamento de preterição das cartas, a ponto de se entender que, nos casos de cooperação judiciária por pedido, elas seriam instrumentos de cooperação judiciária de aplicação apenas subsidiária⁸.

Embora esse entendimento seja bastante convidativo e seja muito provável que se concretize no futuro, principalmente com a consolidação do processo judicial eletrônico, não parece ser possível uma generalização desse porte no atual momento de desenvolvimento da matéria.

Ainda que a razoável duração do processo e a instrumentalidade das formas, princípios informativos da cooperação judiciária, apontem para a predileção por outros meios de interação entre os juízos, é possível que em casos concretos as cartas se apresentem mais adequadas ou, até mesmo, mais eficientes.

O fato de as cartas possuírem um disciplinamento legal mais detalhado pode ser um elemento positivo, quando se busca maior segurança e previsibilidade na condução da cooperação. Ademais, na realidade atual dos tribunais, a atividade cotidiana das unidades jurisdicionais já incorporou sua utilização, com a definição de rotinas de trabalho, a disposição de modelos e a adequação de sistemas eletrônicos. Dessa forma, em alguns casos, a opção por outros meios pode exigir mais energia, sem um ganho de eficiência que a justifique.

O volume de processos muitas vezes é um impedimento para a adoção de ações criativas e cooperativas que garantam maior celeridade e efetividade à prestação

7. Em sentido contrário, defende Leonardo Faria Schenk: “Ao indicar o objeto das cartas precatórias, o legislador processual deixou expresso se tratar ela, com primazia, do instrumento adequado para que o órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa (art. 237, III, do CPC/2105)” (SCHENK, Leonardo Faria. Arts. 67 a 69. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 275).

8. Oscar Valente Cardoso defende que as cartas passem “a ser um meio subsidiário ou excepcional de comunicação e cooperação entre os órgãos do Judiciário brasileiro” (CARDOSO, Oscar Valente. *A cooperação judiciária nacional no Novo Código de Processo Civil*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 152, nov. 2015, p. 46).

jurisdicional. Como parte dessas ações é muito individualizada e artesanal, a pressão por produtividade acaba desencorajando os magistrados e servidores a utilizá-las, fazendo com que o processo siga o rito tradicional.

Por mais paradoxal que possa parecer, na rotina de uma unidade jurisdicional, é mais fácil seguir as vias solenes e burocráticas já incorporadas ao cotidiano do que inovar em caminhos simples e informais.

Não se quer com isso defender a manutenção da realidade atual. Os meios menos burocráticos devem ser priorizados. Porém, essa priorização não deve ser acrítica e descontextualizada, é preciso avaliar a questão com base em critérios de conveniência e de adequação.

4.2 Auxílio direto

O artigo 69, I, do CPC traz o auxílio direto, instituto já consagrado no âmbito da cooperação internacional, possuindo disciplinamento mais detalhado nos artigos 28 a 34 do CPC, ainda que tais normas não possam ser inteiramente aproveitadas na cooperação nacional.

Embora não haja unanimidade no seu conceito, predomina a noção de instrumento que se manifesta sem grandes formalidades e independentemente de juízo de deliberação, por meio de simples solicitação para que o juízo cooperante adote as providências e as medidas requeridas por meios idôneos.

Exatamente por ser uma via informal, quando cabível, deve-se dar preferência ao auxílio direto. Em exercício de prospecção de futuro, similar ao feito com as cartas, esse instrumento de cooperação é o que apresenta maior potencial de crescimento na utilização, mesmo que considerando a necessária adequação às necessidades do caso.

4.3 Reunião ou apensamento de processos

O artigo 69, II, do CPC trata da cooperação judiciária realizada por meio da reunião ou do apensamento de processos. Ainda que não haja uma uniformidade na utilização desses termos, a reunião de processos efetiva-se por meio da remessa de causas para um mesmo juízo com o objetivo de que sejam processadas conjuntamente. O apensamento, por sua vez, é o ato processual que consiste em vincular dois ou mais processos para tramitação simultânea. Em ambos os casos, os processos passam a tramitar, ainda que temporariamente, perante um mesmo juízo, mas nenhum dos processos reunidos ou apensados perde inteiramente sua autonomia.

As referidas técnicas visam somente a aproximação das causas, para que a existência de uma não seja ignorada pela outra. Com isso, por exemplo, evita-se a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, a repetição desnecessária de atos, ou possibilita-se a prática conjunta de atos comuns.

Quando se fala em reunião das ações propostas em separado, é natural lembrar a modificação de competência fundada em conexão ou continência. Há quem entenda

que o âmbito de incidência dessa norma fica restrita à do artigo 55, § 3.º, do CPC⁹. Todavia, ainda que exista uma semelhança entre as técnicas processuais, a hipótese do artigo 69, II, não se confunde inteiramente com a do artigo 55, § 3.º. A modificação de competência por conexão e continência destina-se especificamente a evitar a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias e pauta-se pela existência de identidade de pedido ou de causa de pedir.

A modalidade de cooperação judiciária ora estudada tem objeto e cabimento mais amplos. Assim, ela não está limitada às causas que possuem pedidos ou causas de pedir comuns. Pode ser utilizada para casos em que exista unicamente um vínculo de afinidade fática, jurídica ou operacional. Ela objetiva a realização de uma variedade de atos processuais com o objetivo de elevar a eficiência da prestação jurisdicional; por consequência, não objetiva unicamente evitar a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias.

A reunião e o apensamento de processos são meios eficazes de realizar a cooperação judiciária, mas também são as formas que mais geram discussões. Por esse meio, o compartilhamento de competência alcança sua maior dimensão, uma vez que um juiz ficará competente para conduzir os atos de processos que originalmente não estavam submetidos à sua competência¹⁰.

Ainda quanto à reunião ou ao apensamento de processos, é preciso registrar que essa mudança na competência deve ser precedida de um estudo para delimitar com precisão o âmbito dessa cooperação judiciária, ou seja, definir o cabimento, as ações, o juízo, o escopo, o prazo etc. Nessa análise, é possível que a adequação e a eficiência adicional só se justifiquem por um prazo ou para um ou alguns atos.

Assim, os juízos cooperantes podem predefinir um momento em que serão remetidos os processos de volta ao juízo originário. Embora, em princípio, conceba-se a cooperação para a realização de atos, realidade na qual o tempo não seria considerado, em casos concretos, esse elemento pode ser utilizado de forma isolada ou combinada.

Por consequência, é possível que uma cooperação destinada à produção de uma prova comum defina a devolução do processo quando a referida prova tiver sido realizada, ou, por um período certo, ainda que o ato não tenha sido concluído. Com

9. Alexandre Freitas Câmara, ao comentar a centralização de processos repetitivos, afirma: “Tem-se, aí, uma regra especial de modificação da competência, destinada a permitir a reunião de processos repetitivos, centralizando-os em um só juízo, o que se justifica pelo risco de decisões diferentes em casos iguais. Essa possibilidade encontra amparo no disposto no art. 55, § 3.º, já que o risco de decisões divergentes em casos idênticos é verdadeiro risco de decisões contraditórias” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 61).

10. O artigo 28 da Lei de Execuções Fiscais já trazia uma disposição de natureza similar, autorizando a reunião de processos contra o mesmo devedor por conveniência da unidade da garantia da execução, hipótese em que os autos são redistribuídos ao Juízo da primeira distribuição. Essa possibilidade, assim como na cooperação do artigo 69, não é impositiva (STJ. S1 – Primeira Seção. REsp 1158766 RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 8 set. 2010. *DJe*, 22 set. 2010).

isso, evita-se que a cooperação gere o efeito contrário ao esperado, acarretando uma demora excessiva na prática de um ato.

4.3.1 *Reunião e apensamento de processos entre juízos com competências absolutas diferentes*

Um aspecto importante do compartilhamento de competências na reunião e no apensamento de processos cinge-se à possibilidade de deslocamento de causas para juízos que sejam absolutamente incompetentes para elas. A questão surge porque tanto o artigo 67 quanto o artigo 69, § 3.º, ambos do CPC, apontam a possibilidade de cooperação judiciária entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos, especialidades e instâncias do Poder Judiciário. O âmbito de incidência dessas normas não exclui expressamente a cooperação por reunião e apensamento de processos, o que, *a contrario sensu*, permite concluir pela sua possibilidade.

No entanto, o tema divide opiniões. Uma primeira corrente defende que regras de competência absoluta, por terem base na Constituição Federal, não podem ser alteradas com fundamento em norma infraconstitucional, não se admitindo a mudança de competência em tais casos¹¹. Outra corrente entende pela sua possibilidade a partir de uma interpretação das normas constitucionais de competência e das que tratam da eficiência do serviço público e da efetividade da prestação jurisdicional¹².

Ainda que a pouca maturidade do tema dificulte a tomada de posições de maneira conclusiva, essa segunda corrente parece mais adequada. A importância desse instituto impõe a adoção de pensamentos vanguardistas de modo a superar amarras burocráticas incorporadas à cultura formalista que está entranhada no pensamento processual. Os princípios que fundamentam a cooperação judiciária, alguns deles com base constitucional, autorizam ponderações normativas sobre as regras de competências.

Isso não implica uma desconsideração de toda e qualquer forma e técnica processual, uma vez que muitas delas existem para assegurar elementos fundamentais do devido processo legal e seus consectários. É possível vislumbrar situações em que a eficiência e a efetividade justificam o compartilhamento de competências absolutas,

11. Na visão de Elpídio Donizetti: “Em ambos os casos (reunião e apensamento), a medida deverá ser tomada por juízes da mesma competência material e funcional, já que não é possível, por exemplo, o apensamento entre um processo que tramita na Justiça Comum Estadual e outro com tramitação na Justiça do Trabalho” (DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 212).

12. Edilton Meireles defende esse posicionamento nos seguintes termos: “[...] neste caso, como não é absoluta qualquer regra constitucional, na ponderação de normas em conflito, aquela que busca a melhor eficiência do serviço público e a efetividade da decisão judicial, prevaleceria sobre a regra que estabelece a competência” (MEIRELES, Edilton. *Cooperação judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 4, n. 1, 2018, p. 469).

sem que isso importe em violação de garantias processuais das partes¹³. Assim, ainda que as situações cabíveis sejam específicas e excepcionais e precisem ser definidas caso a caso, não há como negar de forma irrestrita seu cabimento.

4.3.2 *Necessidade de critérios objetivos para definir quais processos serão reunidos ou apensados e perante qual juízo*

Do ponto de vista operacional, existem duas questões principais que precisam ser definidas: quais processos serão remetidos e qual juízo reunirá as demandas. Essas definições devem ser pautadas por critérios objetivos de modo a evitar qualquer questionamento da imparcialidade do juiz.

Quanto ao primeiro aspecto, devem-se estabelecer quais processos terão ou não sua competência alterada para a reunião. Essa definição deve focar a utilidade prática e o ganho de eficiência da reunião. Estabelecido o objeto da cooperação, é preciso estabelecer quais processos realmente podem ser beneficiados com a reunião.

Embora a concordância das partes não seja um critério indispensável para a reunião do processo, sua manifestação prévia mostra-se muitas vezes relevante para garantir a mais ampla compreensão das questões e dos interesses envolvidos nos conflitos. Assim, é importante que as partes sejam intimadas para que se possam manifestar sobre a reunião ou o apensamento dos feitos (art. 6.º do CPC)

Outra questão que precisa ser considerada na decisão de reunião dos processos cinge-se à fase de processamento em que se encontram as demandas. Isso porque a reunião de processos que estão em etapas de desenvolvimento muito distintas pode retardar indevidamente a conclusão daqueles que já estavam em estágio mais avançado, o que contraria a essência do instituto.

Assim, por exemplo, a reunião pode mostrar-se útil na fase instrutória, em função da identidade de elementos fáticos a serem provados, mas, por outro lado, pode não se apresentar conveniente na fase decisória, por tratar-se de relações jurídicas de bases distintas.

O segundo ponto é mais delicado. A escolha do juízo da reunião precisa ser pautada por critérios claros e objetivos. A cooperação judiciária não pode ser utilizada para que o juiz escolha o processo que queira julgar ou para que as partes escolham o julgador, o que implicaria violação dos preceitos mais elementares do juiz natural.

13. José Eduardo de Resende Chaves Júnior afirma: “É evidente que, em determinadas situações, há limitações em matéria de competência absoluta que podem limitar o alcance da cooperação, mas tais limitações não podem ser escusas para interditar o diálogo entre os juízos, porquanto, mesmo nessas hipóteses de cooperação restringida pela competência funcional absoluta, há espaço para a criatividade dos juízes, para harmonização e agilização de atos a respeito de questões que afetem a mais de um órgão jurisdicional” (CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Cooperação judiciária na justiça do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região*, Belo Horizonte, v. 61, n. 92, jul./dez. 2015, p. 115).

Embora a complexidade da questão dificulte a definição de uma regra rígida e conclusiva, existem alguns vetores que podem ser considerados na definição do juízo em consonância com as balizas do juiz natural¹⁴. Estes critérios devem estar sempre baseados na maior eficiência da prestação jurisdicional, buscando o juízo que agregue as melhores condições para a efetivação do ato objeto da cooperação¹⁵.

Como o fundamento da cooperação judiciária é predominantemente a eficiência processual, um dos critérios deve estar relacionado à definição do juízo no qual melhor se desenvolverá a solução dos litígios.

Precisam ser consideradas as estruturas física e de pessoal e o volume de processos em tramitação na unidade jurisdicional para a qual serão encaminhados os processos. De nada adiantará reunir os processos em um juízo altamente congestionado, com grande acervo processual pendente de julgamento, com elevada taxa de casos novos, com histórico de produtividade abaixo da média, com estrutura física precária, com força de trabalho insuficiente etc. Dados estatísticos como os do *Relatório Justiça em Números* do CNJ ou do próprio tribunal podem ser utilizados para determinar a capacidade que um juízo tem de receber ou não as demandas relacionadas.

Aspectos ligados ao próprio magistrado ou aos magistrados que ficarão responsáveis pela condução dos processos também devem ser ponderados. Devem-se privilegiar, por exemplo, profissionais que tenham maior experiência em casos similares, que possuam uma formação acadêmica mais específica para a matéria central do debate ou que se mostrem eficientes na condução do ato a ser realizado. Tais elementos também devem ser aferidos de forma objetiva, por meio, por exemplo, de assentos funcionais e de estatísticas.

-
14. Bruno Marzullo Zaroni, no âmbito da Experiência Norte-Americana no Multidistrict Litigation, destaca que: A experiência jurisprudencial demonstra que os processos geralmente são consolidados e coordenados pelo juízo do foro: a) do lugar onde as partes exercem suas atividades principais; b) do lugar onde se encontram os documentos necessários para a instrução; c) do lugar mais próximo para as partes e testemunhas; d) onde as primeiras ações foram ajuizadas; e) onde a maioria dos casos estão pendentes; e f) em que há uma ação de falência pendente contra o réu". (ZARONI, Bruno Marzullo. Multidistrict Litigation: a Experiência Norte-Americana na Tutela dos Interesses de Massa. Disponível em: < http://www.lex.com.br/doutrina_25632222_MULTIDISTRICT_LITIGATION_A_EXPERIENCIA_NORTE_A_MERICANA_NA_TUTELA_DOS_INTERESSES_DE_MASSA.aspx > Acesso em: 30 de maio de 2019).
15. Nesse sentido, estão as lições de Antonio do Passo Cabral: "Esse controle deverá levar em conta diversos fatores que, combinados, apontarão qual juízo é o mais apropriado para conduzir e julgar o processo. De acordo com o que aqui se sustenta, esses parâmetros devem incorporar o exame das capacidades institucionais, ou seja, devem possibilitar uma comparação empírica, considerando variáveis estruturais e funcionais à luz de indicadores comprováveis e casuisticamente verificados" (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. 2017. Tese (Concurso de Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 561).

A definição clara de quais atos serão realizados é indispensável para avaliar qual dos possíveis juízos terá as melhores condições. Por exemplo, se a reunião se destina à produção de provas, deve-se privilegiar o juízo no qual o fato ocorreu, ou onde reside o maior número de testemunhas, ou onde será realizada a prova técnica etc.

O impacto do exercício do direito de ação e do contraditório também deve ser levado em consideração, pois o deslocamento de um processo para comarcas ou subseções judiciárias muito distantes das originárias pode comprometer o exercício desses direitos pelas partes dos processos envolvidos na cooperação. Assim, sempre que possível, deve-se prestigiar o foro no qual reside a maioria das partes ou aquele para o qual o deslocamento seja mais fácil.

Os obstáculos eventualmente criados com o deslocamento do processo podem ser minimizados, por exemplo, com a dilação de prazos processuais (art. 139, VI, do CPC) ou com a maior antecedência no agendamento de atos que exijam a presença das partes. De qualquer forma, não é qualquer dificuldade adicional que acarretará a inviabilidade da cooperação, isso só ocorrerá quando ela comprometer significativamente o exercício do acesso à justiça.

Como se observa, essa delicada questão envolve uma equação composta de muitas variáveis e de difícil solução. Para afastar essa decisão de um contexto de discricionariedade ou subjetivismo, uma solução possível é a escolha daquele juízo que atenda ao maior número de critérios definidos, o que garante um caráter mais objetivo à decisão. Por óbvio, podem existir outros critérios ou pode ser necessário atribuir pesos diferenciados para alguns deles no estabelecimento da regra de definição. Isso só não pode ser feito de forma direcionada, com o intuito de escolha do juízo por algum interesse na demanda.

Dada a dificuldade da decisão, é possível que em alguns casos não haja um consenso entre os juízos cooperantes sobre qual deles deva centralizar as demandas. Nesse ponto, é possível buscar inspiração no modelo procedimental de consolidação e coordenação gerencial do *multidistrict litigation*, mostrando-se conveniente que os tribunais constituam um órgão com competência para deliberar sobre a matéria.¹⁶ Embora isso aumente a complexidade do procedimento, tal medida pode ser a única forma de evitar um impasse ou insegurança sobre a competência.

Ressalte-se que sempre estará à disposição das partes a possibilidade de alegação de impedimento ou de suspeição do magistrado, resguardando a sua imparcialidade.

16. No estudo da Função do Judicial Panel of Multidistrict Litigation, Bruno Marzullo Zaroni ressalta que “É de competência do JPML deferir a formação do MDL e escolher o juiz que coordenará as demandas. Estas podem ser consolidadas em qualquer juízo, o que pode abranger, inclusive, um órgão jurisdicional em que não tramite qualquer das ações relacionadas com o MDL”. (ZARONI, Bruno Marzullo. *Multidistrict Litigation: a Experiência Norte-Americana na Tutela dos Interesses de Massa*. Disponível em: < http://www.lex.com.br/doutrina_25632222_MULTIDISTRICT_LITIGATION_A_EXPERIENCIA_NORTE_A_MERICANA_NA_TUTELA_DOS_INTERESSES_DE_MASSA.aspx > Acesso em: 30 de maio de 2019).

4.4 Atos concertados entre os juízes cooperantes

Os atos concertados já foram abordados quando da análise dos tipos de cooperação judiciária. O ajuste consensual entre juízos representa muito mais uma forma de iniciar a prática conjunta de atos processuais do que o modo de efetivar tais atos.

No entanto, diante da atipicidade de instrumentos de cooperação judiciária e da flexibilidade formal que os rege, não há como negar inteiramente sua utilização também como instrumento. Ocorre que a forma de manifestação da cooperação judiciária pode não se encaixar em nenhum dos instrumentos típicos, ficando sem uma designação específica. Nesse caso, o meio de realização pode ser designado de “ato concertado”, situação que justifica sua dupla aceção, referindo-se ora ao tipo, ora ao instrumento de cooperação.

5 ATOS DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA

Assim como os instrumentos de cooperação judiciária são exemplificativos, também o são os atos de cooperação. O artigo 68 do CPC, ao disciplinar o âmbito de cabimento da cooperação judiciária, dispõe que ela pode referir-se à “prática de qualquer ato processual”, de modo que, *prima facie*, não há restrição legal prévia ao seu conteúdo¹⁷.

O artigo 69, § 2.º, apresenta algumas hipóteses, mas não exaure as possibilidades. Por exemplo, é possível que a cooperação se destine à realização conjunta de audiência de conciliação ou de mediação, hipótese não mencionada em nenhum dos incisos do referido dispositivo legal.

5.1 Prestação de informações

Como já destacado, embora prevista no rol do artigo 69 do CPC, a prestação de informações é um ato e não um instrumento. Esse é um dos objetos mais simples da cooperação judiciária, pois o juízo cooperante não atua diretamente no processo, apenas apresenta informações relevantes ao objeto da causa ou ao processamento do feito.

É preciso observar que o objeto da prestação de informações não se restringe à obtenção de prova para influir no convencimento do magistrado no julgamento da demanda, ela pode destinar-se ao andamento de outro processo com causa de pedir correlata, ao endereço de partes e testemunhas, ao teor de norma local, à localização

17. Nesse sentido, dispõem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Seja como for, todos os exemplos aqui mencionados não configuram rol exaustivo dos atos concertados possíveis, como o próprio parágrafo deixa claro. Toda medida que exigir colaboração de um outro juízo que não seja aquele pelo qual tramita o feito pode ser alvo de um acordo entre juízos, desde que o objetivo final seja maior celeridade do trâmite do processo, mas sem prejuízo do *due process of law*” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 369).

de bens do devedor, à análise de existência de conexão, de continência ou de questões prejudiciais etc.

Essa troca de informações entre os juízos é fundamental para evitar a realização de atos e diligências inúteis, devendo ser efetivada, e pelos meios mais simples, preferencialmente os eletrônicos.

5.2 Prática de citação, intimação ou notificação de ato

A forma tradicional de realizar atos de comunicação processual das partes é por cartas de ordem ou precatórias, mas o Código possibilita sua realização por outras vias. Entender de forma diversa é afastar qualquer sentido próprio ao dispositivo, pois não haveria necessidade de um novo regramento só para reiterar a sistemática tradicional de comunicação entre juízos¹⁸.

As citações e intimações são os atos com maior potencial de serem impactados pelas vias alternativas abertas com a cooperação judiciária do CPC. Mesmo na estrutura de cartas, a possibilidade de comunicação direta entre os juízos já é considerada, por exemplo, no artigo 915, § 4.º, do CPC.

5.3 Obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos

A cooperação judiciária pode destinar-se a facilitar a obtenção da prova, por meio da produção unificada de uma prova comum a vários processos¹⁹. Essa possibilidade justifica-se na conexão probatória, ou seja, em causas que possuem fatos comuns que precisam ser provados, o que demonstra a clara utilidade da cooperação judiciária no âmbito probatório²⁰.

É importante destacar que o juízo que ficar responsável pela instrução não será necessariamente responsável pelo julgamento. A cooperação pode restringir-se à instrução, utilizando-se a cooperação somente nessa fase ou para uma prova específica.

18. Luiz Dellore exemplifica uma situação de aplicação dessa regra: “Assim, em Comarcas próximas em que exista um grande fluxo de citações de uma para outra, ao invés de sempre ocorrer a expedição de carta precatória, que tem toda sua burocracia e demora, será possível, com base na cooperação nacional, que as varas estipulem um procedimento mais simplificado para cumprir os mandados de citação. Tal como enviar por e-mail o mandado com as informações do citando, o que seria cumprido pelo juiz de destino sem maiores formalidades” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo*: parte geral: comentários ao CPC de 2015. 2. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 259).

19. Enunciado n.º 671 do FPPC: “(art. 69, § 2.º, II) O inciso II do § 2.º do art. 69 autoriza a produção única de prova comum a diversos processos, assegurada a participação dos interessados”.

20. Fredie Didier Jr. salienta: “Parece clara, agora, a possibilidade de uma ‘conexão probatória’ entre causas, individuais ou coletivas, de modo a que os órgãos jurisdicionais unifiquem a produção da prova, racionalizando os custos do processo e observando a necessidade da duração razoável” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 20. ed. Salvador: Juspodivim, 2018, p. 279).

Outra situação que pode ser beneficiada pela cooperação para fins probatórios é a realização de perícias complexas e caras de interesse comum a diversos processos. Realizar a perícia de forma unificada pode contribuir para que ela contemple todos os aspectos necessários, além de permitir a repartição dos honorários do perito entre todos os litigantes.

Há, no entanto, uma condição inarredável para a validade da produção unificada da prova em cooperação judiciária. É preciso assegurar a participação na produção da prova às partes de todos os processos que utilizarão a prova produzida de forma cooperada²¹.

5.3.1 *Suspensão do processo*

Entre as hipóteses de suspensão do processo disciplinadas pelo CPC, há aquela destinada a aguardar a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova imprescindível ao julgamento do mérito que tenha sido requisitada a outro juízo antes da decisão de saneamento (art. 313, V, b, e art. 377 do CPC).

Como se sabe, a forma tradicional de requisitar a realização de tais atos a outro juízo é por meio de carta precatória ou de ordem. Porém, os artigos 67 a 69 do CPC ampliam os meios de cooperação judicial, tornando as cartas só uma das formas de realizar a colaboração entre juízos. Em função disso, é preciso definir se a referida hipótese de suspensão processual aplica-se a todas as formas de cooperação judiciária admitidas pela nova sistemática.

A despeito das limitações existentes à interpretação extensiva das hipóteses de suspensão do processo, essa suspensão deve ocorrer também em relação aos requerimentos de produção de prova ou de verificação de fato determinado, veiculados por vias distintas das cartas precatórias²².

A redação do artigo 313 do CPC deixa essa conclusão ainda mais clara, pois ele prevê a suspensão com fundamento no objeto da cooperação e não na forma pela qual se efetiva. Sua justificativa é a necessidade da prova a ser produzida em outro juízo para a solução do litígio, sendo o instrumento utilizado para tanto uma questão de importância secundária.

O artigo 377 do CPC reforça o cabimento dessa interpretação mais ampla, pois o dispositivo faz referência expressa também ao auxílio direto. Assim, uma vez que o artigo 377 admite a suspensão do processo para o instrumento de cooperação mais

21. Alexandre Freitas Câmara ressalta: “evidentemente, tendo sido permitido a todas as partes, de todos os processos, participar da colheita dessa prova, sob pena de ofender-se o princípio do contraditório” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 61).

22. Enunciado n.º 695 do FPPC: “(arts. 377, 313, V, b, e 69) A suspensão do julgamento da causa de que trata o art. 377 do CPC é aplicável ao requerimento de produção de prova ou de verificação de determinado fato veiculado por qualquer meio de cooperação judiciária”.

solene (carta precatória) e para um dos mais simples (auxílio direto), não há motivo para deixar de admiti-la para os demais.

Em verdade, não há razão para tratamento diferenciado entre os instrumentos de cooperação judiciária, sendo meramente exemplificativa a referência à carta precatória e ao auxílio direto. A utilização de outras formas de cooperação entre os juízos, que se mostrem mais adequadas para o caso concreto, pode inclusive atender melhor ao objetivo da norma, pois tende a concretizar o ato em um tempo mais curto, evitando uma dilação desnecessária da suspensão do processo.

Não se deve olvidar o fato de que a obtenção e a apresentação de provas e a coleta de depoimentos são descritas pelo CPC como objeto dos atos concertados, sendo essa a via principal de sua realização por cooperação judiciária (art. 69, § 2.º, II, do CPC), ainda que não a única.

Portanto, os artigos 377 e 313, V, b, precisam ser interpretados sistematicamente com o artigo 69. Caso contrário, os demais instrumentos de cooperação, ainda que mais adequados para a prova que se pretende produzir, tenderão a ser preteridos ante a ausência de suspensividade, acarretando uma incongruência no sistema de cooperação judiciária.

5.4 Efetivação de medidas e providências para a recuperação e a preservação de empresas e a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial

As hipóteses tratadas nos incisos IV e V do § 2.º do artigo 69 são muito próximas em seus objetivos, o que permite o tratamento conjunto. Os processos falimentares e de recuperação judicial comportam amplas possibilidades de cooperação judiciária. A interação e a interferência em outros processos são uma realidade que compõe a própria lógica desses processos.

O princípio da universalidade do juízo falimentar (art. 76 da Lei n.º 11.101/2005) é um grande exemplo dessa posição, pois atrai para ele as questões relacionadas aos bens, interesses e negócios do falido. No entanto, causas trabalhistas e fiscais, por exemplo, não são atraídas pelo juízo universal, exigindo a cooperação entre esses juízos diante de questões correlatas, para, por exemplo, evitar a dispersão do patrimônio.

Na recuperação judicial, as interações entre os juízos são igualmente importantes, mas aqui com a finalidade precípua de assegurar a preservação das empresas, com a superação da situação de crise econômico-financeira e a manutenção de sua função social²³.

23. Patrícia Fernandes Bega e Alexandre Magno Augusto Moreira explicam: “O diálogo proposto pelos órgãos jurisdicionais irá trazer, em um momento de crise, a satisfação mediata, que a determinado prazo evitará o término das atividades empresariais. Com a ausência do diálogo positivo entre estes órgãos, por certo uma parte dos colaboradores se beneficiará com os créditos trabalhistas,

5.5 Centralização de processos repetitivos

A centralização dos processos repetitivos é o objeto da cooperação que conta com a maior complexidade. A dificuldade começa a ser percebida na definição do alcance da expressão “centralização de processos repetitivos”, prevista no artigo 69, § 2.º, VI, do CPC. Isso porque “centralização” e “processos repetitivos” são termos utilizados pelo Código somente nesse dispositivo. Assim, impõe-se iniciar o estudo com uma tentativa de delimitação conceitual dos elementos indicados no texto normativo.

A centralização de processos repetitivos prevista no artigo 69, § 2.º, VI, do CPC importa uma forma de reunião de processos.

Embora não fique restrita a essa hipótese, as considerações anteriormente apresentadas sobre a reunião ou o apensamento de processos (art. 69, II, do CPC) mostram-se imprescindíveis à sua compreensão. Há entre eles uma relação muito próxima de forma e de conteúdo, ou seja, reúnem-se processos para melhor solucionar processos repetitivos.

Como se observa, o Código utiliza uma variedade de conceitos para situações semelhantes (reunião, apensamento e centralização de processos). Ainda que se possa defender uma definição específica que distinga a centralização da reunião de processos, em verdade ambos os termos podem significar que as demandas tramitam no mesmo juízo, sem perder sua autonomia. Todavia, essa reunião não será idêntica àquela prevista no artigo 58 do CPC, pois ela pode ser episódica, destinada à prática de um ato específico, retornando ao juízo de origem para seguir sua própria conclusão com julgamento separado²⁴.

A reunião de demandas repetitivas em um mesmo juízo ajuda a evitar a repetição desnecessária de atos processuais e, por consequência, racionaliza a força de trabalho do Poder Judiciário.

O segundo elemento que compõe a designação desse instrumento de cooperação judiciária é “processos repetitivos”. O Código de Processo Civil dedica grande atenção às demandas repetitivas, em função do indiscutível impacto que elas têm na litigiosidade

no entanto, o esgotamento dos créditos da empresa culminará no fechamento da empresa e, o que é pior, no inadimplemento dos demais credores, além dos trabalhistas efetivamente” (BEGA, Patrícia Fernandes; MOREIRA, Alexandre Magno Augusto. O princípio da cooperação judiciária do Novo Código de Processo Civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 319).

24. Pontua Humberto Theodoro Júnior: “Observe-se que a concentração é algo diferente da reunião definitiva de processos (conexão e continência), porque, em regra, não acarreta a unificação das causas, mas apenas a comunhão episódica de diligências, como as probatórias, principalmente. As diversas ações não perdem a sua identidade e serão ao final decididas no juízo próprio, individualmente” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, p. 280).

moderna. É cada vez mais comum haver demandas que possuem objetos semelhantes, mas com partes distintas. As diversas normas dispersas no CPC que versam sobre essa matéria compõem um microsistema destinado ao tratamento adequado de conflitos que possuem grandes similaridades.

Sem desviar o foco do presente estudo para esse tema tão palpitante, é preciso destacar que o artigo 69, § 2.º, VI, do CPC, ao tratar de “processos repetitivos”, integra o microsistema de demandas repetitivas, devendo ser analisado dentro do seu contexto. Além disso, pela dicção do dispositivo, é possível atribuir-lhe um sentido mais amplo, que contemple “casos repetitivos”, “demandas repetitivas” e outras situações não abrangidas nesses conceitos²⁵.

O cabimento mais amplo e flexível dessa modalidade de cooperação judiciária permite que ela preencha lacunas do microsistema, podendo ser utilizada quando outros institutos não forem cabíveis. É o caso, por exemplo, de demandas repetitivas, quando a questão comum que as liga for uma identidade fática entre os casos, hipótese que não se enquadra no cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 do CPC) ou dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 1.036 do CPC)²⁶.

Além disso, esse ato de cooperação também pode auxiliar no equilíbrio de poder entre litigantes. Isso porque, em demandas dessa natureza, é normal que uma das partes seja comum a vários processos, o que lhe permite um conhecimento mais amplo das questões discutidas e a utilização de técnicas de litigância em escala. As outras partes, ao contrário, normalmente estão dispersas e isoladas e, por isso, costumam encontrar dificuldades para compreender o contexto integral do litígio, o que prejudica a defesa de seus direitos. A reunião dos processos em um mesmo juízo favorece o desenvolvimento de uma coordenação entre tais litigantes para o intercâmbio de informações.

-
25. Na visão de Fredie Didier Júnior: “Parece que a melhor opção hermenêutica, exatamente para dar mais rendimento ao comando normativo, é considerar que o sintagma ‘processos repetitivos’ tem acepção mais ampla do que ‘casos repetitivos’ ou ‘demandas repetitivas’; na verdade, é termo que abrange esses dois últimos. ‘Casos repetitivos’ ou ‘demandas repetitivas’ são termos abrangidos por ‘processos repetitivos’, que, porém, podem dizer respeito a situação que não se encaixe nos dois primeiros termos”. (DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Material inédito não publicado, gentilmente cedido pelo autor, 2019.)
26. É o que defende Antonio do Passo Cabral: “O não cabimento se verifica quando a questão comum for de natureza fática, hipótese em que a lei não autoriza a utilização dos incidentes de solução de casos repetitivos (art. 976, I, e 1.036 do CPC); ou quando o risco à isonomia e à segurança jurídica for apenas potencial (nos casos em que os incidentes de resolução de casos repetitivos tivessem caráter ‘preventivo’, inadmissível pelo desenho legal do CPC). Nesses casos, por serem incabíveis os mecanismos do microsistema de resolução de casos repetitivos, resta lançar mão da técnica de centralização do art. 69 § 2.º, VI, do CPC” (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. 2017. Tese (Concurso de Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 682).

Quando esse dispositivo é analisado no contexto das demais hipóteses previstas no artigo 69, § 2.º, do CPC, surge a dúvida sobre quais os objetivos da centralização. Isso porque, como a comunicação processual ou a instrução probatória estão expressamente previstas em outros incisos da referida norma, é possível concluir que a sua finalidade pode ir além.

Para alguns, a principal finalidade da centralização de processos repetitivos seria o julgamento conjunto das ações²⁷. A doutrina diverge quanto a esse aspecto. Para uma primeira corrente, apesar da opção redacional abrangente utilizada pelo artigo 68 do CPC, essa norma precisa ser compatibilizada com o princípio da indelegabilidade da jurisdição, o que impossibilita a prática de atos decisórios pelo juiz cooperante²⁸. Em sentido contrário, uma segunda corrente defende que o compartilhamento de competências observado na cooperação judiciária tem como desdobramento a possibilidade de prolação de decisão pelo juízo cooperante²⁹. A segunda corrente parece ajustar-se melhor aos fundamentos da cooperação judiciária e do processo civil moderno.

5.6 Efetivação de tutela provisória e execução de decisão jurisdicional

A execução é certamente um dos ambientes mais favoráveis ao desenvolvimento da cooperação judiciária. Superar a resistência do executado com a localização de seu patrimônio penhorável exige uma atuação dinâmica e a realização de diligências

-
27. Essa é a conclusão de Ricardo Menezes da Silva: “Note-se que o art. 69, § 2.º, VI, do CPC, ao mencionar ‘centralização de processos repetitivos’, quer, na verdade, tratar de reunião para julgamento. Isso porque, caso seja útil apenas a reunião para fins probatórios, será aplicável o inciso II do mesmo dispositivo legal, realizando-se novamente a separação dos feitos após a instrução” (SILVA, Ricardo Menezes da. *Tratamento adequado de demandas repetitivas no primeiro grau: uma análise a partir do novo Código de Processo Civil*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 156).
28. Murilo Teixeira Avelino assevera: “De fato, deve o dispositivo ser interpretado tendo em conta a regra da indelegabilidade dos atos decisórios. Estes se relacionam intimamente com o princípio do juiz natural, decorrendo daí a reserva absoluta de lei para que se institua competência decisória” (AVELINO, Murilo Teixeira. *Breves comentários à cooperação nacional no Código de Processo Civil. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, v. 8, 2015, p. 192). No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero sustentam: “Não se pode, porém, delegar atividades que possuam caráter decisório, sob pena de violação do princípio do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII, CF)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Thomson Reuters, 2017, p. 215).
29. Assim defende Maria Gabriela Silva Campos Ferreira: “Todos esses exemplos citados revelam a prática de atos decisórios pelo juízo cooperante, mas que não representam prejuízo ao processo, muito menos às partes, nem encontram óbice no sistema de competência contemporâneo. Muito pelo contrário, a prática desses atos é encorajada pelo sistema processual, uma vez que atendem às exigências de economia e eficiência processuais” (FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019, p. 109).

complexas que muitas vezes ultrapassam os limites da competência do juízo da execução.

No estudo dessa hipótese de cooperação judiciária, é preciso inicialmente definir seu alcance. Isso porque o artigo 69, § 2.º, VII, do CPC, ao exemplificar o objeto da cooperação judiciária, refere-se unicamente à “execução de decisão jurisdicional”, o que pode equivocadamente induzir a uma interpretação restritiva que limite o seu cabimento ao cumprimento de sentença.

Embora a descrição textual da norma indique uma aparente remissão aos títulos executivos judiciais, é plenamente possível que se realizem tais atos também no âmbito das execuções fundadas em títulos extrajudiciais. Não existem distinções essenciais entre os procedimentos de cumprimento de sentença e o processo de execução que imponham tratamento diferenciado à cooperação judiciária. Essa conclusão é reforçada pelo caráter meramente exemplificativo do rol do artigo 69, § 2.º, do CPC³⁰.

Evoluindo agora para uma análise da manifestação prática da cooperação judiciária no âmbito das execuções jurisdicionais, é possível que a colaboração entre juízos se destine, assim como nas ações cognitivas, à comunicação das partes ou à efetivação de tutela provisória (art. 69, § 2.º, I e III). Nas defesas do executado, ou em incidentes que exijam algum nível de instrução processual, ela pode destinar-se à obtenção e à apresentação de provas e à coleta de depoimentos (art. 69, § 2.º, II). Em síntese, no que for compatível, as experiências de cooperação judiciária podem ser aplicadas às execuções.

Resta definir o alcance concreto do artigo 69, § 2.º, VII, hipótese especificamente destinada à execução. De forma exemplificativa, para a satisfação de créditos de obrigações de pagar quantia, a cooperação judiciária pode viabilizar a realização de penhora, avaliação ou expropriação de bens de um mesmo devedor que figura como executado em diversos processos³¹.

Quando processados em separado, a repetição desnecessária de atos executórios é patente. A atuação isolada de vários juízos em demandas executivas distintas movidas contra um mesmo devedor, que terá o mesmo bem, muitas vezes o único passível de expropriação, penhorado e avaliado em vários processos, é, para dizer o mínimo, contraproducente. À vista disso, a cooperação torna-se uma exigência lógica.

30. No mesmo sentido, é o pensamento de Edilton Meireles: “Óbvio, ainda, que quando o legislador se referiu à execução da decisão jurisdicional não quis se limitar ao cumprimento da sentença. Aqui também se inclui os atos praticados na ação de execução por título extrajudicial. Até porque o rol apontado no § 2.º do art. 69 do CPC é meramente exemplificativo” (MEIRELES, Edilton. *Cooperação judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 4, n. 1, 2018, p. 483).

31. Enunciado n.º 688 do FPPC: “(art. 69) Por ato de cooperação judiciária, admite-se a determinação de um juízo para a penhora, avaliação ou expropriação de bens de um mesmo devedor que figure como executado em diversos processos”.

Existem alguns desdobramentos práticos desse entendimento que precisam ser ponderados. Quando o objeto da cooperação judiciária for unicamente a avaliação e a expropriação dos bens, não haverá maiores problemas, pois os interesses dos exequentes são convergentes em praticamente todos os aspectos desses atos. A divergência só se manifesta quando da divisão do produto da expropriação, mas a lei já estabelece critérios prévios e objetivos de preferência para conduzir a divisão dos valores apurados.

O tema ganha maior complexidade quando a cooperação judiciária envolve também a realização da penhora. O problema é que, quando a penhora é realizada de forma unificada para diversos credores de processos diversos, em função da simultaneidade desse ato, não será possível estabelecer o direito de preferência entre os credores quirografários (art. 797 do CPC). Diante disso, faz-se necessário definir como se dará a distribuição do valor apurado caso ele não seja suficiente para quitar todos os créditos.

Uma possível solução para essa ausência de critério legal de priorização dos créditos concorrentes é o rateio proporcional ao valor dos respectivos créditos dos exequentes envolvidos, de forma similar ao que ocorre nos casos de insolvência. Ainda que essa técnica seja análoga à utilizada nos casos de insolvente, não se está tratando de concurso universal de credores. Na hipótese em análise, pressupõe-se a solvibilidade do devedor, de modo que o pagamento integral de todos ocorrerá em momento posterior, com a penhora futura de outros bens que venham a ser localizados. Portanto, justifica-se a cooperação judiciária inclusive para a realização conjunta de penhoras.

Outra questão que merece reflexão é o efeito suspensivo atribuído à defesa do devedor em algum dos processos envolvidos na cooperação judiciária. Como em regra as relações jurídicas serão distintas, há uma grande probabilidade de que o tema discutido diga respeito exclusivamente ao embargante, logo a suspensividade não se estenderá aos demais. A saída que se propõe para tais situações é a manutenção em depósito judicial dos valores que caberiam ao embargante resultantes do produto de uma eventual expropriação até o julgamento da questão. Se, ao final, a defesa for julgada improcedente, o valor ser-lhe-á entregue. Se a decisão for pela procedência com exclusão do crédito correspondente, rateia-se o valor entre os demais.

Ainda que o foco das análises tenha sido a cooperação judiciária voltada para a expropriação de bens, destaca-se que é possível que ela seja utilizada para a prática de outros atos executórios, inclusive atípicos, e destinada também à satisfação de obrigações não pecuniárias.

Por fim, é válido ressaltar que a realização cooperada desses atos não pode violar as garantias do credor e do devedor³². Assim, todos os envolvidos devem ter assegurada

32. Leonardo Carneiro da Cunha observa: “A realização de penhoras ou leilões unificados tem por finalidade conferir maior eficiência à execução, com redução de custos e maior precisão

a possibilidade de apresentação das alegações, defesas, incidentes e recursos que seriam admitidos se seus processos tramitassem isoladamente.

6 CONCLUSÕES

A adoção de um modelo de cooperação judicial amplo e complexo como o previsto no CPC/2015 exige uma postura aberta, criativa e interativa por parte de todos os sujeitos processuais, especialmente dos magistrados. A legislação atual abre amplas possibilidades para o aprimoramento da eficiência processual por meio de ações colaborativas entre juízos, mas isso depende de uma profunda mudança cultural.

Superar a resistência inicial não é fácil. Esse tema está entre os mais desafiadores do CPC, pois sua efetivação depende de uma mudança de compreensão sobre questões muito sedimentadas, como as regras de competência e do juiz natural, e de uma evolução na lógica de desenvolvimento do processo.

Todavia, o aprimoramento da prestação jurisdicional implica o enfrentamento de antigos problemas por abordagens criativas que otimizem os recursos e o tempo do Judiciário e das partes envolvidas nos litígios. A cooperação judiciária nacional tem o potencial de colaborar nessa mudança de paradigma.

REFERÊNCIAS

- AVELINO, Murilo Teixeira. Breves comentários à cooperação nacional no Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, v. 8, p. 187-196, 2015.
- BEGA, Patrícia Fernandes; MOREIRA, Alexandre Magno Augusto. O princípio da cooperação judiciária do Novo Código de Processo Civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 301-322, jan./jun. 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. 2017. Tese (Concurso de Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2017.
- CARDOSO, Oscar Valente. A cooperação judiciária nacional no Novo Código de Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 152, p. 37-47, nov. 2015.

na investigação patrimonial e excussão dos bens, mas é preciso que se respeitem as garantias fundamentais do processo, com observância do contraditório e dos demais elementos integrantes do devido processo legal”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 68: Atos concertados e compartilhamento de competências entre os juízos da execução*. 2017. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-68-atos-concertados-e-compartilhamento-de-competencias-entre-os-juizos-da-execuca/>. Acesso em: 12 jan. 2019).

- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Cooperação judiciária na justiça do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região*, Belo Horizonte, v. 61, n. 92, p. 107-130, jul./dez. 2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 68: Atos concertados e compartilhamento de competências entre os juízos da execução*. 2017. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-68-atos-concertados-e-compartilhamento-de-competencias-entre-os-juizos-da-execucao/>. Acesso em: 12 jan. 2019.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- _____. *Cooperação judiciária nacional*. Material inédito não publicado, gentilmente cedido pelo autor, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil: das normas processuais civil e da função jurisdicional*. Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1 (arts. 1.º a 69).
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: parte geral: comentários ao CPC de 2015*. 2. ed. São Paulo: Método, 2018.
- LAGRATA, Valéria Ferioli. *Sistema de gestão judiciária e gerenciamento do processo*. Disponível em: http://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2017/06/sistema_gestaojudiciaria_gerenciamiento_processo.pdf. Acesso em: 13 de julho de 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Thomson Reuters, 2017.
- MEIRELES, Edilton. *Cooperação judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015. Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 4, n. 1, p. 455-507, 2018.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SCHENK, Leonardo Faria. Arts. 67 a 69. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- SILVA, Ricardo Menezes da. *Tratamento adequado de demandas repetitivas no primeiro grau: uma análise a partir do novo Código de Processo Civil*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.
- WLADECK, Felipe Sripes. Arts. 54 a 69. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et al.* (coord.). *Código de Processo Civil anotado*. Curitiba: OAB, 2017. p. 84-130.
- ZARONI, Bruno Marzullo. *Multidistrict Litigation: a Experiência Norte-Americana na Tutela dos Interesses de Massa*. Disponível em: < http://www.lex.com.br/doutrina_25632222_MULTIDISTRICT_LITIGATION_A_EXPERIENCIA_NORTE_A_MERICANA_NA_TUTELA_DOS_INTERESSES_DE_MASSA.aspx > Acesso em: 30 de maio de 2019



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

Da norma processual cogente – de ordem pública – à norma processual rígida: uma proposta normativa na teoria dos fatos jurídicos

About the cogent procedural rule – of public order – to the rigid procedural norm: a normative proposal in the theory of the legal facts

Márcio Oliveira Rocha

Professor at the State University of Alagoas, Brazil.
PhD from the Federal University of Pernambuco, Brazil.

O que se muda nas leis não destrói, sempre, os princípios, e as alterações revelam o que se teve por fito, acertada ou erradamente. O que importa é que as obras se cinjam aos dados jurídicos atuais e à necessária atenção aos textos.

(Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Prólogo, Tomo I)¹

1. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. arts. 1^o-45. Rio de Janeiro: Forense, 1974, Prólogo, p. XVI.

Resumo: Este artigo tem como finalidade propor uma releitura da norma processual cogente – associada à ideia de ordem pública, no sentido de questionar e pôr à prova a dogmática que sustenta a sua essência. Adota-se a teoria dos fatos jurídicos como base teórica para a compreensão da normatividade jurídica, porquanto a ideia de norma processual cogente, na maioria das vezes, relacionada com uma situação inderrogável, indisponível, irrenunciável, insanável, que não admite preclusão e que pode ser suscitada no processo a qualquer tempo, não encontra sustentação consistente, sob o aspecto prático ou teórico. Constata-se que determinadas situações tituladas como de ordem pública processual podem se apresentar como derogáveis, disponíveis, renunciáveis, sanáveis, admitem preclusão e até suportam a possibilidade de não suscitação no processo a qualquer tempo – tudo como forma de garantir a própria segurança, integridade e coerência do sistema processual. Assim, visando adequar o entendimento do conteúdo da ordem pública no processo civil ao momento dogmático do Estado Constitucional, propõe-se uma nova compreensão das normas processuais, classificando-as como normas processuais rígidas, normas processuais híbridas e normas processuais flexíveis. Espera-se atingir uma simplificação, tornando mais clara a análise de determinadas situações jurídicas processuais atribuídas à ordem pública.

Palavras-chave: Ordem pública. Teoria dos fatos jurídicos. Norma processual cogente. Rígida. Norma processual híbrida. Norma processual flexível.

Abstract: The purpose of this article is to propose a rereading of the cogent procedural rule – associated with the idea of public order, in the sense of questioning and putting to the test the dogmatic that sustains its essence, by adopting the theory of legal facts as a theoretical basis for the understanding of legal regulation. Therefore, the idea of a procedural rule, which is often related as an irredeemable, unavailable, irrevocable, insurmountable situation that does not admit of estoppel and that can be raised in the process at any time, does not find consistent support, neither under the practical nor theoretical aspect. It is noted that certain situations classified as procedural public order can be presented as derogable, available, waiveable, sanitary, admit estoppel and even support the possibility of not being raised in the process at any time. All as a way to guarantee the safety, integrity and coherence of the procedural system. Thus, as a way of adapting the understanding of the content of public order in the civil process to the dogmatic moment of the Constitutional State, a new understanding of procedural rules is proposed, classifying them as rigid procedural rules, hybrid procedural rules and flexible procedural rules, by expecting simplification, clarifying the analysis of certain procedural legal situations attributed to public order.

Keywords: Public order. Theory of legal facts. Cogent procedural rule. Rigid procedural rule. Hybrid procedural rule. Flexible procedural rule.

Sumário: Introdução. 1. Delimitação do fenômeno normativo processual. 2. Relação entre norma cogente, interesse público e ordem pública. 3. Uma proposição contemporânea da norma cogente. 4. A ordem pública no plano da eficácia. 5. Da norma processual cogente – de ordem pública – à norma processual rígida. 5.1. Do interesse público à ordem pública. 5.2. Da ordem pública à ordem constitucional. 5.3. Da norma cogente à norma rígida. 6. A inadequação dogmática da norma processual cogente – ordem pública processual – como indisponível, inderrogável, insanável, irrenunciável e absoluta. 6.1. Preclusão e norma processual cogente – ordem pública processual. 6.2. Convalidação e norma processual cogente – ordem pública processual. 6.3. Renúncia e norma processual cogente – ordem pública processual. 6.4. Sanação e norma processual cogente – ordem pública processual. 6.5. Negócio jurídico e norma processual cogente – ordem pública processual. 7. Mudança de paradigma e a adequação dogmática contemporânea da norma processual cogente – ordem pública processual. 7.1. Compreensão e classificação das normas no processo civil contemporâneo. 7.1.1. Norma processual rígida. 7.1.2. Norma processual flexível. 7.1.3. Norma processual híbrida. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Seguindo as bases da teoria dos fatos jurídicos – adotada e desenvolvida por Pontes de Miranda – para a compreensão da normatividade jurídica, o presente artigo possui o escopo de propor uma discussão sobre a compreensão da norma processual cogente, comumente associada aos conteúdos da ordem pública.

Ressalte-se que historicamente a ordem pública aparece como forma de blindagem da *coisa pública* dos romanos, como um dos corolários da seguinte passagem do Digesto de Justiniano: *privatorum conventio juri publico non derogat*. Isso acabou por influenciar vários sistemas jurídicos, principalmente após a inserção desta diretriz no Código Civil francês, em 1804 (art. 6º: *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ord republic et les bonnes moeurs*). Influenciou até mesmo o Código Civil brasileiro de 2002 (art. 2.035, parágrafo único: *nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública*).

O conteúdo da ordem pública já nasce com ares de autoridade e de blindagem das *coisas* de interesse do Estado, marcado pelo elevado grau de interesse público, como forma de controle do exercício das liberdades dos indivíduos. Assim, estabeleceu-se a clássica dicotomia do público e privado ou da ordem pública e da ordem privada.

De igual modo, no Direito Internacional Privado, ramo que se debruça bastante sobre o tema, a ordem pública passou a blindar a aplicação da legislação estrangeira, no sentido de impor a soberania estatal em detrimento da norma alienígena, desmembrando a ordem pública em *interna* e *internacional*.

Acredita-se que, por essa razão, a doutrina, de um modo geral, começou a associar a compreensão de ordem pública à maioria das normas jurídicas que não possuíam em seu suporte fático o elemento *vontade* e, ao mesmo tempo, limitavam a liberdade dos

indivíduos, classificando-as como *normas cogentes*, porque geram situações jurídicas que limitam o *autorrgramento da vontade*. Surge então a dicotomia entre norma cogente e norma dispositiva.

Para alcançar os objetivos traçados neste artigo, passa-se a produzir um estudo crítico da concepção da norma cogente (=de ordem pública). Ademais, constata-se que a compreensão de *ordem pública* como *inderrogável, insanável, irrenunciável e absoluta* – que possui como um de seus suportes a percepção de *norma cogente* – passou a não mais encontrar sustentação teórica e prática, necessitando de uma justificação e adequação dogmática contemporânea.

1. DELIMITAÇÃO DO FENÔMENO NORMATIVO PROCESSUAL

Como dito nas linhas iniciais, para os fins deste estudo, adota-se a teoria dos fatos jurídicos como premissa teórica normativa, compreendendo a norma jurídica como uma proposição completa que estabelece, em geral – ressalvando as hipóteses integrativas ou relacionais² –, um suporte fático e seus efeitos jurídicos,³ aliada à compreensão de que há uma prévia incidência⁴ das normas jurídicas (= princípios e regras).⁵ Contudo, há somente aplicação normativa de regras jurídicas que podem ser *reveladas* diretamente dos princípios jurídicos.

2. “Nessas espécies, por uma questão de técnica redacional, com objetivo de evitar repetições inúteis (e deselegantes para a linguagem), as proposições jurídicas são formalizadas de modo que umas pressupõem as outras, o que permite, em decorrência da ordenação, que aquelas normas cujo suporte fático não esteja expresso no seu texto, sejam relacionadas ao suporte fático de outra norma que lhes corresponder. [...] Há, ainda, normas jurídicas que são formuladas, precisamente, para integrar outras normas jurídicas, sem determinar efeitos jurídicos próprios”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57).
3. “a norma jurídica constitui uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos jurídicos). Então, proposição jurídica, para ser completa, há de conter, ao menos: (a) a descrição de um suporte fático do qual resultará o fato jurídico; (b) a prescrição dos efeitos jurídicos atribuídos esse fato jurídico”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 54).
4. “A manutenção da noção de incidência infalível, diferenciada da noção de aplicação do Direito, implica a aceitação da noção de verdade mesmo numa perspectiva não essencialista. Isto significa ainda a negação do relativismo resultante de posturas contextualistas no Direito. Nesse sentido, a separação conceitual entre incidência e aplicação do Direito pode ser mantida mesmo quando se aceita uma visão pragmática, desde que ela seja considerada, de um lado, como uma visão *acauteladora* da verdade, e de outro como apenas um aspecto gramatical presente no jogo de linguagem descritivo aplicado ao Direito. A proposta inicial, portanto, é manter a noção de incidência correlata à noção de verdade, mas apenas como uma noção *acauteladora*. Isso significa que não se defende a existência de uma verdade final dada por uma autoridade ou pela obediência a ritos processuais. A verdade não tem um uso explicativo ou de fundamentação”. (CATÃO, Adrualdo de Lima. *Teoria do Fato Jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 161).
5. “Apenas a crítica legislativa chegou à conclusão de que elas violam princípio nascido da evolução humana, o *princípio de isonomia*, ou *igualdade formal*, segundo o qual todos os casos da

Em que pese a estrutura lógica normativa ter como referência o ideal positivista (ou *neopositivista*, descrito por Pontes de Miranda),⁶ acredita-se que tanto as regras como os princípios podem ser representados e identificados pela estrutura lógico-formal das normas jurídicas (= antecedente e consequente), ainda que os princípios possuam um acentuado grau de indeterminação. Mostra-se possível a identificação do suporte fático e suas consequências nas normas principiológicas, relacionando as acepções abertas aos dados concretos da realidade.⁷

Ressalte-se, por oportuno, que doutrina de *escol* refuta a tese da incidência lógica no âmbito do Direito Constitucional e Administrativo, em face da carga valorativa e política de suas normas jurídicas. Reconhece, porém, que no âmbito do Direito Processual, a Teoria dos Fatos Jurídicos responde melhor aos seus fenômenos jurídicos.⁸

classe de fatos sobre os quais as regras jurídicas incidem não de ficar sob a incidência delas. A completa abrangência, como a generalidade, não é imanente ao conceito de regra jurídica. O princípio de isonomia ou igualdade perante a lei não é mais do que regra jurídica, embora tão importante, que se haja feito regra de direito constitucional e tenha de ser, algum dia, regra de direito das gentes”. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. atualizado por Judith Martins-Costa [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71).

6. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, p. 7.
7. “Analisada a estrutura lógico-formal dos princípios, chegaremos à conclusão de que atende aos pressupostos de completude, seja qual for a óptica adotada para considerá-la. [...] Seja qual for o nível de generalidade linguística da proposição que enuncia o princípio, é possível identificar o seu suporte fático e seu preceito, relacionando-o a dados da realidade, completa está sua estrutura lógico-formal [...]. Poder-se-ia alegar, em contrário, que a doutrina kelseniana não admitiria uma sanção não expressa na própria norma como suficiente para assegurar o caráter normativo da disposição, o que invalidaria nosso argumento. Isto, porém, não é verdadeiro, uma vez que é o próprio Kelsen quem afirma que há normas jurídicas que têm sua sanção definida em outras normas. Tais normas não deixariam de ter sua natureza jurídica, apenas, em sua visão, seriam o que ele denomina normas *não autônomas* (*Teoria pura do direito*, v. I, 110). Concluindo, parece absolutamente correto afirmar que os princípios atendem aos pressupostos lógico-formais referentes às normas jurídicas, donde não se lhes poder, por isso, negar o caráter normativo”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 66-69).
8. “A Teoria do Fato Jurídico funciona em um nível de refinada formalidade quanto ao tratamento de atos e fatos jurídicos. O campo adequado à sua aplicação parece ser o Direito Privado, em cujo seio ela surgiu, e nas áreas do Direito Processual, Tributário e Penal, regidos por uma elevada rigidez em relação aos fatores de sua incidência, em defesa da segurança jurídica dos indivíduos atingidos por suas normas. Entretanto, na área do Direito Constitucional e Administrativo, as premissas e categorias soam reducionistas e não conseguem levar à solução dos problemas mais prementes”. (KRELL, Andreas J. *A Relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno Direito Constitucional e Administrativo*. In DIDIER JR., Fredie (org.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93-94).

Aliado a isso, comunga-se com a ideia de que há uma relação de circularidade no campo normativo,⁹ servindo os princípios também como normas de *revelação*¹⁰ de regras jurídicas para casos que não se solucionavam com as regras jurídicas já identificadas no ordenamento.

Quanto à incidência, constatação intelectual de que determinada norma jurídica abarca os dados da realidade observada (= suporte fático suficiente),¹¹ é também possível que haja incidência de vários princípios, inclusive como forma de integração ou complementação normativa das regras. Isso, por consequência, revelará a regra jurídica para a resolução do caso em questão.

Assim, para fins de delimitação deste estudo, e com base nos breves apontamentos acima expostos, é possível dizer que a norma jurídica processual pode ser compreendida como a proposição completa que estabelece um suporte fático e seus efeitos jurídicos,

9. "... pode-se observar que regras são normas (gerais) de primeiro grau, estando no plano de observação da primeira ordem em relação ao caso a ser decidido e à norma de decisão [...]. A questão diz respeito à observação de primeira e segunda ordem no nível das estruturas (expectativas). As regras condensam expectativas normativas que se dirigem imediatamente à solução do caso [...]. A invocação de princípios leva a uma observação de segunda ordem em relação ao caso a decidir e da norma de decisão. Não se trata aqui de negar que os princípios constitucionais, inclusive os chamados princípios 'abertos', tenham estrutura ou 'caráter proposicional', isto é, possam ser expressos em um enunciado em que constem um antecedente e um consequente. Se não pudessem ser expressos em enunciados normativos, não teriam o caráter de norma jurídica. Ocorre que a relação entre antecedente (hipótese normativa do fato) e consequente (hipótese normativa do efeito jurídico) é flexível, importando uma 'causalidade jurídica' incompleta. Apenas à luz do princípio, enquanto princípio, não se consegue observar e determinar diretamente a relação entre o fato jurídico e sua eficácia jurídica concreta. Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios *prima facie* contam apenas com a hipótese normativa ampla". (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 120-123).
10. "Por isso, devem ser os elementos-guia determinantes do comportamento de quem detenha na comunidade o poder de *revelar* as normas jurídicas, atribuindo essência jurídica às normas comportamentais existentes na sociedade". (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 66).
11. "A *incidência* da lei, pois que se passa no mundo dos pensamentos e nele tem de ser atendida, opera-se no lugar, tempo e outros 'pontos' do mundo, em que tenha de ocorrer, segundo as regras jurídicas. É, portanto, *infalível*. Tal o jurídico, em sua especificidade, frente aos outros processos sociais de adaptação. A incidência ocorre para todos, pôsto que não a todos interesse: os interessados é que têm de proceder, após ela, atendendo-a, isto é, pautando de tal maneira a sua conduta que essa criação humana, essencial à evolução do homem e à sua permanência em sociedade, continue de existir [...]. A *incidência* das regras jurídicas nada tem com o seu atendimento: é fato do mundo dos pensamentos. O *atendimento* é em maior número, e melhor, na medida do grau de civilização. A *falta* no atendimento (= *auto-aplicação*) e a necessidade de *aplicação* pelo Estado, uma vez que não se tem mais, na quase totalidade dos casos, a aplicação pelo outro interessado (justiça própria, ou de mão própria)". (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. atualizado por Judith Martins-Costa [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 74).

cuja incidência gera fatos jurídicos processuais que podem produzir situações jurídicas processuais.

2. RELAÇÃO ENTRE NORMA COGENTE, INTERESSE PÚBLICO E ORDEM PÚBLICA

Comumente se afirma que as normas processuais são de Direito Público. Porém, defender simplesmente que uma norma é de interesse público e de Direito Público não significa que, necessariamente, seja *imperativa* e *cogente*. Isso pode, por via de consequência, gerar situações denominadas de *ordem pública*.¹² Mas que o Ente Estatal, de forma geral, regulamentou a maneira de exercício de suas atividades, das *coisas* do Estado em busca de um *bem comum* – como exemplo, a norma processual que instrumentaliza o exercício da jurisdição estatal.¹³

A nosso sentir, isso não implica imutabilidade, ou seja, que a norma processual, possuindo interesse público ou sendo alocada como de Direito Público, não seja passível de alguma adequação realizada pelas partes que se submetem a um processo. Isso, na prática, abre margem a uma gradual disposição, marca de um *respeito ao autorregramento da vontade*,¹⁴ vislumbrada num maior grau nas relações reservadas ao Direito Privado.

Há algum tempo, Barbosa Moreira¹⁵ já questionava a afirmação de que uma *norma cogente e imperativa*, em si, é *indisponível*, possuindo como antítese uma *norma*

12. “Hoje em dia, é tão absurdo pensar que no direito público não haveria flexibilidade, quanto que no direito privado não haveria regras imperativas. É possível haver direito privado cogente e direito público dispositivo”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 163).
13. “As normas processuais pertencem, segundo a opinião geral, ao direito público. É por demais evidente que tais normas regulam uma das funções do Estado, que é a jurisdição, e, portanto, sobreleva-se o interesse público em resolver a lide, apesar de privados os interesses dos litigantes”. (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 198).
14. “No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana. O Direito Processual Civil, embora ramo do Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por esse princípio. Pode-se chamá-lo de princípio do *respeito ao autorregramento da vontade no processo*”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 149).
15. “O mais difundido desses critérios é o que se baseia na distinção entre normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas. Admitir-se-ia no âmbito destas e repelir-se-ia no daquelas a liberdade de convenção entre as partes. Não é certo, porém, que esse caminho leve à solução satisfatória em qualquer hipótese, antes de mais nada pela dificuldade que as vezes se encontra em tragar linha nítida entre as duas espécies de normas”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In *Revista de Processo*. Vol. 33/1984, Jan.-Mar. 1984, p. 183).

disponível, e que não responde com congruência às complexidades e aos fenômenos concretos do mundo contemporâneo.

Da mesma forma, dizer que o *interesse público*, em si,¹⁶ é *indisponível* revela-se um tanto intangível, pois o que é o interesse público em sua essência? Quem o estabelece? Esse “alguém”, ao estabelecer o que é de interesse público da sociedade, não estaria *dispondo* dele? Esse “alguém” se encontraria na “posição original”, coberto pelo “véu de ignorância”, como pretendeu Rawls?¹⁷ Inquietações e questionamentos quase que intermináveis podem ser feitos.

Ora, normas que regem as relações de Direito Privado também possuem um determinado grau de indisponibilidade, as quais podem gerar fatos jurídicos com situações jurídicas tipificadas como ilícitas quando os indivíduos abusam ao exercerem seus direitos (art. 187; art. 1.228, §§ 1º e 3º, do CC).¹⁸

Já se questionava a dificuldade de se destacar dogmaticamente o que é essencialmente de *interesse público* ou de *interesse privado*, de *direito material* ou de *direito formal*¹⁹ – o que também não implica a abolição ou a inutilização total das dicotomias, mas a necessidade de uma discussão constante, sempre na tentativa de um aprimoramento desses temas às realidades existenciais presentes.

-
16. “O interesse público, em si, é indisponível. Esse é um dado que não se discute. O tema, porém, não comporta soluções simplistas, generalizadoras”. (TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria)* – versão atualizada para o CPC/15. *In* Revista de Processo. Vol. 264/2017, fev. 2017, p. 83).
 17. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147-149.
 18. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; “Art. 1.228. [...] § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas [...]; § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”.
 19. “O direito processual civil não é um direito adjetivo, como comumente se ouve dizer, nem um direito formal. Trata-se de erros manifestos [...]. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui *qualidade* da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é *qualidade*, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria [...]. Em suma, a antítese não é de direito material – direito formal, e sim, direito material – direito *instrumental*. Isto porque instrumento, como ente *a se*, possui matéria e formas próprias, independentes da matéria e da forma, da realidade jurídica, dita *material*, sobre a qual opera”. (LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19-20).

Nesse contexto, como forma de estabelecer uma premissa metodológica, tentar-se-á propor uma compreensão contemporânea do que se possa entender como *norma cogente*, a fim de adequar e sustentar as nossas proposições.

Ressalte-se que não se pretende, com isso, promover uma tese sobre teoria da norma jurídica. Pois, para isso, necessitar-se-ia de um trabalho de muito maior fôlego dogmático. Ademais, o objetivo deste artigo é tão somente iniciar uma discussão de adequação às consequências jurídicas a serem constatadas durante este estudo.

3. UMA PROPOSIÇÃO CONTEMPORÂNEA DA NORMA COGENTE

A norma *cogente* e *imperativa*, empregada neste estudo, não pode possuir o significado tradicional de *norma indisponível*,²⁰ ligada à ideia do poder de império estatal,²¹ da qual os particulares não podem dispor em hipótese alguma, normalmente associada ao *interesse público* e à *ordem pública*.

Dessa forma, as *normas cogentes*, em nossa compreensão, são *normas jurídicas que podem ensejar, caso incidam, fatos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*. O que não significa que essas *situações jurídicas* são de *ordem pública* e não podem sofrer influência de outros fenômenos jurídicos, como a convalidação, a preclusão ou o negócio jurídico, como vem defendendo a doutrina²² ao tratar do tema.

Exemplifica-se.

-
20. “Esses diferentes graus de imperatividade indicam a existência de *normas processuais cogentes*, ao lado de *normas processuais dispositivas* – aquelas, com imperatividade absoluta e nenhuma liberdade deixada às partes para disporem de modo diferente, ainda que de acordo; estas, dotadas de imperatividade relativa e portanto portadoras de preceitos suscetíveis de serem alterados pelos litigantes”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 138-139).
21. “No direito contemporâneo, afirma-se que soberana é a lei, por força da constituição, que encarna a vontade social, e que confere ao Estado e aos entes públicos de modo geral a competência para editar atos soberanos, isto é, dotados do *jus imperii*. Nem todos os atos dos entes públicos são soberanos. Quando o são, porém, aparece o *jus imperii*. Suas normas são, então, cogentes, pois pressupõem o interesse da ordem pública. É o princípio do interesse público relevante que, se contrastando com interesses privados, prevalece em última instância sobre eles. Esse interesse público pode ser do próprio Estado, no caso do Direito Administrativo, mas pode ser o de toda a comunidade, no caso do Direito Penal. Nesse caso, é o interesse da justiça, como um valor social global”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107).
22. MARINONI, Luiz Guilherme [et. al.]. *Novo Curso de Processo Civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 182; DELLORE, Luiz [et. al.]. *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 258-259; “Já se teve oportunidade de afirmar que as regras de competência absoluta têm como fundamento razões de ordem pública, basicamente as de melhorar o serviço jurisdicional e proporcionar uma tutela jurisdicional de melhor qualidade”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no Processo Civil*. 2ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 66).

No campo processual, os doutrinadores citam como *normas cogentes* as que podem gerar *nulidades absolutas*, determinadas *inadmissibilidades* ou *rescindibilidades*, as quais serão denominadas neste artigo de *normas processuais rígidas*, nomenclatura que se impõe e que será justificada, pois tem o escopo de tentar minimizar a celeuma ligada às situações *ditas* de ordem pública, como *norma imperativa, cogente e indisponível*, em sua essência.

O antônimo das *normas cogentes* não são, categoricamente, as *normas dispositivas* – até porque em determinados casos existem margens de *disposição* da norma denominada de cogente –, ainda que se vislumbre a possibilidade de influência do interesse público ou de situações jurídicas tituladas como de ordem pública.

Nesse ambiente de *normas cogentes*, de *interesse público* e de *ordem pública*, a premissa estabelecida aqui não é, necessariamente, de antonímia, com carga imperativa, autoritária ou de exclusão, que comumente se extrai da percepção da ordem pública;²³ mas de uma gradação que tem como fundamento as *situações jurídicas* que os fatos jurídicos podem produzir, sejam oriundos das normas constitucionais, sejam infraconstitucionais.

Nesse contexto, passa-se a identificar as normas jurídicas processuais como:

a) **normas rígidas** – *podem gerar, caso incidam, fatos jurídicos que ensejam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico, com uma menor possibilidade de renúncia, negócio jurídico, preclusão ou convalidação;*

b) **normas flexíveis** – *podem gerar, caso incidam, fatos jurídicos que ensejam situações jurídicas com baixo grau de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico, com a possibilidade de maior flexibilização para correção, renúncia, negócio jurídico, preclusão ou convalidação; e,*

c) **normas híbridas** – *podem apresentar tanto as características das normas rígidas como as das normas flexíveis, a depender do momento e das circunstâncias que efetivamente possam incidir e forem aplicadas ao caso da realidade.*

Justifica-se a opção pela nomenclatura *norma rígida* em detrimento da *norma cogente*, por se tomar como base a perspectiva da classificação das Constituições quanto à sua estabilidade (imutáveis, fixas, rígidas, flexíveis e semiflexíveis), com o escopo de adequar a classificação proposta ao momento do Estado Constitucional, bem como pelo fato de a expressão *norma cogente* estar associada à percepção *imperativa e indisponível*, marca do que se pretende com a ideia de *ordem pública*.

23. “Por fim, cabe dizer que a utilização da ‘ordem pública’ por vezes parece dominada por uma ideologia autoritária, que pensava inclusive que os interesses estatais seriam ‘superiores’ aos interesses privados, e que pudessem suplantar e esmagar o indivíduo, um absurdo total se pensarmos no quadro das conquistas do séc. XX no campo dos direitos fundamentais”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 314-315).

Com a passagem da compreensão de *norma cogente* para *norma rígida*, a qual tem como fundamento o Estado Constitucional, traduzindo as *qualidades*²⁴ de *Estado de direito* e *Estado democrático*,²⁵ impõe-se também uma nova nomenclatura ao que se titulava por ordem pública. Pois a percepção de ordem pública induz, instantaneamente, à ideia de norma cogente, de supremacia do interesse público, de indisponibilidade, irrenunciáveis e inderrogáveis, marcas de um momento dogmático e cultural antecedente – o que não se mostra tão salutar ao período contemporâneo.

Por essa razão, a *era da ordem pública* deve ser revigorada e adequada, dando passagem à *era da ordem constitucional e democrática*, compreensão a que se associa a ideia de *norma rígida* e os fundamentos do Estado Constitucional, exteriorizados na *legalidade, igualdade, segurança jurídica, confiança legítima, liberdade, legitimidade e participação*.²⁶ Por tais motivos, a mudança da nomenclatura não reflete uma mera troca de seis por meia dúzia, mas visa demonstrar que a *norma cogente* associada à *ordem pública* e seus conteúdos autoritários não se coaduna com o momento contemporâneo (= constitucional e democrático).

Ressalta-se, por oportuno, que a *era da ordem constitucional e democrática* não implica exclusão ou total abandono dos preceitos da *era* anterior; pelo contrário, imprime revigoramento e adequação, características de um processo cultural cumulativo e de complementaridade, na mesma perspectiva da discussão da nomenclatura “dimensões” dos direitos fundamentais.²⁷

Salienta-se que essa proposição teórica será justificada e testada no tópico 7 deste artigo. Porém, para que os exemplos no desenvolver do estudo sejam claramente compreendidos, estabelece-se, desde já, a premissa teórico-metodológica.

4. A ORDEM PÚBLICA NO PLANO DA EFICÁCIA

Em face dos *lugares-comuns*²⁸ entre o interesse público e as normas ditas *cogentes* e *imperativas*, as quais dão a ideia de indisponíveis, absolutas, insanáveis, irrenunciáveis e inderrogáveis – o que se pretendeu com a percepção histórica da expressão *ordem*

24. SAEZ, Guy [et. al.]. *L'État sans qualités*. France: Presses Universitaires de France – PUF, 1982, p. 36.

25. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92-93.

26. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro*. In *Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Org. João Calvão da Silva [et. al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 94.

27. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

28. “Portanto, os lugares-comuns se caracterizavam, primitivamente, por sua imensa generalidade, que os tornava utilizáveis em todas as circunstâncias”. (PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 94).

pública, até como forma de garantir e justificar o poder do Estado²⁹ –, busca-se dialogar e propor uma releitura de alguns pontos da teoria dos fatos jurídicos, no sentido de tentar visualizar, com mais clareza, o fenômeno da ordem pública no mundo jurídico contemporâneo.

Nesse contexto, entende-se que a ordem pública pode ser identificada no plano da eficácia,³⁰ em que se constata as *situações jurídicas* concebidas pelos fatos jurídicos,³¹ e não exclusivamente como um elemento do suporte fático da norma, o que caracterizaria a cogência e a indisponibilidade.

O que habitualmente se defende para justificar a dicotomia norma cogente e indisponível *versus* norma não cogente e disponível parte da premissa de que o elemento *vontade* (= autorregramento da vontade) deve estar contido no suporte fático da norma jurídica.³² Todavia, há normas que não contêm o elemento *vontade* no seu suporte fático, mas admitem que as partes realizem autocomposição,³³ tanto do direito material discutido nos autos como das regras jurídicas processuais, tudo isso como forma de exteriorização do *respeito ao autorregramento da vontade*.

Desta forma, apesar de a norma não conter como elemento de seu suporte fático expressões da *vontade humana* – o que configuraria a sua indisponibilidade e uma possível ligação à norma cogente, ao interesse público e à ordem pública –, pode gerar situações jurídicas afetas ao *autorregramento da vontade*.

-
29. RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. trad. Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 38.
 30. “O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelo direitos-deveres, pretensões-obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104-105).
 31. “O fato jurídico *existe* como resultado da incidência de uma norma sobre o seu suporte fático suficientemente composto. O ser válido (valer), ou inválido (não valer), já pressupõe a existência do fato jurídico. Da mesma forma, para que se possa falar de eficácia (=ser eficaz) é necessário que o fato jurídico exista. A recíproca, porém, em ambos os casos, não é verdadeira. O existir independe, completamente, de que o fato jurídico seja válido ou de que seja eficaz. O ato jurídico nulo é fato jurídico como qualquer outro, só que deficientemente. A deficiência de elemento do suporte fático o faz inválido. Assim, também ocorre com a eficácia”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43).
 32. “(i) Normas *cogentes* são aquelas que dispõem imperativamente, impondo ou proibindo determinada conduta, razão pela qual são denominadas (a) normas *impositivas* ou *imperativas*, e (b) *proibitivas*. Não há, nessas normas, permissivos à chamada autonomia da vontade, mas, ao contrário, são autênticos comandos com vistas à adaptação social. A vontade individual não pode ser manifestada em sentido conflitante com aquele prescrito pela norma, sob pena de infringi-la, seja direta, seja indiretamente (=fraude à lei)”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 123-124).
 33. Entende-se por autocomposição a possibilidade, independentemente da natureza do direito (se disponível ou indisponível), de as partes envolvidas escolherem categorias jurídicas ou estabelecerem situações jurídicas.

Por óbvio, não se pretende esgotar o discurso das situações jurídicas exteriorizadas pelo fato jurídico com a incidência da norma, muito menos eliminar ou desprezar os valores e fundamentos axiológicos, entendidos como *de ordem pública* ou de *interesse público*. Estes foram considerados para possibilitar que a norma jurídica estabelecida ensejasse situações jurídicas de maior ou menor tensão à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico. O que se pretende é propor uma premissa de adequação dogmática contemporânea, com base nas situações jurídicas geradas por determinadas normas jurídicas, e que se possam vislumbrar como de ordem pública.

A ideia de *norma rígida* empregada no tópico anterior não trata da categoria ligada à *indisponibilidade* em si, até porque esta compreensão a cada dia vem sofrendo consideráveis questionamentos, inclusive no ambiente normativo do Código de Processo Civil de 2015, ao admitir negócios processuais atípicos (art. 190), acolhendo os acordos processuais quando o direito discutido no processo for afeto à autocomposição.

É dizer, a discussão, por si só, da categoria de *direito disponível* ou *indisponível*, de *interesse privado* ou *público*, não enseja obstáculo para a permissão de acordos sobre *situações jurídicas processuais*, criando procedimentos, ônus, poderes e deveres.³⁴

Desta forma, constata-se que não só o Poder Estatal pode estabelecer situações jurídicas das normas jurídicas tituladas de caráter *cogente* e *imperativo*,³⁵ mas os indivíduos plenamente capazes também podem *escolher categorias jurídicas ou estabelecer situações jurídicas*³⁶ típicas das normas enquadradas como cogentes e imperativas.

Como exemplo, cita-se a convenção de arbitragem, na medida em que trata como negócio jurídico em razão do qual as partes submetem a disputa do direito material ao juízo arbitral (= não estatal) e apartam a incidência da norma constitucional

-
34. “Logo, as convenções sobre processo e os negócios processuais podem ter como objeto direitos indisponíveis. Admite-se, assim, por exemplo, uma ação civil pública negociada, com regras de procedimento estipuladas entre as partes, inclusive entre o Ministério Público, mesmo quando presente à base de seu objeto litigioso direitos difusos ou coletivos. Se há possibilidade de autocomposição, em qualquer nível ou amplitude, mesmo que mínima, sobre o direito litigioso, permite-se a negociação sobre o procedimento e sobre os ônus, poderes e deveres processuais”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 233).
35. “Se a lei pressupõe o Estado como legislador, temos que observá-lo, antes de tudo, *como fonte de praticamente todo o direito*. O Estado, porém, não é apenas fonte do direito, é simultaneamente produto do direito: deriva sua Constituição, e com isso sua existência jurídica, do direito público. (grifo aditado)” (RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. trad. Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 37).
36. “Define-se o negócio processual, a partir das premissas até aqui estabelecidas, como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito na norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 152).

(art. 5º, XXXV, CF), o que, por via de consequência, acaba por afastar a situação jurídica do controle jurisdicional do Estado, tornando o juízo estatal absolutamente incompetente.³⁷

Ainda que, conforme o professor Marcos Bernardes de Mello, ocorra a *incidência infalível* da norma, defendida também por Pontes de Miranda,³⁸ admite-se que há possibilidade de os sujeitos afastarem a incidência da norma, conforme se afirma acima. Destaca o catedrático que “a incondicionalidade da incidência existe em todas as normas, mesmo aquelas espécies em que o ordenamento jurídico permite à vontade das pessoas o poder de afastá-la, sem infringi-la, dispondo de modo diverso de suas prescrições”.³⁹

Conforme a premissa estabelecida acima, esse tipo de norma produz situações jurídicas típicas de uma *norma rígida* (anteriormente denominada de *cogente*), a qual, suscitada oportunamente, pode ensejar uma situação jurídica *com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico processual*, pois tem como consequência a vedação e o afastamento do exercício da jurisdição estatal – situação de *anormalidade* quanto à inafastabilidade do controle jurisdicional –, em face do direito material disputado no caso, podendo até ensejar o encerramento da via judicial sem a análise do mérito (art. 485, VII, CPC).

Por essa razão, propõe-se uma mudança de paradigma da máxima de que as *normas cogentes e imperativas* se enquadram, obrigatoriamente, como *inderrogáveis, absolutas, indisponíveis*, e que, por tudo isso, são de *ordem pública*. Justifica-se assim a nomenclatura *norma rígida*. No processo civil há *norma processual rígida*, porquanto a sua pretensão não é a de gerar situações imutáveis, mas sim possibilitar as oscilações suportadas pela própria *ordem jurídica processual*.

Esse aspecto de norma cogente e imperativa,⁴⁰ no âmbito do processo civil, não pode se ligar à ideia de insanabilidade, por ser inderrogável e absoluta. Essa assertiva utilizada de forma generalizada não tem encontrado sustento dogmático.

Eis um exemplo.

-
37. “A convenção de arbitragem é um negócio de direito material, mas possui a eficácia negativa no direito pré-processual, por excluir a atuação dos juízes, e eficácia positiva no direito processual, com a submissão das partes aos efeitos da sentença arbitral. Ela é que dá poderes jurisdicionais ao árbitro, tornando o juiz estatal absolutamente incompetente.” (AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *Arbitragem e Poder Judiciário*: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 102-103).
 38. “A incidência das regras jurídicas não falha” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. atualizado por Judith Martins-Costa [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 70).
 39. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 123.
 40. Diz-se cogente no sentido de obrigatória, e imperativa no sentido de poder, sendo este poder tanto emanado do Estado ou do indivíduo (povo).

Atualmente, defende-se que há normas processuais de caráter cogente e de ordem pública,⁴¹ a exemplo da incompetência absoluta – *nulidade absoluta* (art. 64, § 1º, CPC), inclusive podendo ensejar a proposição de ação rescisória – *rescindibilidade* (art. 966, II, CPC).

Entretanto, o novo sistema processual admite que as decisões proferidas, ainda que por juízo absolutamente incompetente, continuem produzindo efeitos, até mesmo com a possibilidade de ratificação ou não do juízo competente (art. 64, § 4º, CPC).⁴² Pois, conquanto o ato processual possua uma deficiência no suporte fático que o torna inválido, produz efeito até que seja desconstituído⁴³ – o que somente revigora a premissa aqui proposta, na qual se constata que a possível perspectiva de *ordem pública processual* pode ser encontrada no plano da eficácia como uma situação jurídica passível de *flexibilidade para uma possível regularização*.

Pode-se justificar o revigoramento e a adequação do termo *ordem pública processual* para *ordem constitucional e democrática processual*, já que se garante a

-
41. “Se as formas e os ritos não constituem fins em si mesmos, há um núcleo duro e indispensável de formalismo que não pode ser desrespeitado. É o que tenho denominado de *ordem pública processual*. Já me referi a essa noção quando tratei das nulidades absolutas, no meu livro sobre Execução, como um conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes. Entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, apontei então: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz;” (GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. In MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coordenadores). *Processo Civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 282-283).
42. “A incompetência (absoluta ou relativa) não gera a automática invalidação dos atos decisórios praticados. Nada obstante reconhecida a incompetência, preserva-se a eficácia da decisão proferida pelo juízo incompetente, até ulterior deliberação do juízo competente”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 230).
43. “Do mesmo modo, não há uma relação essencial entre a validade e a eficácia do ato jurídico. Em geral, o ato jurídico precisa de ser válido para ser eficaz. Não, porém, essencialmente. O ato jurídico inválido, quando anulável, produz todos os seus efeitos até que sejam (ato e efeitos) desconstituídos por sentença judicial; mesmo quando nulo, há hipóteses em que é eficaz (casamento putativo, e.g.). Também há situações em que o ato jurídico válido, ao menos temporariamente, é ineficaz quanto a seus efeitos específicos, de que são exemplos o testamento antes da morte do testador, os negócios jurídicos sob condição suspensiva antes do implemento da condição e os negócios jurídicos que dependem de elemento integrativo, antes que este ocorra. Ser válido, ou inválido, e ser eficaz, ou ineficaz, são *qualificações* distintas atribuídas ao fato jurídico pelas normas jurídicas. O existir (= ser fato jurídico) constitui, portanto, pressuposto essencial da validade, ou invalidade, e da eficácia, ou ineficácia, do fato jurídico, donde implicar uma *contradictio in adiecto* dizer-se, por exemplo, que o fato jurídico nulo, ou o ineficaz, é inexistente, porque somente o que existe pode ser qualificado. É preciso considerar que, embora a invalidade seja a mais importante das causas de ineficácia, não é a única. A própria natureza do ato jurídico pode determiná-la, como exemplificamos acima”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43-44).

legalidade, a segurança jurídica, a confiança legítima, a liberdade e a participação, como forma de se tutelar o direito fundamental à duração razoável do processo e à *primazia da análise do mérito*.⁴⁴

Destarte, constata-se que o caráter imperativo, cogente e insanável não traduz uma característica ímpar das *situações* de ordem pública. Perde, com isso, um pouco do seu sentido originário, uma vez que necessita de uma adequação dogmática. É esta uma proposta deste artigo.

5. DA NORMA PROCESSUAL COGENTE – DE ORDEM PÚBLICA – À NORMA PROCESSUAL RÍGIDA

5.1. Do interesse público à ordem pública

As concepções da ordem pública, em geral, partem da premissa de que ela encontra sustentação nos valores e axiomas ligados ao interesse público e ao próprio Direito Público, caindo em outra seara bastante nebulosa, já que acaba por não encontrar sustentação dogmática clara.

Desta forma, confrontando as percepções do que se convencionou defender como ordem pública, constata-se que resta possível a *disposição* de categorias e situações jurídicas atribuídas à norma *dita* cogente (= de ordem pública), o que, por si só, não implica situações totalmente *inderrogáveis, absolutas e indisponíveis*.

Com base nessa premissa, passa-se a afirmar que a compreensão de ordem pública pode se verificar no plano da eficácia, com a identificação de variadas situações jurídicas⁴⁵ exteriorizadas com a incidência de determinadas normas jurídicas.

Assim, caracterizar a ordem pública no processo civil pelo fato da imperatividade Estatal, pura e simplesmente, não se amolda ao novo ambiente dogmático jurídico processual (= constitucional e democrático). Até porque, em certa medida, os comandos

-
44. “O juiz deve, sempre que possível, superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanção, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. O princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro*. In *Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Org. João Calvão da Silva [et. al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 108).
45. “Em nosso entendimento, *situação jurídica* é expressão que tem duas acepções, a saber: (a) em sentido lato, designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico; (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretizam uma relação jurídica, e, mesmo quando esta exista, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91-92).

normativos são imperativos e cogentes (= obrigatórios),⁴⁶ ou seja, são impostos por quem detém legitimidade, como forma de controlar fatos, eventos e condutas, estabelecendo variadas situações jurídicas, o que não implica, em si, a imposição dessas situações como de ordem pública.

Aliás, a própria noção do Direito tem em seu particular a imperatividade. No entanto, o Direito não se titula, em si, irrenunciável, absoluto e inderrogável. A *ordem pública*, que é objeto do estudo do Direito e de seus regramentos, desde sua gênese, ao que parece, comunga dessa pretensão, tratando questões jurídicas como se se submetessem à proteção de um manto *sagrado e intocável*.

O Código de Processo Civil de 2015 vem apontando uma nova diretriz para a compreensão do que vem se propagando como *ordem pública processual*, quiçá até mesmo para uma nova estruturação dogmática dessa expressão, distinta das desenvolvidas pela Doutrina até o momento, conforme se sustenta neste artigo.

Assim, as situações de ordem pública, associadas ou não ao interesse público, com a caracterização do *indisponível*, *disponível*, do *público vs. privado*, não vêm encontrando sustentação dogmática clara que justifique a defesa de consequências inderrogáveis, irrenunciáveis e absolutas – o que leva a pensar que a ordem pública não possui tanta autonomia como se imagina.

5.2. Da ordem pública à ordem constitucional

Apesar da conclusão do tópico anterior, não se acredita na supressão total da ideia de *ordem pública*, mas sim numa nova composição de sua estruturação dogmática. Indiscutivelmente o ordenamento jurídico necessita de normas que garantam as situações de segurança, integridade, coerência, estabilidade e confiança. Não com imposições e autoritarismos de tipos inquestionáveis, mas democraticamente, no exercício de todas as garantias fundamentais postas nas normas constitucionais.

Nesse contexto, pode-se constatar que o segmento que identifica as situações de ordem pública do ponto de vista instrumental⁴⁷ possui uma característica bastante interessante, ao desenvolver a noção de ordem pública aliada à sua utilidade ao

46. “Em face dessa característica, seria possível pensar que as normas *não-cogentes* não são infringíveis pela conduta contrária e que nisso se diferenciaram das normas cogentes. Essa observação, porém, não seria correta. Toda norma jurídica, inclusive não-cogente, é violável, desde quando, concretizado o seu suporte fático, incide e a partir daí torna-se obrigatória e de aplicação compulsória”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 125).

47. Nessa perspectiva, os doutrinadores não desprezam por completo os estudos da percepção de ordem pública desenvolvidos com base nos fundamentos do interesse público, do Direito Público, dos fundamentos sociais ou jurídico-filosóficos. Porém, não são essas as bases que sustentam as suas compreensões, mas com o que de utilidade ela se presta ou qual a sua finalidade ou função no ordenamento jurídico. Nessa linha: ARIGÓN, Mario Garmendia. *Ordem Pública e Direito do Trabalho*. Trad. Edilson Alckmin Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 24.

ordenamento jurídico. Não se concebe um Direito sem *normas rígidas*, até porque em sua própria essência deve haver normas com conteúdos que imponham integridade e higidez ao ordenamento jurídico.⁴⁸

A própria Constituição estabelece normas com conteúdo identificado como *cogente* e *imperativo*, que exprimem finalidades, as quais não podem ser *abolidas* pelo próprio legislador, as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF). Mas, nem por isso, retiram por completo a possibilidade de *disposição* dos sujeitos. Como exemplo, o acréscimo de novos direitos e garantias fundamentais, e até a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais.⁴⁹

Essas normas constitucionais que imprimem rigidez são necessárias e úteis à higidez (= normalidade) do ordenamento jurídico, porque estabelecem um sentimento de proteção e segurança a todos os sujeitos no território brasileiro, garantindo o próprio fim do Estado, bem como a confiança da nação de que tais direitos e garantias não serão suprimidos subitamente, nem mesmo pelo próprio legislador constitucional.

As cláusulas pétreas possuem conteúdo, em certa medida, do que se entendia inicialmente como *sentimento de ordem pública*, porque têm a função de estabelecer normas que geram situações jurídicas limitantes do poder estatal de legislar, porém podem ser renunciadas pelos titulares desses direitos, o que também descaracteriza a noção primária da ideia de ordem pública, a qual perfazia uma situação irrenunciável e absoluta.

As perspectivas dos direitos fundamentais protegidos como cláusulas pétreas suscitam uma reflexão da assertiva feita por Leonardo Carneiro da Cunha, ao tratar da rigidez constitucional no tocante ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido, quando destaca que “nem mesmo razões de ordem pública podem superar a rigidez estabelecida pela Constituição Federal”.⁵⁰

Dessa forma, a reflexão que se faz é a seguinte: a rigidez tratada pelo jurista não advém do próprio sentimento imperativo da expressão que a ordem pública tenta impor? A resposta pode ser positiva, pois a rigidez da norma jurídica constitucional é um

48. “O princípio e a essência da ordem está no fim, dado que a natureza e exigências do mesmo determinarão a disposição das coisas e orientarão seu dinamismo.” (VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: do modelo juspositiva-legalista do século XIX às novas perspectivas*. trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 192).

49. “... a renúncia a direito fundamental é a situação definida em lei, em que o titular do direito fundamental, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direito ou indireto, pessoal ou coletivo.” (ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 58).

50. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito Intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 11.

indicativo da nova estrutura do sentimento de ordem pública no âmbito constitucional e no atual ambiente da dogmática jurídica. De sorte que, em que pese a rigidez, ela não se mostra totalmente inderrogável e irrenunciável.

Logo, imperiosa a adequação da compreensão de ordem pública às normas constitucionais e ao Estado Constitucional, até com a possibilidade de adequação da aplicação do termo em determinados casos, em detrimento das normas disciplinadas pelo próprio texto constitucional, como se defende nestas linhas iniciais.

Como vem se constatando, as normas constitucionais são de fundamental importância e exercem um papel ímpar para a nova estrutura dogmática do sentimento de ordem pública no momento contemporâneo. Por isso se parte por este caminho, adequando a percepção de *norma cogente* para *norma rígida*, bem como de *ordem pública* para *ordem constitucional e democrática*.

5.3. Da norma cogente à norma rígida

Como visto, não vem encontrando sustentação dogmática a premissa de que a característica exclusiva da *norma cogente* ou *de ordem pública* é a imperatividade e imutabilidade imposta pelo ente estatal, marcas de um interesse público supremo.

Existem normas que ensejam situações jurídicas de normas *ditas* cogentes e imperativas também estabelecidas por liberalidade dos indivíduos particulares, no sentido de proporcionar respostas condizentes ao ideal de integridade, estabilidade e coerência do sistema jurídico.

Dessa forma, observa-se a necessidade de desenvolver uma passagem da compreensão de norma de caráter *cogente* para a de norma de caráter *rígido*, adequando, assim, a sua nomenclatura ao contexto dogmático contemporâneo. Minimiza-se o viés autoritário e absolutista carregado pela ligação da expressão *ordem pública* à *norma cogente* ao longo do tempo.

Assim, entende-se que a compreensão de *norma rígida* defendida como premissa deste artigo tem o escopo de adequar ao momento dogmático contemporâneo as situações jurídicas *com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*, com a possibilidade, ainda que em menor grau, de *renúncia, negócio jurídico, preclusão ou regularização*. Tudo isso como revigoramento e adequação, contrapondo-se ao caráter absoluto e inderrogável da norma cogente ou de ordem pública.

6. A INADEQUAÇÃO DOGMÁTICA DA NORMA COGENTE PROCESSUAL – ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL – COMO INDISPONÍVEL, INDERROGÁVEL, INSANÁVEL, IRRENUNCIÁVEL E ABSOLUTA

Diante do que foi abordado neste estudo, este tópico tem a finalidade de condensar, de forma objetiva, como notas conclusivas, toda a matéria desenvolvida e os pontos principais que se defendem ao longo deste artigo. Constata-se a inadequação

dogmática no tratamento da ordem pública processual como um valor axiológico, apresentando consequências de indisponibilidade, inderrogabilidade e insanabilidade absolutas, bem como se propõe uma nova classificação para as normas processuais comumente denominadas de normas de ordem pública processual.

6.1. Preclusão e norma processual cogente – ordem pública processual

A preclusão, em geral, partindo do seu sentido etimológico e com os estudos desenvolvidos pela doutrina processual, é efeito jurídico compreendido como a perda de “poder processual das partes” e a “perda de um poder do juiz”,⁵¹ a configurar um fenômeno jurídico que veda o exercício das faculdades dos sujeitos processuais para realizarem determinados atos processuais.

A perda do poder pode se dar pela não realização do ato no prazo previsto (preclusão temporal), pela efetiva realização do ato sem a possibilidade de correção ou retificação (preclusão consumativa), pela proibição da prática de atos incompatíveis (preclusão lógica) e pela perda de um poder do juiz (preclusão judicial).

Em geral, a doutrina defende que as questões de ordem pública processual não estão afetadas à preclusão. Entretanto, ao nosso entender, tal não encontra sustentação e unidade com o sistema processual contemporâneo.⁵²

Mostra-se possível a influência da preclusão em relação à ordem pública, seja em face da sua efetiva análise no processo (arts. 505 e 507, CPC), seja pelo não atendimento ao prequestionamento nos recursos especial e extraordinário.⁵³

Assim, não se encontra óbice ou impedimento normativo para que as questões decididas durante o desenvolvimento do processo não sejam alcançadas pela preclusão, ainda que se trate de *situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio*

51. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 277-278; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 16-19.

52. “Das razões sistemáticas acima expostas, com o devido acatamento à posição absolutamente majoritária que defende posição oposta, é lícito asseverar que o ordenamento processual brasileiro, tal qual hoje posto, fornece os elementos para afirmar a preclusão da questão de ordem pública, no mínimo para o mesmo juiz, que fica impedido de a ela voltar por ocasião da decisão de mérito”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 182).

53. “Defende-se a impossibilidade de conhecimento de ofício ou por provocação de matéria de ordem pública não decidida pela decisão recorrida especial e extraordinariamente, em razão da necessidade do prequestionamento em sede de recursos especial e extraordinário, exigência constitucional sobre qualquer matéria. Ressalta-se que existem respeitadíssimas posições contrárias a essa tese. Excepciona-se tal entendimento, no presente estudo, quando se tratar de nulidade absoluta decorrente do próprio julgamento recorrido, sob pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição”. (MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no especial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 220).

à *higidez posta pelo ordenamento jurídico*, como no caso da incompetência absoluta, por exemplo.

Ressalte-se que o direito processual civil italiano, ainda que defenda o interesse público e a indisponibilidade na incompetência absoluta, admite a sua preclusão⁵⁴ caso não seja alegada pelas partes ou suscitada pelo juiz de ofício até a primeira audiência com as partes (art. 183 – *prima comparizione delle parti e trattazione della causa*), conforme disciplina o art. 38, § 3º, do Código de Processo Civil italiano.⁵⁵

Portanto, caso o juiz de primeiro grau já tenha decidido a questão e um futuro recurso não tenha devolvido a matéria ao Tribunal, opera-se a preclusão para os magistrados do segundo grau (art. 507, CPC). Deve, conseqüentemente, a expressão “*em qualquer tempo e grau de jurisdição*” ser analisada com bastante acuidade, sob pena de quebra da *unidade do Código*.⁵⁶

Como dito, a expressão *em qualquer tempo e grau de jurisdição* induz, equivocadamente, que as situações previstas pela norma não são alcançadas pela preclusão, em hipótese alguma, titulando-as como de *ordem pública*.

Com tal não se concorda, uma vez que se adere ao posicionamento de Fredie Didier Jr.,⁵⁷ haja vista que se mostra sistêmica e dogmaticamente incoerente não admitir a preclusão das questões do art. 485, § 3º, inclusive em face do juiz, mas admitir a preclusão de questões já decididas sobre o mérito. Assim, não se discorda de que havendo decisão sobre uma questão de mérito, caso a parte não apresente a impugnação ou o recurso pertinente, haverá preclusão e o trânsito em julgado. E, ainda que seja possível ação rescisória, este fato não muda. Por que mudaria em relação às

54. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 314.

55. “Art. 38 – Incompetenza. [...] L’incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio e casiprevistidall’articolo 28 sono rilevate d’ufficio non oltre l’udienza di cui all’articolo 183”; “Per individuare ipotesi di preclusioni, basta dare uno sguardo a queste pagine; abbiamo, ad es., analizzato: a) l’art. 38, 2º”. (VERDE, Giovanni. *Diritto Processuale Civile – Parte Generale*. 3ª ed. Torino: Zanichelli Editore, 2012, p. 252).

56. “Nos estudos sobre a interpretação constitucional, foi desenvolvido o postulado da unidade da Constituição [...]. O mesmo se aplica à interpretação do Código de Processo Civil. O Código deve ser interpretado como um conjunto de normas orgânico e coerente. *Surge daí o postulado interpretativo da unidade do Código*.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 171).

57. “As questões do § 3º do art. 485 podem ser conhecidas a qualquer tempo; o juiz pode controlar a regularidade do processo, *mas desde que ainda esteja pendente e que não tenha havido preclusão a respeito*. Não se permite que o tribunal, no julgamento de um recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo que se trate de questão afeta à admissibilidade do processo, em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 786).

questões processuais? Não faz sentido, principalmente em face do atual conteúdo da primazia da análise do mérito (art. 4º, CPC).

O próprio Código de 2015 (art. 505), replicando o Código de 1973 (art. 471), traz como diretriz que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide”, com a ressalva da modificação dos fatos (fatos supervenientes). Ademais, reza o art. 507 que “é vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão”. Ao nosso entender, não há vedação à preclusão de questões decididas sobre o mérito ou sobre o processo.⁵⁸

Ressalta-se, por oportuno, que a *era* da supervalorização das normas processuais e do seu cientificismo, atrelada ao caráter genuinamente público e inquestionável, está sendo revigorada e não vem encontrando mais guarida tutelar o processo pelo processo. De sorte que o processo está para o direito substancial disputado, e não o contrário. Negar isso é negar o atual contexto dogmático e a diretriz do Código de Processo Civil de 2015 em suas normas fundamentais (art. 1º a 11).

Por essas razões, o sentido da expressão *em qualquer tempo e grau de jurisdição* deve ser compreendido como a possibilidade de abertura de um diálogo processual de questões ainda não decididas e não cobertas pela preclusão, a exemplo do art. 1.009, § 1º,⁵⁹ sempre atendendo ao contraditório efetivo e ao *direito de ser ouvido*.

Por isso, entende-se que não haveria uma unidade do sistema processual se só se admitisse a preclusão unicamente para as questões afetas à realização dos atos das partes, e não dos atos dos magistrados,⁶⁰ bem como a preclusão da matéria de mérito decidida, e não da questão processual já decidida e não impugnada via recurso.

58. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 255-257.

59. “Como bem apontou Calmon de Passos, se a decisão é recorrível, não se pode cogitar, no direito brasileiro, a possibilidade de reexame das questões já decididas. Se há possibilidades de recurso, há possibilidade de preclusão, não somente para as partes, mas também para o juiz”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 788).

60. “Também há preclusão lógica em relação ao juiz. Dá-se, por exemplo, quando ele concede tutela antecipada com base em abuso do direito de defesa (art. 331, I, CPC), o que é incompatível com a recusa em condenar o réu por litigância de má-fé com base no mesmo comportamento tido por abusivo. Também não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado do mérito (arts. 355-356, CPC), conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o juiz convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 495).

6.2. Convalidação e norma processual cogente – ordem pública processual

A *convalidação* extingue o defeito de invalidade,⁶¹ não podendo mais ser discutido,⁶² seja na *ausência de citação*, com o comparecimento espontâneo do réu, seja na *incompetência absoluta*, no *impedimento* ou na *suspeição* do juiz etc. Tudo isso, aliado com a situação jurídica da coisa julgada, perfaz uma das formas que comprova a inadequação dogmática defendida perante as questões de ordem pública absolutas e inderrogáveis no processo.

Exemplifica-se.

A competência é uma legitimação, conferindo ao órgão uma autorização e uma limitação no exercício do poder jurisdicional,⁶³ o qual é uno e indivisível. Assim, a legitimidade para o exercício hígido da jurisdição advém da competência. Por essa razão, a competência se afigura, tradicionalmente, como um dos *pressupostos* de validade do processo.

Quando se afirma que o *poder-jurisdição é uno e indivisível*,⁶⁴ intenta-se asseverar que todo magistrado possui o *mesmo poder*. Entretanto, o exercício do *poder-jurisdição* não pode ser realizado ao bel-prazer do seu detentor. Aí entra a norma de fixação da competência para legitimar a sua atuação e, ao mesmo tempo, autorizar e limitar o local (juízo) para o exercício do *poder-jurisdição*.

Uma simples prova de que todo magistrado possui o mesmo *poder-jurisdição* está na possibilidade de o juiz de direito estadual, em casos específicos, ser legitimado a exercer o *poder-jurisdição* nos casos que deveriam ser julgados no juízo federal (art. 109, § 3º, CF) e no juízo trabalhista (art. 112, CF). Dessa forma, verifica-se que o poder é o mesmo, porém o exercício dele é legitimado pela norma de competência, a qual autoriza e limita o exercício do *poder-jurisdição* para determinado lugar (juízo).

Dessa forma, quando se observa que não há legitimação para o exercício regular do *poder-jurisdição*, constata-se a *incompetência*, vale dizer, aquele juízo, foro, local ou órgão não possui legitimidade e não está autorizado a exercer o *poder-jurisdição*.

61. “Temos por *convalidação* a extinção do defeito invalidante dos atos jurídicos por consequência do ato-fato jurídico da prescrição e da decadência, isto é, o aperfeiçoamento do ato jurídico nulo ou anulável *sem atuação volitiva juridicamente relevante*, expressa ou tácita, do interessado”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270).

62. “Ademais, a convalidação de vícios também ocorre, via de regra, pelo trânsito em julgado da sentença. Pode-se dizer, noutros termos, que, na convalidação, o vício é simplesmente ‘ignorado’, em razão da omissão do interessado, aliada ao decurso do prazo para alegação do defeito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103).

63. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

64. “Não há mais de um tipo de jurisdição. A jurisdição, como manifestação do poder soberano, é uma e indivisível. As repartições ou classificações que são feitas consistem em critérios de divisão de competências, e não de jurisdição”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95).

Assim, em face das situações jurídicas oriundas das normas de competência, a doutrina classifica a competência como *relativa* e *absoluta*, gerando, por sua vez, situações de incompetência *relativa* e *absoluta*.

A *competência relativa* verifica-se quando a norma de competência admite negócio das partes ou há possibilidade de *convalidação* (art. 65).⁶⁵ É dizer, o vício desaparece, não havendo mais a necessidade de correção do ato, pois se extingue o defeito, sem o ato *volitivo* das partes.⁶⁶ Já a *competência absoluta*, como regra, não é passível de disposição das partes, normalmente se identificando em razão da matéria e da função, com a ressalva de alguns casos em razão do território (art. 47, §§ 1º e 2º),⁶⁷ podendo ser suscitada de ofício (art. 64, § 1º). Caso não observada, ocorreria a *incompetência absoluta*, o que, comumente, se caracteriza como matéria de ordem pública.⁶⁸

Contudo, identificar a incompetência absoluta como questão de ordem pública não encontra sustentação dogmática, haja vista a ordem pública tratar suas situações como *insanáveis* e *inderrogáveis*. Mas se pode identificar que a incompetência absoluta é uma situação jurídica processual passível de *sanação* e *convalidação*, como segue.

O art. 64, § 4º,⁶⁹ do Código de Processo de 2015 admite que mesmo com o vício de incompetência absoluta, o ato decisório continue produzindo efeitos. Além disso, é possível a correção do ato através da *confirmação*,⁷⁰ na linguagem civilista – o que perfaz a *sanação* do ato decisório praticado pelo juízo incompetente, tornando a situação jurídica da incompetência absoluta *sanável*.⁷¹

65. “Art. 65. Prorroga-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação”.

66. “Tratando-se de ato-fato jurídico, embora haja conduta e mesmo que haja vontade consciente, a norma jurídica a recebe sempre como avolitiva. Por isso, a invalidade se extingue sem ato volitivo do interessado, inclusive, mesmo contra a sua vontade”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270).

67. “Art. 47. Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa. § 1º O autor pode optar pelo foro de domicílio do réu ou pelo foro de eleição se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova. § 2º A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta”.

68. “A incompetência *absoluta* corresponde à violação de normas de interesse e ordem pública e a incompetência *relativa* à violação de meras normas de interesse e ordem particular. O regime da incompetência *absoluta* tem, por isso, um tratamento mais severo do que o correspondente à incompetência *relativa*”. (AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 135).

69. “§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

70. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 277.

71. “No direito processual as nulidades são sempre sanáveis pela repetição do ato, naquilo que não possa ser aproveitado”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade.

Ademais, ainda que a incompetência absoluta enseje possibilidade de ação rescisória (art. 966, II), além de se mostrar incoerente com o procedimento do art. 64, § 4º, traduz outro argumento para qualificá-la como de ordem pública. Porém, na verdade, mostra-se uma possibilidade de *sanação*, é dizer: desconstituída a coisa julgada, o Tribunal deverá remeter os autos ao juízo declarado competente, seguindo o procedimento do art. 64, §§ 3º e 4º.⁷²

Caso transcorrido o prazo para a propositura da ação rescisória, ocorrerá a *convalidação* dos vícios, vale dizer: extingue-se o defeito de invalidade,⁷³ não podendo mais ser discutido,⁷⁴ por garantia da segurança jurídica.

Por essas razões, a incompetência absoluta não pode ser titulada como questão de ordem pública, já que não encontra sustentação dogmática imposta por esse fenômeno, seja insanável ou inderrogável. Na verdade, a incompetência absoluta consiste numa situação oriunda da *norma processual rígida*, a qual pode gerar *atos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico*, com a possibilidade de *sanação ou convalidação*.

Com a *convalidação* do ato decisório, vence a circunstância da ordem pública processual absoluta e inderrogável e todas as situações se estabilizam, tudo em atenção à segurança jurídica que impõe o próprio sistema processual (arts. 502 e 508, CPC).

6.3. Renúncia e norma processual cogente – ordem pública processual

A renúncia é um ato jurídico unilateral de vontade, no qual o titular de um direito abdica do próprio direito ou do seu exercício.⁷⁵

10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276).

72. MEDINA, José Miguel Garcia. *In Comentários ao Código de Processo Civil*. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.250.

73. “Temos por *convalidação* a extinção do defeito invalidante dos atos jurídicos por consequência do ato-fato jurídico da prescrição e da decadência, isto é, o aperfeiçoamento do ato jurídico nulo ou anulável *sem atuação volitiva juridicamente relevante*, expressa ou tácita, do interessado”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270).

74. “Ademais, a convalidação de vícios também ocorre, via de regra, pelo trânsito em julgado da sentença. Pode-se dizer, noutros termos, que, na convalidação, o vício é simplesmente ‘ignorado’, em razão da omissão do interessado, aliada ao decurso do prazo para alegação do defeito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103).

75. “A previsão de renúncia ao direito de propriedade do art. 1.275 do Código Civil é esclarecedora. Pode-se renunciar ao exercício do direito de propriedade conforme regulamenta o referido dispositivo legal. Contudo, a renúncia ali operada diz tão-somente com o *direito àquela propriedade* sobre a qual se renunciou e não com o direito de propriedade constitucionalmente previsto (art. 5º, inc. XXII). Renuncia-se, portanto, ao exercício determinado do direito de propriedade sobre uma *propriedade específica*, mas não à possibilidade jurídica – conferida pelo direito fundamental à propriedade – de ser proprietário” (ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 56).

Assim, em face do critério dualista de disponibilidade *versus* indisponibilidade, interesse privado *versus* interesse público, a doutrina também vem identificando a questão de ordem pública processual como questão irrenunciável. No entanto, não se concorda com esse critério de observação, pois se mostra plenamente possível a disposição através da *renúncia* de questões denominadas como de ordem pública processual, entre as quais se pode citar a renúncia ao próprio exercício da jurisdição estatal ou ao órgão investido na jurisdição para determinado caso,⁷⁶ com a fixação da convenção arbitral e a possibilidade de negócio com o objetivo de renúncia à coisa julgada.

Como regra, a coisa julgada é uma situação jurídica oriunda de um fato jurídico da composição normativa de uma decisão judicial e seu trânsito em julgado, tornando-a imutável e indiscutível (art. 502, CPC).⁷⁷ Consoante já visto, ressalvadas as possibilidades de novas discussões através da ação anulatória e da ação rescisória, a coisa julgada, como garantia constitucional da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF),⁷⁸ está para a *convalidação* das questões postas no processo civil, inclusive das questões ditas de ordem pública processual – fato este reconhecido até por quem defende a ordem pública no processo.⁷⁹

Assim, não se pode identificar a coisa julgada como de ordem pública, por não se enquadrar na dogmática imposta pela compreensão da ordem pública. Pois, em que pese a segurança jurídica encampada com a imutabilidade de determinadas questões do ato decisório, ela não é absoluta, haja vista existirem instrumentos que permitem o seu controle, bem como ainda há teses que defendem a *relativização atípica da coisa*

76. “Por sua vez, somente a existência de órgão estatal investido de jurisdição e o impedimento do juiz são defeitos agudos e que merecem um tratamento processual compatível com a gravidade considerada dentro do sistema processual, que por sinal é atemporal, não variando com o tempo e espaço em que é analisada e nem por razão de política legislativa ou judiciária”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 474).

77. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 583.

78. “De direitos, visto que as proteções, pelo art. 5º, XXXVI, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada traduzem a eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica, orientada a determinado sujeito e a determinado caso concreto, garantindo o exercício de direitos específicos”. (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 262).

79. “Uma vez resolvida a questão de direito material submetida ao Judiciário, com decisão de mérito transitada em julgado, tudo o que se poderia discutir naquela relação processual fica definitivamente resolvido, sejam as questões de fundo – coisa julgada material, que impõe a imutabilidade dos efeitos daquela decisão, neste e em qualquer outro processo –, sejam as questões de forma, relacionadas ao próprio instrumento, entre as quais se incluem as questões de ordem pública processuais”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 190-191).

julgada por critérios de justiça e inconstitucionalidade,⁸⁰ com vozes contrárias,⁸¹ com as quais se comunga.

O sistema processual proporciona várias oportunidades de impugnar as possíveis inconstitucionalidades e injustiças, durante todo o desenvolvimento do processo, inclusive após o trânsito em julgado. Após tudo isso, resta tão só conviver com o risco de constatar uma possível decisão injusta, por não atender às garantias de higidez do processo civil, mas sem a possibilidade de nova discussão. É que o *direito não socorre os que dormem*. A coisa julgada está para segurança jurídica e estabilidade – “ruim com ela, muito pior sem ela”.⁸²

Ademais, embora não se admita a relativização atípica da coisa julgada, a doutrina começa a constatar a possibilidade de negócio jurídico processual em relação à coisa julgada, em face da cláusula geral negocial (art. 190), propondo a possibilidade de *negócio jurídico sobre os efeitos da decisão*, *negócio jurídico sobre exceptio rei iudicatae*, *negócio sobre o direito à rescisão* e *negócio jurídico para afastar a coisa julgada*.⁸³ São situações que desnaturam a percepção da ordem pública indisponível e absoluta.

-
80. DELGADO, José. *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In Revista de Processo. Vol. 103/2001. Jul.-Set. 2001. p. 9-36.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In Revista de Processo. Vol. 109/2003. Jan.-Mar. 2003. p. 9-38.
81. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada e a questão da relativização da coisa julgada*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 181-191; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 176-178; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 632-635.
82. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 635.
83. “b) *negócio jurídico sobre os efeitos da decisão*: trata-se de negócio permitido; é possível renúncia ao crédito reconhecido judicialmente, as partes podem transigir a respeito desse mesmo direito; nada impede que pessoas divorciadas voltem a casar-se entre si etc. c) *negócio jurídico sobre exceptio rei iudicatae*: trata-se de pacto para que a parte não alegue a objeção de coisa julgada. A parte renuncia ao direito de opor a coisa julgada, em eventual demanda que lhe seja dirigida. d) *negócio sobre o direito à rescisão*: as partes renunciam ao direito à rescisão da decisão, à semelhança do que podem fazer com o direito ao recurso. Trata-se de negócio lícito, sendo o direito disponível. Rigorosamente, esse negócio não é processual: abre-se mão do direito potestativo material à rescisão da decisão. Trata-se de negócio permitido. e) *negócio jurídico para afastar a coisa julgada*. É possível, com base no art. 190, que as partes afastem a coisa julgada. As partes resolvem que determinada questão pode ser novamente decidida, ignorando a coisa julgada anterior. Nesse caso, o acordo impede que o juiz conheça de ofício a existência da coisa julgada anterior”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 591-592).

A coisa julgada, como uma garantia constitucional, está para o Estado Constitucional, vislumbrando-se uma situação jurídica ligada a fatos jurídicos oriundos da *norma processual rígida* e sendo percebida como uma questão de *ordem constitucional e democrática processual*, no sentido de garantir a legalidade, a segurança jurídica e a confiança legítima.

6.4. Sanação e norma processual cogente – ordem pública processual

Outro ponto que a doutrina defende como forma de sustentar a argumentação das questões de ordem pública processual é a ideia da insanabilidade, no sentido de que elas gerariam, caso violadas, vícios que seriam insanáveis.

Assim, verifica-se que a perspectiva da questão insanável também não encontra sustentação dogmática, pois *sanar* ou *sanação*⁸⁴ possuem o sentido de *corrigir, reparar* ou *fazer o correto*. Portanto, *insanável* seria a possibilidade de *não corrigir, não reparar* ou *não fazer o correto*. Entre as possibilidades de *sanação* destacam-se a *incompetência absoluta, o impedimento do juiz, a coisa julgada, a legitimidade processual, o interesse processual*, requisitos recursais, bem como o prequestionamento e a repercussão geral (arts. 1.032 e 1.033, CPC).⁸⁵

Desse modo, diante da perspectiva do Código de Processo de 2015 – o qual adotou o princípio da *sanabilidade dos atos processuais defeituosos* –, não há de se falar em questões insanáveis como fundamento de uma situação de ordem pública processual; até mesmo a perspectiva da *ausência de citação* não é uma questão insanável, mas *sanável a qualquer tempo*.

Como regra, a citação é um ato de comunicação processual pelo qual são *convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual* (art. 238, CPC), considerando-se um dos pressupostos de validade ao processo, ressalvados os casos de julgamento de improcedência liminar (art. 332, CPC) e do indeferimento da petição inicial (art. 330, CPC).

O texto normativo referente à *ausência de citação*, em nossa concepção, pode gerar duas situações jurídicas distintas: tanto a convalidação ou regularização (art.

84. “A *sanação*, ao contrário, ocorre como resultado de ato de vontade relevante (=negócio jurídico) praticado com o fim de remover o defeito invalidade, o que depende, portanto, de que haja manifestação expressa ou tácita do elemento volitivo. Na *sanação* há a consciência e a vontade de considerar o ato como válido, sabendo-se de sua invalidade”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270-271).

85. “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional”.; “Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

239, § 1º, CPC) como a possibilidade de correção a qualquer tempo (= sanação), por intermédio de ação anulatória com base no art. 239, CPC. Vale dizer: neste ponto, a ausência de citação é *sanável a qualquer tempo*.

Explica-se.

Há um costume de se identificar a *ausência de citação* como questão *insanável*,⁸⁶ titulando-a, por esse motivo, como questão de *ordem pública processual*, inclusive por gerar vícios *transrescisórios*.⁸⁷ Todavia, entende-se que a situação jurídica processual da ausência de citação revela uma questão *sanável a qualquer tempo*, com a possibilidade de correção ou reparação. Pois, com a propositura da *querela nullitatis*, os atos decisórios serão anulados e volta-se ao momento da citação, para que ela seja legalmente realizada e o processo siga o seu curso normal (= hígido).

Portanto, *sanar* ou *sanação*,⁸⁸ como visto, possui o sentido de *corrigir, reparar ou fazer o correto*. Desta forma, *insanável* seria a possibilidade de *não corrigir, não reparar ou não fazer o correto* – o que não se mostra no caso.⁸⁹ A própria doutrina defende que o Código de Processo de 2015 adotou o princípio da *sanabilidade dos atos processuais defeituosos*.⁹⁰

Por essa razão, entende-se que a *ausência de citação* mostra-se uma situação jurídica processual gerada por fatos jurídicos de normas processuais que se denominam, neste estudo, de *normas híbridas*, por possuírem tanto consequências de *normas processuais rígidas* como de *normas processuais flexíveis*, conforme se observa no tópico 7.1.3. deste artigo.

Desta forma, não há de se falar em questão de ordem pública processual *insanável* na situação de ausência de citação, uma vez que, como constatado, há possibilidade de maior grau de regularização (art. 239, § 1º, CPC), mostrando-se uma situação

86. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória*. In Revista de Processo. Vol. 12, n.º 48. out./dez. 1987. p. 27-44.; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Réu revel, vício de citação e querela nullitatis insanabilis*. In Revista de Processo. Vol. 164/2008, out./2008. p. 84-108.

87. TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria Geral do Processo: em conformidade com o novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 169.

88. “A *sanação*, ao contrário, ocorre como resultado de ato de vontade relevante (=negócio jurídico) praticado com o fim de remover o defeito invalidade, o que depende, portanto, de que haja manifestação expressa ou tácita do elemento volitivo. Na *sanação* há a consciência e a vontade de considerar o ato como válido, sabendo-se de sua invalidade”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270-271).

89. Em que pese ainda defenda a nomenclatura *insanável*, Teresa Arruda Alvim admite a sanabilidade das nulidades absolutas, ao asseverar que “são vícios insanáveis, pois que maculam irremediavelmente o processo. Mas não são insanáveis relativamente à perspectiva de que o vício seja efetivamente corrigido”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 220).

90. “O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos”. (Enunciado n.º 278 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

jurídica gerada por fatos jurídicos oriundos de *normas processuais flexíveis*, bem como também se revela questão *sanável a qualquer tempo*, por ação anulatória (art. 239, CPC), ocasionando uma situação jurídica *com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*, em face da possibilidade da nulidade dos atos decisórios e de boa parte do processo, o que caracteriza a percepção das *normas processuais* que se denominam de *rígidas*.

6.5. Negócio jurídico e norma processual cogente – ordem pública processual

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e a introdução da cláusula geral negocial (art. 190), torna-se bastante complicado enxergar a limitação de autonomia das partes em dispor sobre o processo e o procedimento civil. Atualmente, este se mostra um dos grandes desafios da doutrina processual.⁹¹

As questões tituladas como de ordem pública processual, ao contrário do que se pensa, também não escapam da possibilidade de negócio jurídico, entre as quais se destacam as situações de fixação da incompetência absoluta do juízo estatal, através da convenção arbitral, o *negócio processual sobre legitimidade extraordinária*, os *negócios processuais coletivos*⁹² e os *negócios processuais sobre coisa julgada*, conforme verificado no tópico 5.3 deste artigo.

Desse modo, não vem se revelando adequada a dogmática dualista (disponível e indisponível) de uma total *indisponibilidade* das situações ligadas ao interesse público, na qual o conteúdo de ordem pública estaria inserido.

7. MUDANÇA DE PARADIGMA E A ADEQUAÇÃO DOGMÁTICA CONTEMPORÂNEA DA NORMA PROCESSUAL COGENTE – ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL

Por tudo aqui tratado, resta demonstrado que a dogmática proposta para tutelar a norma cogente processual – ordem pública no processo – requer ajustes e adequações, no sentido de amoldar-se ao momento dogmático contemporâneo.

Assim, normalmente, quando há uma proposta de virada em determinado paradigma, na maioria das vezes, imprime-se uma nova perspectiva terminológica. Entende-se que a necessidade de uma nova nomenclatura para as normas com um grau visível de *cogência* se impõe e se mostra premente para uma simplificação e uma melhor compreensão metodológica do tema até aqui enfrentado.

Dessa forma, como uma maneira de melhor adequar as questões dogmáticas às questões pragmáticas do processo civil contemporâneo, vislumbra-se que uma

91. Sobre o assunto confira: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

92. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 444.

expressão que minimiza a noção indeterminada e ininteligível que a *norma cogente processual – ordem pública processual* – traz consigo, parece traduzir melhor a sistemática atual da ideia extraída da expressão *norma processual rígida* como corolário de uma *ordem constitucional e democrática processual*.

Explica-se.

Pretende-se adequar a terminologia ao momento dogmático contemporâneo do processo civil brasileiro, atualmente marcado pela influência do constitucionalismo.⁹³ Chega-se à referida expressão partindo da compreensão da classificação das Constituições quanto à sua estabilidade, pois esta classificação envolve justamente o campo de verificação das questões denominadas de ordem pública processual.

Sabe-se que neste segmento as Constituições se classificam, em geral, como imutáveis, fixas, rígidas, flexíveis e semiflexíveis, no sentido de garantir uma maior ou uma menor supremacia das normas constitucionalizadas.

Ressalta-se, por oportuno, que na história constitucional brasileira,⁹⁴ a única Constituição que refletiu durante um tempo a imutabilidade foi a Constituição Imperial de 1824 (art. 174)⁹⁵ – o que somente exterioriza uma marca do absolutismo monárquico da época, marcado pela ideia absolutista que a cogência e a ordem pública muitas vezes impõem.

Devido à cogência e à ordem pública terem como fundamento um juízo de total imutabilidade e estanque – o qual não se mostra adequado ao contexto processual contemporâneo –, o contraponto para se garantir a segurança jurídica do sistema jurídico firma-se na rigidez normativa, como resta demonstrado pela doutrina constitucional⁹⁶ no desenvolvimento das Constituições escritas.

Claro, se se partir da premissa de que existem normas que possuem uma carga maior de relevância, porém com a possibilidade, em certos casos, de dinamização

93. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo. Ano 37. vol. 209. Julho, 2012, p. 351.

94. PINHEIRO NETO, Othoniel. *Curso de direito constitucional*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2016, p. 51-53.

95. “Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles”. – Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25.3.1824.

96. “A rigidez traduz-se fundamentalmente na atribuição às normas constitucionais de uma capacidade de *resistência à derrogação* superior à de qualquer lei ordinária. Significa isto que a Constituição (normas constitucionais) só pode ser modificada através de um *procedimento de revisão específico* e dentro de certos limites (formais, circunstanciais e materiais) como se verá no estudo sobre o procedimento de revisão”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 215).

(*renúncia, convalidação, sanação, preclusão e negócio*), no sentido de adequação às situações jurídicas postas em análise.

Passa-se a atribuir a esse tipo de norma a terminologia *norma processual rígida*, destacando-se também a existência, no processo civil contemporâneo, de *normas processuais flexíveis* e de *normas processuais híbridas*, as quais possuem as características das normas *rígidas* e *flexíveis*, a depender do momento e das circunstâncias em que efetivamente possam incidir.

Assim, prefere-se sair de uma classificação teórica essencialmente dualista e polarizada – cogente e dispositiva; ordem pública e ordem privada –, aplicando-se uma metodologia que integra perspectivas, com a possibilidade de inclusão, e não de exclusão com um corte cartesiano.

7.1. Compreensão e classificação das normas no processo civil contemporâneo

Ressalta-se, para fins metodológicos deste estudo, que se utiliza a compreensão da norma processual, seguida das diretrizes iniciais, como sendo “aquela de cuja incidência resulta um fato jurídico processual; seu conseqüente normativo se direciona a estruturar um procedimento, atual ou futuro, ou algum de seus atos ou, ainda, a criar, alterar ou extinguir situações jurídicas processuais”.⁹⁷

Assim, partindo da premissa estabelecida neste artigo, como forma de simplificar o sistema normativo do processo civil contemporâneo, podem-se classificar as normas processuais em: a) *normas processuais rígidas*; b) *normas processuais flexíveis*; e c) *normas processuais híbridas*.

7.1.1. Norma processual rígida

As *normas processuais rígidas* são compreendidas como normas que podem gerar, caso incidam, *fatos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*, com uma *menor possibilidade de flexibilização para sanação, renúncia, negócio jurídico, preclusão ou convalidação*.

A expressão “*grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*” deve ser compreendida com o olhar nas conseqüências práticas das situações jurídicas provocadas pela não observância das *normas processuais rígidas*.

Por exemplo, a situação jurídica provocada pela arguição da incompetência absoluta em sede recurso ou ação rescisória poderá provocar um grau de tensão e desequilíbrio ao desenvolvimento hígido (= normal) do processo, no sentido de

97. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 20ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 75.

provocar o retorno da discussão com a possível desconstituição de atos decisórios, desnaturando a própria essência etimológica do termo processo, é dizer, caminhando para trás ao invés de marchar para frente, na busca de uma decisão de mérito, em tempo razoável, justa e efetiva.

Essas consequências não impõem, por si sós, a condição de norma intocável, imutável ou de ordem pública, mas revigoram a garantia da segurança jurídica e da confiança legítima.

Vale dizer, malgrado possuam a rigidez como característica, as normas processuais rígidas, em determinados casos, são afetadas à *renúncia* e à *sanação*, com a *correção* dos atos, aos *negócios jurídicos*, bem como são passíveis de *regularização*, com a *convalidação* e extinção dos defeitos dos atos através da coisa julgada. Entre elas, destacam-se: a incompetência absoluta, o impedimento do juiz, a ilegitimidade e a ausência de interesse processual.

7.1.2. Norma processual flexível

As *normas processuais flexíveis* são compreendidas pelas normas que podem gerar, caso incidam, *atos jurídicos que implicam situações jurídicas com baixo grau de tensão e desequilíbrio à rigidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*, com a possibilidade de *maior flexibilização para correção, negócio, preclusão, renúncia ou regularização*.

A expressão “*baixo grau de tensão e desequilíbrio à rigidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*” também deve ser compreendida com o olhar nas consequências práticas das situações jurídicas provocadas pela não observação das *normas processuais flexíveis*.

Por exemplo, a situação jurídica provocada pelo não atendimento do art. 319, VII, CPC, o qual impõe como requisito da petição inicial a opção do autor pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação. Nesta oportunidade, o magistrado deverá mandar emendar a petição inicial (art. 321, CPC). Outro exemplo é o da ausência de arguição da incompetência relativa por parte do réu (art. 337, II, CPC), caso em que haverá a prorrogação da competência (art. 65, CPC).

As *normas processuais flexíveis* possuem um baixo grau de tensão ao desenvolvimento regular do processo, pois há uma maior possibilidade de flexibilização e superação de vícios processuais (art. 282, § 2º, CPC). Podem-se destacar os requisitos da petição inicial, a saber: capacidade postulatória, capacidade processual, incompetência relativa, incorreção do valor da causa etc.

7.1.3. Norma processual híbrida

As *normas processuais híbridas* podem apresentar tanto as *características* das *normas processuais rígidas* como as das *normas processuais flexíveis*, a depender do momento e das circunstâncias em que efetivamente tais normas possam incidir.

Como identificado, a ausência de citação pode provocar duas situações jurídicas distintas, uma ligada à compreensão de *norma processual flexível* e outra à *norma processual rígida*.

Na primeira, o réu ou executado aparece espontaneamente no processo, ainda que não seja citado; o vício processual é sanado sem a necessidade de realização de outro ato (art. 239, § 1º, CPC), característica da *norma processual flexível*, gerando um baixo grau de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico.

Na segunda, caso haja ausência de citação e o réu não participe do processo, ainda que advenha a coisa julgada, é possível a ação anulatória para declarar nulo o processo, inclusive desconstituindo os atos decisórios e, por consequência, a coisa julgada (art. 239, CPC). Isso caracteriza a perspectiva da *norma processual rígida*, porquanto essa situação jurídica provoca um grau elevado de tensão e desequilíbrio ao desenvolvimento regular do processo, retornando toda a discussão para o momento da citação.

Além desses exemplos, podem-se destacar como *normas processuais híbridas* a existência de órgão investido na jurisdição, a falsidade de documento e a convenção de arbitragem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme as constatações apresentadas, pode-se afirmar que o valor metafísico intitulado de *ordem pública* como uma *situação jurídica processual* tratada como *inderrogável, insanável, irrenunciável, indisponível e não sujeita à preclusão* – assim pensada desde a tradução francesa do termo, na interpretação e na sua implementação dos textos romanos, e replicada em vários sistemas jurídicos do mundo – não vem encontrando sustentação dogmática no processo civil contemporâneo brasileiro.

Independentemente do título de ordem pública que se possa atribuir a determinadas situações jurídicas, as suas consequências ocorrerão conforme os preceitos normativos descritos pela norma processual.

Como visto, nas questões denominadas como de ordem pública processual, em que pese possuam lugares-comuns à ideia de interesse público ou de Direito Público, constata-se que o sistema normativo processual brasileiro, para a própria segurança jurídica, coerência e estabilidade sistêmica, admite situações de *preclusão, convalidação, renúncia, sanção* e de *negócio jurídico*.

Assim, como forma de adequar o tema à dogmática contemporânea, propõe-se uma nova classificação das normas processuais, as quais se apresentam sistematicamente de maneira rígida (*normas processuais rígidas*), flexível (*normas processuais flexíveis*) e híbrida (*normas processuais híbridas*). Pois essas normas, em menor ou maior grau, são afetas às questões acima expostas.

Em razão disso, não se tem a pretensão de exclusão, mas de revigoração e adequação sistêmica. Não obstante, não se pode nem se pretende extirpar a expressão

“ordem pública” do sistema jurídico brasileiro, mas simplificar e minimizar a sua utilização, sob pena de se criar tautologias desnecessárias, inúteis aos normativos jurídicos postos, que venham a ser utilizadas como fundamento retórico para o cometimento de arbitrariedades e abusos dos aplicadores do direito.

Conclui-se que a *era da ordem pública processual* passou e não encontra guarida dogmática no processo civil contemporâneo, dando lugar à *era da ordem constitucional e democrática processual*, percepção à qual se associa a ideia de *norma processual rígida*, *norma processual flexível* e *norma processual híbrida*, bem como os fundamentos do Estado Constitucional, exteriorizados na *legalidade*, *igualdade*, *segurança jurídica*, *confiança legítima*, *liberdade*, *legitimidade* e *participação*.

REFERÊNCIAS

- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CATÃO, Adrualdo de Lima. *Teoria do Fato Jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro*. In: Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal. Org. João Calvão da Silva [et. al.]. São Paulo: Forense, 2017.
- _____. *O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo. Ano 37. Vol. 209. Julho, 2012.
- _____. *Jurisdição e Competência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Direito Intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 20ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coordenadores). *Processo Civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.
- KRELL, Andreas J. *A Relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno Direito Constitucional e Administrativo*. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no especial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I, atualizado por Judith Martins-Costa [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. arts. 1º-45. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- _____. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsóji, 1972.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SAEZ, Guy [et. al.]. *L'État sans qualités*. France: Presses Universitaires de France – PUF, 1982.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: do modelo juspositiva-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

¿*Seriatim* o *per curiam*? Modelos de decisiones colegiadas emitidas por las cortes constitucionales¹

Seriatim or *per curiam*? Models of collegiate decisions issued by the constitutional courts

Jose Angel Cornielles-Hernández

Master's degree in Procedural Law from the Federal University of Espírito Santo, Brazil

Resumen. Se estudian los modelos *per curiam* y *seriatim* de las cortes constitucionales usando como ejemplos los procesos para la emisión de decisiones colegiadas en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y del Supremo Tribunal Federal de Brasil, cada uno diseñado para ajustarse al modelo de precedentes que ha sido incorporado en los ordenamientos jurídicos en los que se desenvuelven. Se

1. Este artículo es el resultado de las actividades del grupo de investigación “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo - FPCC”, vinculado a la Universidad Federal do Espírito Santo - UFES, registrado en el “Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa CNPq”. El grupo de investigación “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo - FPCC” es financiado por la FAPES (Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado do Espírito Santo). Además, este grupo es fundador de “ProcNet - Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

defiende que pueden existir modelos únicos con tendencia a la adecuación de sus procesos decisorios para la formación y aplicación de precedentes.

Palabras clave: Cortes constitucionales - Proceso decisorio - *per curiam* - *seriatim* - Sala Constitucional Venezolana - Supremo Tribunal Federal brasileño.

Abstract. The *per curiam* and *seriatim* models of the constitutional courts are studied using as examples the decision making processes for the issuance of collegial decisions in the Venezuelan *Sala Constitucional* and the Brazilian *Supremo Tribunal Federal*, each designed to conform to the model of precedents that have been incorporated into the legal systems in which they operate. It is argued that there may be unique models with a tendency to adapt their decision-making processes for the formation and application of precedents.

Keywords: Constitutional courts - Decision making process - *per curiam* - *seriatim* - Venezuelan *Sala Constitucional* – Brazilian *Supremo Tribunal Federal*.

Índice. 1. Introducción: La cuestión de las Cortes Constitucionales. 2. ¿*Seriatim* o *per curiam*? 3. Dos modelos: Brasil y Venezuela. 4. Conclusiones. 5. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN: LA CUESTIÓN DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

Las cortes constitucionales se definen como órganos jurisdiccionales colegiados deliberativos, competentes para resolver casos relevantes y trascendentes en materia constitucional en última instancia, con el fin de otorgar consistencia y coherencia al ordenamiento jurídico mediante la formación y aplicación de precedentes. Así, son órganos jurisdiccionales que esencialmente ejercen la función de producción de normas jurídicas mediante la interpretación del derecho para ser aplicadas a casos concretos en una actividad que sirve para construir (o reconstruir) el ordenamiento jurídico.²

2. Cappelletti enseña que en la interpretación de los jueces está implícito cierto grado de creatividad. Explica que no existe oposición entre los conceptos de interpretación y creación del derecho, sino que el verdadero problema radica en el grado de creatividad y en los modos, límites y la legitimidad de la creación del derecho por obra de los tribunales. Se trata en todo caso de un derecho creado sin arbitrariedad porque se somete a la ley y a los precedentes. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. pp. 20 y ss. Casal, argumenta que los pronunciamientos jurisdiccionales poseen una carga creativa en el sentido que el juez participa en la “construcción” del Derecho considerando que en ese proceso las normas legales sufren en alguna medida una transformación. En tal sentido, véanse: CASAL, Jesús María. *Constitución y justicia constitucional: los fundamentos de la justicia constitucional en la Carta Magna*. Caracas: UCAB, 2000. pp. 108-109, nota 30. Marinoni, explica que cuando las cortes atribuyen sentido y unidad al Derecho, crean algo nuevo que se incorpora al ordenamiento jurídico. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*. Lima: Raguel, 2015.

En ese sentido, las características esenciales que describen a las cortes constitucionales son las siguientes: jurisdiccionalidad, colegialidad, deliberación, relevancia y trascendencia de los casos que están llamadas a resolver, jerarquía y competencia para formación y aplicación de precedentes.

Se trata de órganos que ejercen poderes políticos y sociales determinantes en la mayoría de las democracias del mundo contemporáneo, en las cuales es prácticamente incuestionable que la jurisdicción constitucional está completamente difundida y consolidada.³ Ciertamente, las cortes constitucionales son reconocidas como constantes parte del ideal moderno de democracia constitucional.⁴ En ese contexto, debe considerarse que entre democracia constitucional y la eficacia justicia constitucional existe un vínculo permanente.⁵

-
- p. 74. A este respecto, Oteiza explica que los jueces mediante sus sentencias realizan aportes para la *construcción* del orden jurídico con una finalidad privada, con respecto a la incidencia de la decisión en las partes y, con finalidad pública, dado que el interés general exige coherencia de esas decisiones; y agrega que ciertamente existen coincidencias sobre el aporte de jueces y legisladores, sin embargo, cada uno ejerce roles distintos desde lugares diferentes, e incluso interactúan, en la consolidación y evolución de los ordenamientos jurídicos. Cf. OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 187, sep./2010. Versión digital. Por su parte, Mitidiero defiende la idea que esa actividad del juez al interpretar el derecho positivo es propiamente de “reconstrucción” del ordenamiento jurídico, y surge como respuesta a las posiciones que argumentan sobre la *creación* del derecho por los jueces como si se tratase de un tipo de legislador. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Versión digital. En el mismo sentido, cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. También se refiere a la actividad del juez como mecanismo de *reconstrucción* del ordenamiento jurídico: DIDIER JR., F.; BRAGA, P.; OLIVEIRA, R. *Curso de direito processual civil, v. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 514.
3. VALE, André do. *Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015. p. 35. Oteiza, enseña que las cortes son una pieza clave en la construcción del Estado de Derecho, ello, porque las normas jurídicas son una combinación entre las propuestas del legislador y la labor de los jueces. Cf. OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 187. sep./2010. Versión digital.
 4. MENDES, Conrado. *Constitutional Courts and deliberative Democracy*. United Kingdom: Oxford University Press, 2013. pp. 8-9. Para Mendes, un tribunal constitucional es un órgano deliberativo compuesto por varios miembros no electos que, cuando lo provocan actores externos (para promover su independencia e imparcialidad), puede conocer de la impugnación, por motivos constitucionales, de la legislación promulgada por un representante parlamento. Este órgano debe fundamentar sus decisiones y no se debe a la satisfacción periódica de los electores. MENDES, 2013. p. 9.
 5. FIX-ZAMUDIO, Héctor. La legitimación democrática del juez constitucional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús (Coord.). *El juez constitucional en el siglo XXI*. Tomo I. pp. 135-187. México: UNAM, 2009. p. 166. Disponible en: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2725-el-juez-constitucional-en-el-siglo-xxi-tomo-i>>. Acceso en: 06 ago. 2018.

La finalidad de una democracia constitucional es la tutela de los derechos incluso en contra de las mayorías.⁶ Así, la legitimidad de las cortes constitucionales se deriva principalmente de las constituciones que les otorgan la competencia para la protección de los derechos fundamentales de las personas aún de aquellas que representen las minorías sociales porque son instituciones encargadas de la defensa de derechos contra los peligros de la opresión mayoritaria.⁷ Y, aunque los jueces que las integran son electos de forma indirecta, existen bases suficientes para afirmar que existen otras fuentes que legitiman su funcionamiento dentro del Estado constitucional democrático.⁸

Ciertamente su legitimidad proviene de un lugar diferente, no parece justo aplicar a la actividad judicial los mismos criterios que legitiman la actividad legislativa.⁹ La legitimidad democrática del Poder Judicial, proviene exactamente de los principios y garantías que rigen el ejercicio de la función jurisdiccional, tales como la imparcialidad,

6. ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: O modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*. São Paulo: Atlas. 2. ed. 2014.
7. MENDES, Conrado. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana [et al.] (org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.
8. El tema de la legitimidad de las cortes constitucionales y tribunales supremos es objeto de amplias discusiones con las más diversas posiciones. Los problemas relativos a al ejercicio del poder judicial de competencias para anular actos de los demás poderes públicos con legitimidad directa por haber sido electos por los ciudadanos, fue planteado inicialmente por Alexander Bickel, quien lo denominó la dificultad contramayoritaria. Cf. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press. 2. ed. 1986 [1962]. pp. 16-23. En ese sentido, Waldron entiende que *legitimidad* se refiere a la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales y sostiene que es innegable que existan estos problemas en cuanto al control de la constitucionalidad, toda vez que inevitablemente las decisiones de las cortes no ostenten la misma base de legitimidad que las decisiones de un legislativo elegido, sin embargo, no niega que la legitimidad tenga múltiples fuentes que no se agotan en la perspectiva democrática. Cf. WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion*. vol. 27, n. 1, pp. 7-28. Chía: Universidad de La Sabana, jun./2018. pp. 16-17. Disponible en: <<http://ref.scielo.org/g89nfr>>. Acceso en: 04 sep. 2018. La dificultad contramayoritaria es denominada por Waldron como *dificultad democrática*, porque a su ver las cortes usan el método mayoritario para tomar sus decisiones, es decir, son instituciones mayoritarias; y, agrega, que cuando se da prioridad a la decisión de una mayoría judicial sobre la decisión de una mayoría legislativa, se irrespeta a los votantes individualmente considerados. Cf. WALDRON, 2018. pp. 19-20. Véase también, WALDRON, Jeremy. Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts? *The Yale Law Journal*. v. 123, n. 6, pp. 1626-2133. Abr./2014. p. 1726. Disponible en: <https://www.yalelawjournal.org/article/five-to-four-why-do-bare-majorities-rule-on-courts#_ftnref30>. Acceso en: 28 ago. 2018.
9. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 102. Cappelletti sostiene que la democracia no puede ser reducida simplemente a la idea de la mayoría. Un poder judicial razonablemente independiente de los caprichos de una mayoría momentánea, suficientemente activo, dinámico y creativo, puede representar una gran contribución con la democracia (cf. CAPPELLETTI, 1993, p. 107).

el contradictorio, la amplia defensa, la motivación de las decisiones, la publicidad, el control interno y hasta el control político.¹⁰

En efecto, el principal argumento a favor del papel de los tribunales constitucionales es percibirlos como los defensores de los derechos constitucionales contra las políticas decididas por las ramas políticas del estado y, en particular, de los derechos de las minorías contra la posible tiranía mayoritaria. Considerando que los parlamentos y el ejecutivo son los articuladores de la mayoría, sus actuaciones tienen que ser restringidas mediante los aspectos no mayoritarios de la democracia, de allí la esencia del constitucionalismo y la necesidad órganos encarados de imponer esas restricciones.¹¹

Ahora bien, aspectos institucionales referentes a las reglas y prácticas que orientan la fase de la construcción de las decisiones en las cortes constitucionales, esto es, garantía de colegialidad, presencia de deliberación y fundamentación adecuada de las sentencias, también constituyen una fuente de la cual emana su legitimidad.¹²

10. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014. Constitution and proceedings. The Judiciary as an Organ of Policital Control. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 249, nov./2015. Versión digital. Ada Pellegrini Grinover, argumenta que un sistema mayoritario, la voz de las minorías puede ser sofocada y solo puede hacerse oír por intermedio del Poder Judicial. Agrega que el hecho que el juez no sea electo lo hace mucho más inmune a las presiones políticas que se ejerce sobre los poderes mayoritarios que acaban por influir sobre sus elecciones.
11. Cf. SADURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Sydney: Springer, 2008. p. 84. Es la idea de un órgano fuerte e independiente que debía funcionar como fiel guardián de la Constitución a que se hizo alusión en *El Federalista* al referirse al Poder Judicial estadounidense, lo cual sería ejercido por la Corte Suprema. El *Federalista*, o *The Federalist Papers*, es una serie de ochenta y cinco artículos escritos entre octubre de 1787 y mayo de 1788, publicados para motivar a los ciudadanos de Nueva York a ratificar la Constitución de los Estados Unidos, que había sido redactada en Filadelfia durante el verano de 1787. Los ensayos, escritos por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, fueron publicados simultáneamente en varios periódicos del Estado de Nueva York, en forma anónima, bajo el seudónimo de *Publius*. Actualmente, El *Federalista* es utilizado para ayudar a interpretar la Constitución de los Estados Unidos. Al respecto, véase, GARCÍA GARCÍA, José Francisco. Tres aportes fundamentales de *El Federalista* a la teoría constitucional moderna. *Revista de derecho (Valdivia)*. v. 20, n. 1, p. 39-59, jul./2007. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100002>>. Acceso en: 19 abr. 2019. Sobre la justicia constitucional, Alexandre de Moraes, explica su legitimidad de partiendo de la compatibilidad entre el gobierno de la mayoría y el control jurisdiccional de constitucionalidad, y a su decir, se sustenta en tres aspectos: la complementariedad entre Democracia y Estado de Derecho para la protección de los derechos fundamentales de mayorías y minorías; la composición de los Tribunales Constitucionales, principalmente en la intervención de los demás poderes públicos en el procedimiento de escogencia de sus miembros; y, la fundamentación y aceptación popular de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, con relación a la motivación y publicidad de las sentencias. Cf. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2003. pp. 64-81.
12. Argumentando que los procedimientos que las cortes constitucionales usan para producir derecho pueden ayudar a evaluar su legitimidad, véase: PASQUINO, Pasquale. ¿Cómo deciden las Cortes Constitucionales? *Revista Jurídica Precedente*. vol. 9 Cali. pp. 9-43. jul.-dic./2016. Disponible en: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2424>>. Acceso en: 26 en.

Efectivamente, la legitimidad de la jurisdicción constitucional se conquista progresivamente, por ejemplo, mediante sus reglas y prácticas decisorias, toda vez que no existe una fórmula que legitime su actuación de manera instantánea como si puede ocurrir con el legislativo o el ejecutivo como consecuencia de los procesos electorales.¹³ Los modelos de justicia constitucional son diversos y en ese sentido, también son variados los modelos de cortes constitucionales diseñados por los ordenamientos jurídicos mundiales.¹⁴

Su ubicación dentro de la organización del Estado y la denominación con la que se les identifica, son aspectos comúnmente considerados, sin embargo, una noción actual avanza en otra dirección, incluso se acepta que estos órganos ejerzan competencias que no son estrictamente constitucionales.¹⁵ Además, una Corte Constitucional no solo

-
2018. p. 15. Es lo que Waldron denomina legitimidad institucional y funcional. Cf. WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion*. vol. 27, n. 1, pp. 7-28. Chía: Universidad de La Sabana, jun./2018. p. 18. Disponible en: <<http://ref.scielo.org/g89nfr>>. Acceso en: 04 sep. 2018. También discuten el tema: LORENZETTO, Bruno Meneses; SCHAITZA, Letticia de Pauli. Deliberação Interna e Legitimação das Cortes Supremas. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Porto Alegre, v. 12, n. 2, fev./2017. Disponible en: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72621/47094>>. Acceso en: 18 dic./2018.
13. Cf. BENVINDO, Juliano; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Do solipsismo supremo à deliberação racional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 50 jan.-jun./2017. pp. 151-152. Disponible en: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/682>> Acceso en: 20 dic./2018.
 14. Es preciso anotar que la frase *modelo de corte constitucional* se usa en el sentido de identificar el proceso decisorio diseñado para que un órgano colegiado de justicia constitucional, que actúa en última instancia para producir de manera conjunta una sentencia que tendrá efectos futuros. Esto se diferencia del *modelo de justicia constitucional*, que esencialmente hace referencia a la ubicación del órgano jurisdiccional dentro de la estructura del Estado, como parte integrante del Poder Judicial o fuera de éste. Sobre los modelos de justicia constitucional, véase: CANOTILHO, José. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina. 7. ed., 2003. pp. 895-896.
 15. Por ejemplo, Ferrer Mac-Gregor entiende los tribunales constitucionales son los altos órganos judiciales o jurisdiccionales, situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consiste en la resolución de conflictos o litigios derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional. Cf. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Santiago de Querétaro: Fundap, 2002. p. 59. Nótese que según esta definición se pueden ejercer competencias en otras materias que se deriven de la interpretación de la constitución, por ejemplo, en el ámbito infraconstitucional. En dirección similar, Fix-Zamudio, describe a las cortes constitucionales como organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de los conflictos directamente constitucionales que con independencia de su encuadramiento dentro o fuera del Poder Judicial deciden en última instancia sobre la interpretación definitiva de los principios, valores o normas constitucionales y por ello adquieren, aún cuando no se estatuya expresamente, el carácter de órganos autónomos constitucionales con funciones de carácter jurídico político. Cf. FIX-ZAMUDIO, Héctor. La legitimación democrática del juez constitucional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús (Coord.). *El juez constitucional en el siglo XXI*. Tomo I. pp. 135-187. México: UNAM, 2009. p. 163. Disponible en: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2725-el-juez-constitucional-en-el-siglo-xxi-tomo-i>>. Acceso en: 06 ago. 2018. Conviene destacar que estos autores no incluyen la colegialidad en sus definiciones.

vive decidiendo grandes temas y casos históricos. Ciertamente, una parte sustancial del trabajo judicial se enfoca en decisiones cotidianas, de reducido impacto y desprovisto de reflexiones más profundas.¹⁶⁻¹⁷

La denominación que se atribuye a esos órganos es diversa, por ejemplo, tribunal supremo, corte suprema, tribunal constitucional, corte constitucional, Sala Constitucional, Supremo Tribunal Federal, entre otras.¹⁸ Además, se les identifica por el lugar que ocupan dentro de la estructura del Estado, así, podrían estar ubicados dentro o fuera del Poder Judicial¹⁹ y pueden ejercer otras competencias, como ocurre en la Sala Constitucional venezolana y en el Supremo Tribunal Federal de Brasil.

El argumento principal para estas posiciones que se enfocan en la estructura orgánica de las cortes es la autonomía e independencia del órgano, no obstante, ello no se garantiza únicamente con la ubicación de la corte fuera del Poder Judicial, sin

-
16. Cf. LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. *Revista direito GV*. São Paulo. v. 12, n. 3, p. 810-845, sep.-dic./2016. p. 835. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/66592/64211>>. Acceso en: 08. nov. 2018.
 17. Otras distinciones son mencionadas, por ejemplo, aquellas que se basan en la tradición jurídica a la cual pertenecen las cortes constitucionales y los tribunales supremos. Por ejemplo, Kelemen señala algunas diferencias que distinguen a las cortes constitucionales de las cortes supremas de *common law*; en primer lugar, los cortes constitucionales en los sistemas de derecho civil realmente coexisten con los tribunales supremos ordinarios y los tribunales supremos especiales. En segundo lugar, los tribunales constitucionales a menudo pueden intervenir en el proceso legislativo, que no es el caso de los cortes supremas de *common law*. En tercer lugar, la revisión abstracta se incluye tradicionalmente entre las características que determinan la naturaleza *sui generis* de las cortes constitucionales. Cf. KELEMEN, Katalin. Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*. v. 14, n. 8, pp. 1346-1372, 2013. pp. 1553-1554. Disponible en: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-14-no-08/>>. Acceso en: 06 ago. 2018.
 18. Por ejemplo, Oteiza, prefiere referirse a “Cortes colocadas en la cúspide del sistema” cuya nota común es el “carácter de intérprete final de contenidos normativos”, de esa forma, pueden ser incluidas las Cortes de Casación, las Cortes Supremas y a los Tribunales Constitucionales; enfocando sus preocupaciones en la consistencia al ordenamiento jurídico (como finalidad pública de las cortes) más allá de su denominación. Cf. OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 187, sep./2010. Versión digital.
 19. Favoreu, argumenta que una corte constitucional debe estar situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Cf. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p. 15. En el mismo sentido, defendiendo la ubicación de las cortes constitucionales fuera del Poder Judicial, cf. MELLO, José. *Da separação de poderes à guarda da constituição: As cortes constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1968. pp. 224-227. Mello, indica además que las Cortes Constitucionales son una mezcla de órgano jurídico y político que constituyen el mejor medio posible para armonizar el respeto a las normas y a los principios atendiendo a las exigencias de una sociedad en constante y cada vez más acentuada mutación. MELLO; 1968. p. 240. Por su parte, Mitidiero sostiene que el modelo de Corte Suprema se caracteriza por sus funciones o competencias, por lo que su diseño no depende de la denominación que reciba y por su ubicación dentro o fuera de la estructura del Poder Judicial. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Versión digital.

considerar otros factores como la autonomía presupuestaria y financiera²⁰, así como los factores políticos del proceso de designación de sus jueces.²¹

2. ¿SERIATIM O PER CURIAM?

Las cortes se expresan principalmente mediante sentencias. Las decisiones *per curiam* y *seriatim* son formas de manifestación de las opiniones de los órganos jurisdiccionales colegiados que resultan en sentencias unánimes, mayoritarias o plurales. Actualmente, debido a factores como la tradición y a la experiencia, las reglas y prácticas que ordenan los procesos decisorios de las cortes tienden a establecer modelos híbridos.²²

En esencia, las opiniones *per curiam*, son institucionales más que individuales, atribuibles a un tribunal como entidad en lugar de a un solo juez.²³ Ello, porque la expresión latina *per curiam* significa “por el tribunal” y se utiliza para identificar a los procesos decisorios que, resultando en posiciones unánimes o por mayoría de votos

20. Además, puede mencionarse, por ejemplo, la creación de comisiones independientes para hacer recomendaciones sobre los salarios judiciales instaladas en Canadá, pensadas para separar al Poder Judicial del legislativo y el ejecutivo en el complicado proceso de negociaciones salariales, con el fin de evitar que circunstancias políticas marquen las complejidades de la remuneración judicial. Se trata de esfuerzos dirigidos a crear una distancia estructural formal entre el poder judicial y las ramas políticas del gobierno para proteger la independencia judicial. Cf. GLOVER BERGER, Kate. *The Demands of Unwritten Constitutionalism on Institutional Design*. *IACL-AIDC Blog*. Publicado: 29 may. 2019. Disponible en: <<https://blog-iacl-aidc.org/unwritten-constitutional-principles/2019/5/25/the-demands-of-unwritten-constitutionalism-on-institutional-design>>. Acceso en: 30 may. 2019.
21. Ciertamente, la justicia no vive aislada de la política y en una democracia la segunda no puede prescindir de la primera, como lo enseña Oteiza, quien agrega que el grado de independencia que posea el Poder Judicial es precisamente una manifestación política. Cf. OTEIZA, Eduardo. *La Corte Suprema*. Entre la justicia sin política y la política sin justicia. La Plata: Platense, 1994. p. 4. Tal como lo afirma René Molina, probablemente es así porque mediante diversos mecanismos institucionales, conceptuales y dogmáticos se ha pretendido mostrar una apariencia de aislamiento entre política y Derecho, aunque de hecho están íntimamente relacionadas, cf. MOLINA, René. *Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial ¿Hacia un gobierno judicial?* 2. ed. Caracas: Paredes, 2008. p. 335. De cualquier forma, no parece adecuado que esa intervención política en el proceso de designación de jueces sea aquella que en la cual un único partido decide en definitiva quienes serán los jueces idóneos, sin la participación de todos los partidos políticos y demás actores sociales.
22. En ese sentido, Ranieri Resende explica que conforme la tradición judicial inglesa y estadounidense, existen tres esquemas básicos de deliberación de tribunales colegiados, *per curiam*, *seriatim* y los modelos híbridos. Los últimos, centrados en la exteriorización de la opinión mayoritaria del tribunal que sintetiza la posición institucional pero al mismo tiempo permite que los jueces pueden expresar sus opiniones individuales concurrentes o divergentes. Cf. RESENDE, Ranieri. *Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter?* *Northwestern Journal of Human Rights*. vol 17, n. 1, 2019. p. 34. Disponible en: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol17/iss1/2/>>. Acceso en: 09 may. 2018.
23. Cf. ROBBINS, Ira. *Hiding behind the cloak of invisibility: the Supreme Court and per curiam opinions*. *Tulane Law Review*, v. 86, jun. 2012. p. 1199. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2070326>. Acceso en: 09 oct. 2018. El autor agrega que cuando una opinión no está firmada, pierde algo de su transparencia aparente, porque el público no puede asociar al autor anónimo con el razonamiento contenido en la opinión (ROBBINS, 2012, p. 1208).

de los jueces, deben ser siempre presentados al público como la expresión unívoca del tribunal considerado como una unidad institucional, expresado mediante un único texto que contiene la decisión del órgano colegiado.²⁴

La búsqueda del consenso parece ser una característica importante que identifica al modelo *per curiam* ya que cada juez debe reconocer la naturaleza colectiva de su decisión, es decir, actuar para responder adecuadamente a las necesidades del tribunal en general, lo que implica suscribir una norma o una conclusión sobre el caso que posiblemente no adoptaría en un tribunal unipersonal.²⁵

El modelo *seriatim* se refiere a decisiones en las que cada juez emite una opinión para cada caso²⁶ así, este modelo se caracteriza por la producción de un agregado de las posiciones individuales de cada miembro del colegio, cuyos votos sus respectivos fundamentos determinantes se exponen “en serie” en un texto compuesto. En los tribunales que adoptan ese modelo, la deliberación comúnmente no se desarrolla con el objetivo de producir un texto final con una única *ratio decidendi* que pueda representar la posición institucional de la corte sino como una proclamación sucesiva de las decisiones individuales de los miembros del tribunal.²⁷

-
24. Cf. VALE, André do. *Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015. pp. 109-110., André do Vale, afirma que los tribunales que adoptan esta práctica de texto único han incorporado la publicación de los votos disidentes y concurrentes, en forma de anexo a la decisión principal. Por su parte, Zaroni aporta una definición más restringida. Explica que las decisiones del tipo *per curiam* son aquellas que se dictan en nombre del tribunal como institución, de forma unánime y anónima, en las que si bien hay un juez responsable de la redacción del texto dicha información no está expuesta al público. Cf. ZARONI, Bruno. Julgamento colegiado e a transparência na deliberação do STF: aportes do direito comparado. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 2, jul.-dic./2015. Versión digital.
25. Cf. KORNHAUSER, Lewis. Deciding Together. *New York University School of Law and Economics Working Papers*. vol. 1, n. 1, pp. 40-61, 2013. p. 14. Disponible en: <https://lsr.nellco.org/nyu_lewp/358/>. Acceso en: 26 dic. 2018.
26. Cf. CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010. p. 13. Las sentencias *seriatim* en las que cada juez individualmente emite su opinión con los motivos de su decisión, prevaleció en Gran Bretaña durante casi toda su historia, desde la época de *William the Conqueror* hasta nuestros días. También fue común en la fundación de los tribunales de los Estados Unidos tanto estatales como federales. Cf. HENDERSON, M. Todd. From *Seriatim* to consensus and back again: A theory of dissent. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 186, otc./2007. p. 8. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=law_and_economics>. Acceso en: 09 oct. 2018. Henderson señala que la tradición y el sentido de su eficiencia sustentaron esta práctica, no obstante, especula sobre el origen de las decisiones *seriatim*; argumenta que existe la posibilidad de la preocupación por el poder oculto. La emisión oral por cada juez individual puede ser un método más responsable de decidir los casos que las decisiones tomadas en aislamiento, ya que los juicios hechos en forma abierta y sin discusión previa pueden ser menos probables (o parecen estar) infectados por corrupción, colusión o la influencia del monarca (HENDERSON, 2007. p. 9).
27. VALE, André do. *Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de

Partiendo de esos modelos, cada tribunal colegiado diseña sus propios procedimientos y desenvuelve sus prácticas. Obsérvese que la Sala Constitucional venezolana puede clasificarse como un órgano colegiado que dicta decisiones del tipo *per curiam*, toda vez que por diseño, la sentencia que resuelve el mérito, aunque puede contener votos disidentes o concurrentes, siempre representa la opinión del tribunal.

Ahora bien, la sentencia colegiada en Brasil es del tipo *seriatim* porque se elabora agregando las opiniones de cada uno de los jueces que integran el órgano para formar un documento único, una práctica que puede encontrar su origen en la Corte Suprema estadounidense en su etapa previa a Juez Marshall, con marcada influencia británica.²⁸⁻²⁹

cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015. pp. 115. Véase igualmente, VALE, André do. *La deliberación en los tribunales constitucionales: Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, pp. 19, 174-175. Este problema fue identificado por Guilherme Klafke. Cf. KLAFKE, Guilherme. *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. 2010. (Monografía). Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP. São Paulo, 2010. pp. 117-119. Disponible en: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf>. Acceso en: 29 dic. 2018.

28. Al respecto, Hochschild explica que originalmente, los jueces de la Corte Suprema cada uno entregaba opiniones individuales por separado, o *seriatim*, lo que probablemente derivó de la práctica de los tribunales del *common law* inglés. Cf. HOCHSCHILD, Adam. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*. v. 4, n. 261, 2000. p. 263. Disponible en: <http://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol4/iss1/9>. Acceso en: 06 ago. 2018. Henderson indica que la tradición inglesa de opiniones *seriatim* cruzó el Atlántico junto con gran parte del *common law* durante las etapas formativas del desarrollo judicial estadounidense. Los primeros juristas estadounidenses aprendieron el derecho estudiando el *common law*, inglés y, por lo tanto, adoptaron muchas de sus prácticas e instituciones. Cf. HENDERSON, M. Todd. From *Seriatim* to consensus and back again: A theory of dissent. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 186, etc./2007. p. 16. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=law_and_economics>. Acceso en: 09 oct. 2018.
29. En efecto, en sus primeros años la Corte Suprema estadounidense emitió opiniones *seriatim*, al igual que su homólogo británico. Sobre el tema, Zobell afirma que quienes sentaron las bases para la práctica de la Corte Suprema se sustentaron principalmente en las costumbres y reglas de los tribunales ingleses. Durante la mayor parte de su primera década, la Corte Suprema siguió la costumbre de The King's Bench: sus decisiones se anunciaron a través de las *seriatim opinions* de sus miembros. Por lo tanto, en el primer caso informado en el que se publicó una opinión completa, el Estado de Georgia v. Brailsford, los jueces anunciaron sus juicios independientes. Aunque las opiniones por parte de la Corte aparecían cada vez que el asunto podía ser resuelto con un memorándum, siempre se presentaban *seriatim opinions* en casos importantes. El curso elegido por la Corte Suprema para alcanzar y tomar su decisión puede haber encontrado su ímpetu inicial en las prácticas de The King's Bench, pero en su desarrollo histórico, muy temprano tomó una dirección claramente estadounidense. El autor señala que cuando John Marshall se convirtió en Chief Justice, adoptó la práctica de anunciar la sentencia de la Corte en una única opinión. Sin embargo, posteriormente con el ingreso de jueces que entregaban opiniones disidentes, se asumió en la Corte Suprema el uso judicial de escribir opiniones separadas, tal como existe hoy. ZOBELL, Karl. Division of Opinion in the Supreme Court: A History of Judicial Disintegration. *Cornell Law Review*. v. 44, n. 2, p. 186-214, 1959. pp. 191-195. Disponible en: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol44/iss2/2>>. Acceso en: 08 ene. 2017. Actualmente, el sistema ocupa un término medio entre

Conviene anotar que en los modelos decisorios *per curiam* y *seriatim*, pueden existir decisiones aprobadas por unanimidad o adoptadas por mayoría. Aunque las decisiones *per curiam*, tienen más potencialidades para servir como precedente³⁰, ciertamente, existe la posibilidad que sea alcanzada unanimidad o mayoría en un tribunal de votación *seriatim*, no obstante, ello parece ser más complejo en la práctica.³¹ Las decisiones plurales parecen identificarse más con el modelo *seriatim* o con los tribunales en los que de alguna forma no se imponen límites a la cantidad de votos concurrentes. En el caso de la corte venezolana, esos límites son impuestos por las prácticas del colegiado y no por las reglas de funcionamiento.

Ahora bien, las reglas y practicas sobre *quorum* que definen el modelo decisorio de cada corte, son importantes en cuanto al valor de precedentes de sus decisiones, dado que la solución jurídica de un caso y sus fundamentos determinantes pueden ser adoptados por los órganos jurisdiccionales colegiados por unanimidad, mayoría o mediante decisiones plurales; cada una de cuales envía un mensaje para los tribunales inferiores, para la Administración pública y, en general, para la sociedad. A esto se debe agregar que las cortes en el modelo de precedentes deben estar vinculadas a sus propias decisiones.³²⁻³³

los continentales de juzgamientos colectivos moldeados en un impersonal y los históricos patrones británicos. Cf. CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010. p. 13.

30. DAVIS, John; REYNOLDS, William. Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court. *Duke Law Journal*. v. 1974, pp. 59-86, 1974. p. 82. Disponible en: <<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol23/iss1/2>> Acceso en: 06 ago. 2018.
31. El modelo *seriatim* puede hacer bastante complicada en algunas ocasiones la tarea de definir con precisión el fundamento determinante de la decisión del tribunal para su valor de precedente, la cual normalmente puede ser realizado por la identificación del mínimo común existente entre los distintos argumentos individuales. Cf. VALE, André do. *Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015. pp. 115.
32. Esto porque la primera condición para que exista un sistema de precedentes y de compatibilización vertical de las decisiones judiciales, es el respeto por parte de las Cortes Supremas a sus propios precedentes, bajo la premisa según la cual no es posible respetar a quien no se respeta. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz.; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 3. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Versión digital. *Item 9.1. Precedentes*. En el mismo sentido, Zaneti, explica que el respeto de los tribunales a sus propios precedentes (vinculación horizontal) es una premisa del modelo de precedentes normativos vinculantes. Cf. ZANETI JR., Hermes. Poderes do relator e precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932 IV e V. In: NUNES, D.; MENDES, A.; JAYME, F. (coords.) *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Versión digital. En sentido contrario, Peña Solis sostiene que la Sala Constitucional venezolana no está vinculada a sus propias decisiones, debido a que ésta puede cambiar sus interpretaciones. Cf. PEÑA SOLIS, José. *Manual de Derecho Administrativo, vol. 1*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2001. pp. 686-687.
33. Se trata pues, de aspectos sobre el funcionamiento de estos órganos que deben ser debidamente identificados desde la óptica de la formación y aplicación de precedentes. En ese sentido, Vojvodic, Machado y Cardoso, argumentan que cuando los jueces de una corte recurren a casos anteriores para

3. DOS MODELOS: BRASIL Y VENEZUELA

En Brasil en los órganos jurisdiccionales colegiados se dictan decisiones en las cuales cada juez ofrece su propia opinión de forma separada, en vez de un solo juez que escribe la opinión en nombre de todo el tribunal.³⁴ Así, los pronunciamientos de los órganos colegiados se forman uniendo o agregando las manifestaciones de cada juez que participa del juicio para formar una decisión unitaria que es recogida en un instrumento denominado *acórdão*.³⁵ El término *acórdão* sugiere la concordancia de varias personas sobre determinada cuestión que en el caso de los órganos colegiados se compone de la totalidad de los votos de los jueces que lo integran.³⁶

La denominación *acórdão* es tradicional en Brasil y se refiere a la convergencia de opiniones en que se consubstancian las decisiones de los tribunales colegiados. Existen diferencias entre el juzgamiento, esto es, el pronunciamiento de los tribunales, y *acórdão* que es la forma escrita del juzgamiento de los jueces que integran el colegiado.³⁷

formar su convencimiento, establecen un diálogo con sus propias decisiones que se manifiesta en un entendimiento coherente sobre el tema tratado, lo que puede implicar en un proceso interpretativo más consolidado en el tiempo. Cf. VOJVODIC, A.; MACHADO, A.; CARDOSO, E. *Escrevendo um romance*, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista direito GV*. São Paulo. v. 5, n. 1, p. 21-44, jun./2009. p. 27. Disponible en: <<http://ref.scielo.org/6cs89v>>. Acceso en: 08. nov. 2018. Ciertamente existe una conexión entre los precedentes judiciales obligatorios y la obligación de *autorreferencia*, entendida como la obligación de motivación de las decisiones judiciales no solo teniendo en cuenta el comportamiento de las partes sino también su propio comportamiento en las actuaciones pretéritas. Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do stare decisis*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 282, ago./2018. Versión digital.

34. Según Dos Santos, ese procedimiento de votación para la producción de la sentencia colegiada en el derecho brasileño que obliga a cada uno de los miembros del colegio a posicionarse ante todo el público sobre la cuestión apreciada, se remonta a la Ley de 18 de setiembre de 1828 que crea y reglamenta el Supremo Tribunal de Justicia, actual Supremo Tribunal Federal (STF), se mantuvo en el primer reglamento interno del tribunal del año 1891, y permanece hasta la actualidad. Cf. DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. *A colegialidade nos tribunais: Quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio*. *Revista Estudos Institucionais*. v. 3, n. 1, p. 475-524, ago./2017. pp. 498-499. Disponible en: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/100>>. Acceso en: 07 nov. 2018.
35. CARVALHO, Fabiano. *A função do relatório no julgamento colegiado. Manifestação do princípio do contraditório*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 198, ago./2011. Versión digital. Vale, sostiene que esa forma de votación, sigue un procedimiento que es más agregativo que deliberativo, en el sentido que solo reúne y suma los votos individualmente considerados para la medición de resultado y la toma de decisión. Cf. VALE, André do. *Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015. p. 265.
36. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil - v. 3: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. pp. 45-47.
37. ARAGÃO, Egas de. *Comentários ao código de processo civil: vol. II, arts. 154-269*. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 1979. p. 57-59.

En este modelo, cada juzgador puede presentar su voto en el mismo sentido del voto del relator o en sentido contrario. Así, el *acórdão*, en la tradición jurídica brasileña, es el compilado de votos individuales de los jueces presentados por escrito después de la sesión de juzgamiento.³⁸ Debido a la forma de los votos por serie o agregativos, la sentencia colegiada de los tribunales colegiados brasileños, se identifica como del tipo *seriatim*.³⁹

Es preciso mencionar que el diseño institucional del Supremo Tribunal Federal y otros tribunales colegiados brasileños para elaborar la sentencia colegiada, puede dificultar la identificación de la decisión representativa del tribunal como institución.⁴⁰ Ello así porque la decisión de un caso puede producir múltiples fundamentos

38. VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: Colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp. 183-184.
39. Dos Santos, sostiene que el origen de esa forma de decisión colegiada brasileña se encuentra en la Ley de 18 de setiembre de 1828. Cf. DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. A colegialidade nos tribunais: Quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio. *Revista Estudos Institucionais*. v. 3, n. 1, p. 475-524, ago./2017. pp. 498-499. Disponible en: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/100>>. Acceso en: 07 nov. 2018. Conviene agregar que esa práctica ha sido criticada y en ocasiones comparada con un archipiélago de once islas, con referencia a la forma en la que los ministros que integran el Supremo Tribunal Federal de Brasil elaboran sus decisiones. Cf. MENDES, Conrado. (2010, 1 de fevereiro). Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, version digital. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>> Acceso en: 01 nov. 2017. En una entrevista, el ex-ministro del Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, se atribuye la frase, cundo afirma que llegó a decir que los ministros eran un archipiélago de once islas incommunicables, con relaciones personales extremadamente raras. Cf. FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, v.3: Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13672>>. Acceso en: 17 nov. 2017. pp. 115-116. Aparentemente, existe relación con la comparación que se hace de la Suprema Corte estadounidense con nueve pequeños bufetes de abogados o *nine small, independent law firms* según la descripción del Justice Lewis F. Powell publicada por la *American Bar Association* en el texto denominado *What the Justices are saying* en el *Journal* 62 de noviembre de 1976. Cf. TUSHNET, Mark. *Making Constitutional Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991*. New York: Oxford University Press, 1997. pp. 56-57. Sobre esta comparación, explicada desde la perspectiva de diferentes momentos del proceso decisorio en el Supremo Tribunal Federal y mostrando que pueden existir decisiones que concentran los fundamentos determinantes de una sentencia colegiada cuando la opinión del relator es apoyada por la mayoría de los ministros medite los votos registrados en acta; véase: KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 1, n. 1, pp. 89-104, jan./2014. pp. 91-94. Disponible en: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8>>. Acceso en: 31 oct. 2018.
40. Para Brandão, el modelo decisorio basado en la lectura de los votos individuales, dificulta el consenso y la comprensión de la *ratio decidendi* de las sentencias colegiadas del Supremo Tribunal Federal. Cf. BRANDÃO, Rodrigo (org.). *Cortes constitucionais e supremas cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 8. Por otra parte, Pádua argumenta que problemas similares también pueden estar presentes en el modelo *per curiam* cuando existen divisiones que llevan a decisiones que no son unánimes. Cf. PÁDUA, Thiago Aguiar de. Uma breve abordagem sobre os modelos de deliberação das cortes colegiadas judiciais: *Per Curiam vs. Seriatim*. *Revista Jurídica da OAB*, v. 5, p. 65-68, mar./2015. p. 68.

determinantes sin que necesariamente configuren una mayoría que pueda ser comprendida como decidida por el tribunal sobre el caso.⁴¹

Es decir, que puede existir una decisión mayoritaria sobre la conclusión sin que ningún fundamento que la soporte alcance la mayoría, lo que puede fomentar la diversidad de entendimientos en los tribunales, en contra de la integridad, coherencia y estabilidad que debe ser asegurada por estos órganos.⁴²

El *acórdão* o sentencia colegiada está conformado por el relatorio, la fundamentación y el dispositivo; además, el *acórdão* debe contener la *ementa* que

-
41. Cf. VOJVODIC, A.; MACHADO, A.; CARDOSO, E. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista direito GV*. São Paulo. v. 5, n. 1, p. 21-44, jun./2009. pp. 37-38. Disponible en: <<http://ref.scielo.org/6cs89v>>. Acceso en: 08. nov. 2018. En ese sentido, Pádua insiste que el modelo de decisión del Supremo Tribunal Federal debería repensarse teniendo en cuenta no solo la necesidad de fortalecer su autoridad decisoria, sino hacer más claros y evitar equívocos interpretativos, para proteger el valor de precedente de sus decisiones. Cf. PÁDUA, Thiago Aguiar de. *Análise da prática decisória do STF: O precedente e as 11 dimensões funcionais da ‘ratio decidendi’ a partir de Pierluigi Chiassoni*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – ICPD, UniCEUB, Brasília, 2015. p. 202. Sobre el tema, Panutto explica que en el Supremo Tribunal Federal, sobre todo en los casos complejos, la decisión es *seriatim*, porque es una sentencia formada por el recuento de los votos del ministro relator y de los demás ministros, los cuales se sienten obligados, sea por la tradición, sea por la transmisión televisiva de las sesiones de juicio, presentar su propia “decisión” al caso, desconsiderando los votos de los demás ministros. Esto resulta en una sentencia sin una identidad deliberativa de la Corte que impide la creación de precedente, pues los fundamentos determinantes no son resultado de deliberación colegiada, aunque los votos compartan el mismo dispositivo. Cf. PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Diretos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v. 18, n. 2, pp. 205-226, my.-ago./2017. p. 215. Disponible en: <<http://sisib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941>>. Acceso en: 18 dic. 2018. En el texto el autor propone que los tribunales colegiados brasileños adopten el modelo de decisión mayoritario de la Corte Suprema estadounidense, porque preserva de cierta manera la tradición de presentación de los votos individuales en serie pero busca al final el entendimiento institucional sobre la materia de derecho y permite votos disidentes, como forma de oxigenación del precedente; además, defiende que no es adecuada la utilización de votos que simplemente siguen la opinión del relator (PANUTTO, 2017, pp. 218-219). De Oliveira, argumenta sobre la relativización de las tesis del personalismo decisorio y presenta evidencias de la centralidad del colegiado en el proceso deliberativo y en la construcción de las decisiones del Supremo Tribunal Federal. Mediante estudio empírico de las Acciones Directas de Inconstitucionalidad juzgadas por la corte entre los años 1988 y 2014, evidenció que el 28% del total de decisiones colegiadas en ADI generaron votos disidentes, lo que calificó como un comportamiento “bastante consensual en términos de control concentrado en el período analizado”. Cf. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Quando a corte se divide: Coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro: UERJ. v. 8, n. 3, pp. 1863-1908, sep./2017. Disponible en: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/23724>>. Acceso en: 08 ene. 2019.
42. NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: Algumas questões do CPC-2015. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3a Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3a Região. Ano XXVII n. 128, pp. 39-55. jan-mar./2016. pp. 44-47.

se puede calificar como un resumen del juzgamiento.⁴³ El relatorio y la *ementa* deben contener las circunstancias fácticas para la identificación del precedente como una forma de hacer del conocimiento de la decisión a los interesados.⁴⁴ El modelo distingue el relatorio y la *ementa* del voto del relator, el cual no circula entre los demás ministros antes de la sesión plenaria.⁴⁵

La sentencia colegiada también contiene los fundamentos determinantes que llevaron a la mayoría vencedora a inclinarse por determinado resultado; la redacción del *acórdão* es una tarea normalmente atribuida al relator del caso, salvo cuando su voto resulte vencido, supuesto en el cual corresponde al juez que condujo la fundamentación que en definitiva prevalece para que la decisión sea el reflejo de la mayoría y no la del relator⁴⁶, ello a fin de evitar que la decisión emitida no forme un precedente.⁴⁷

En efecto, no solo es importante definir quién será el encargado de la redacción de la sentencia, además, es determinante regular la forma que se cumple con esa tarea, toda vez que la complejidad de los contenidos y efectos de las sentencias constitucionales, precisa del análisis de los aspectos de la redacción, estructura y estilo, con la finalidad de que sean más comprensibles, sin descuidar el necesario rigor técnico que deben contener.⁴⁸

-
43. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 204. In: CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. pp. 344-345. En el mismo sentido, SOUZA, Marcelo de. Comentários ao art. 204 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 699-700.
44. ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946. In: CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1375.
45. La circulación del voto del ministro relator, antes de la sesión plenaria, es una de las propuestas que se han planteado para la mejora del proceso decisorio del Supremo Tribunal Federal. Cf. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. *Revista Consultor Jurídico*. Publicado el 28 de diciembre de 2010. Disponible en: <<https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acceso en: 29 dic. 2017.
46. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil - v. 3: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 52.
47. ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946. In: CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1376. Al respecto, Marinoni destaca la importancia de la distribución de los de los votos vencedores y vencidos por parte de sus redactores con los integrantes que los apoyaron, antes de la redacción de la justificación final, para que los demás jueces verifiquen si existe algo para agregar a las razones de los votos; el autor sostiene que el mismo procedimiento debe ser observado después de la redacción de la justificación final, cuando importará el análisis del delineamiento de la *ratio decidendi*, del fundamento disidente y de las *obiter dicta* que eventualmente se han descrito. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento Colegiado e Precedente. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 264, fev./2017. Versión digital.
48. FIX-ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Lima: Adrus, 2009. p. 71.

Además, de la presentación de votos por escrito, existen otros modos de participación de los jueces en el juzgamiento, porque cuando el ministro no presenta el voto de forma escrita dentro del lapso de veinte días establecido, puede ser usada en su lugar la transcripción del audio de la sesión de juzgamiento o puede expresarse mediante voto registrado en acta, para indicar brevemente que acompañan al relator y adoptan sus fundamentos.⁴⁹

El modelo *seriatim* del Supremo Tribunal Federal puede ser problemático porque la sentencia colegiada es el resultado de la suma de los votos disidentes y concurrentes, que no guardan necesariamente relación entre sí; además, entre los votos de una misma corriente pueden existir divergencias de fundamentos, lo que impide la identificación del posicionamiento de la corte; en ese sentido, el modelo *per curiam* presenta una ventaja innegable, dado que puede construir decisiones más consistentes.⁵⁰

Una decisión constituye un precedente cuando la mayoría del colegiado coincide con el resultado así como con las razones que fundamentan una decisión. La racionalidad y aplicabilidad para los casos futuros se desprende de la comprensión de las razones de los votos, ahora bien, cuando la deliberación concluye en la emisión de diferentes tesis que soportan el mismo resultado, se afecta directamente la formación del precedente debido al fenómeno conocido como dispersión de fundamentos o fragmentación, que resulta en una decisión plural.⁵¹

La dispersión de fundamentos puede definirse como la formación de mayoría decisoria en torno al resultado de un juzgamiento, por ejemplo, procedencia o improcedencia, independientemente de los fundamentos sostenidos por los jueces en sus votos. Entonces, aunque exista mayoría decisoria, resulta difícil identificar la opinión mayoritaria de la corte sobre aquello que fundamenta ese resultado.⁵²

49. Cf. KLAFFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 1, n. 1, pp. 89-104, jan./2014. pp. 93-95. Disponible en: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8>>. Acceso en: 31 oct. 2018.

50. Cf. BENVINDO, Juliano; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Do solipsismo supremo à deliberação racional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 50 jan.-jun./2017. p. 172. Disponible en: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/682>> Acceso en: 20 dic./2018. La deliberación mediante la circulación del voto del relator antes de la sesión de juzgamiento y la revisión del proceso de redacción de la sentencia colegiada, son las principales propuestas de los autores para la solución de los problemas de proceso decisorio del Supremo Tribunal Federal.

51. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento Colegiado e Precedente. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 264, fev./2017. Versión digital. Véase también: ZARONI, Bruno. Julgamento colegiado e precedentes: a problemática da dispersão de votos no STF e as *plurality opinions*. In: ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *O processo civil: Entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pp. 965-966.

52. Cf. LEITE, Fábio; BRANDO Marcelo. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. n. 48 pp. 139-166, jan.-jun./2016. p. 141. Disponible en: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=325&sid=30>>. Acceso en: 17 nov. 2017..

De forma que, para resolver el problema de las decisiones de órganos colegiados, en las cuales los temas enfrentados en los votos no necesariamente hayan sido decididos por todos los juzgadores, se propone que sean considerados fundamentos determinantes efectivamente debatidos o incorporados por el voto de la mayoría de los jueces en una decisión colegiada.⁵³ Entonces, la vinculación para casos futuros tiene que ser el producto del debate pleno y del acuerdo mayoritario sobre la solución jurídica de un caso determinado y sus fundamentos determinantes.⁵⁴

Desde esa perspectiva, para formar precedentes, los órganos colegiados brasileños deben dictar decisiones en las cuales coincidan la mayoría de los votos en la solución del caso y sus fundamentos determinantes. La tarea no es simple toda vez que en cada voto, que no se adhiere expresamente al voto de otro ministro, como mínimo, serán usadas palabras diferentes aunque los jueces posean el mismo entendimiento sobre un asunto, lo que demandará un esfuerzo de lectura e interpretación mayores si se compara con otros modelos decisorios.⁵⁵

Efectivamente, el principal inconveniente en una corte *seriatim* es que potencialmente existan razones diversas para alcanzar un resultado, lo que incide en la aplicación de los precedentes.⁵⁶ De allí que ya existan propuestas para la adecuación del procedimiento de votación colegiado brasileño para que las sentencias dictadas por los tribunales puedan generar precedentes, mediante la presentación institucional de los resultados de la deliberación, en un texto único, a través del agotamiento de los argumentos pertinentes del caso, para permitir la posterior identificación de los fundamentos determinantes de las decisiones pero manteniendo la tradicional votación en serie.⁵⁷

Entonces, en el Supremo Tribunal Federal, incluso en los casos en que existe unanimidad en el juzgamiento, todos los ministros plantean cuestiones al expresar su opinión, especialmente en casos de gran repercusión pública, ello así debido a que el

53. Cf. ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946. In: CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. pp. 1374-1377.

54. MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento Colegiado e Precedente. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 264, fev./2017. Versión digital.

55. Cf. KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 1, n. 1, pp. 89-104, jan./2014. p. 93. Disponible en: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8>>. Acceso en: 31 oct. 2018.

56. Cf. KORNHAUSER, Lewis. Deciding Together. *New York University School of Law and Economics Working Papers*. vol. 1, n. 1, pp. 40-61, 2013. pp. 10-12. Disponible en: <https://lsr.nellco.org/nyu_lewp/358/>. Acceso en: 26 dic. 2018.

57. Cf. PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Diretos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v. 18, n. 2, pp. 205-226, may.-ago./2017. p. 208. Disponible en: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941>>. Acceso en: 18 dic. 2018.

tribunal decide por agregación de opiniones sin elaborar una fundamentación unificada de su argumentación porque cada juez puede proferir su voto aunque concuerden con la opinión del relator y los demás jueces del colegiado.⁵⁸

En efecto, existen casos en el Supremo Tribunal Federal que muestran entendimientos de los ministros ordenados en tres o cuatro grupos aunque exista unanimidad sobre el dispositivo de la decisión, circunstancia que imposibilita la identificación de una opinión institucional, como un derivado del modo en que se toma la decisión en esa corte.⁵⁹

Ciertamente, el modelo *seriatim* no impide que las razones de decidir puedan ser apoyadas por uno o pocos votos que concentren la motivación del bloque que apoya la decisión de un caso, lo que eventualmente comprendería la opinión del colegiado⁶⁰, sin embargo, la dispersión dificulta el análisis de la fundamentación porque es más difícil identificar las razones de la corte a medida que más ministros se pronuncian no solo por la posibilidad de nuevos argumentos, sino también porque los mismos fundamentos pueden estar presentes en diferentes votos.⁶¹ Por ello, la dispersión de fundamentos es común en la práctica judicial brasileña y es considerada negativa porque dificulta la formación de precedentes.⁶²

-
58. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 70 y p. 142. En el mismo sentido, véase: PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v. 18, n. 2, pp. 205-226, my-ago./2017. p. 208. Disponible en: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941>>. Acceso en: 18 dic. 2018.
59. Cf. VOJVODIC, A.; MACHADO, A.; CARDOSO, E. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista direito GV*. São Paulo. v. 5, n. 1, p. 21-44, jun./2009. Disponible en: <<http://ref.scielo.org/6cs89v>>. Acceso en: 08. nov. 2018. El texto estudia entre otros, el caso sobre la interpretación del derecho a la reunión y sus límites, decidido en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) número 1.969, en el cual pese a ser unánime en la decisión a favor de la inconstitucionalidad, se identificaron al menos tres grupos de fundamentos diferentes.
60. Véase que Schauer afirma que donde no existe la práctica de opiniones individuales mediante votos en serie la cuestión de determinar la *ratio decidendi* es menos compleja, lo que no significa que sea inexistente. Cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 53, nota número 30.
61. Cf. KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 1, n. 1, pp. 89-104, jan./2014. pp. 95-96. Disponible en: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8>>. Acceso en: 31 oct. 2018. Mediante un estudio empírico, los autores se preocupan por analizar como las razones de las decisiones se distribuyen (concentradas o dispersas) en la suma de los votos de todos los ministros del Supremo Tribunal Federal. Concluyen que el modelo decisorio del Supremo Tribunal Federal no determina una forma única de presentación de sus decisiones. Él es lo suficientemente flexible para permitir que la corte ora emita fundamentos claros aunque se comporte como un órgano dividido y plural.
62. Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil - v. 3: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 48.

En ese sentido, se ha propuesto como solución que cada votante concurrente se adhiera formalmente al voto escrito de otro de los jueces y que prevalezca un único texto escrito, para que incluso exista ganancia epistémica sobre ese texto y el lenguaje empleado, toda vez que la actividad de interpretación de textos ya es por sí sola un desafío a dominar en la aplicación del derecho, aún más intrincada es la misión de combinar múltiples textos de varios votos e interpretarlos en conjunto para identificar un solo norte.⁶³

La promoción del dialogo mediante la circulación del voto del ministro relator antes de la sesión pública de juzgamiento, es otra de las propuestas dirigidas a obtener una opinión de la corte de forma eficiente y coherente.⁶⁴

Indudablemente, la unanimidad es una posibilidad en el modelo *seriatim* del Supremo Tribunal Federal brasileño. De hecho, más del noventa por ciento de las decisiones colegiadas dictadas por este tribunal cada año son unánimes, y aproximadamente el cinco por ciento contaron solo con un voto disidente.⁶⁵ Estas estadísticas merecen al menos dos consideraciones. Primero, es probable que se trate de unanimidad únicamente numérica, y segundo, el alto porcentaje de decisiones unánimes puede deberse a que tratan cuestiones para los cuales ya existen precedentes consolidados.

El problema esencial es que la forma de votación separada permite que cada juez pueda aportar diferentes argumentos y colocar nuevas interrogantes. Incluso si

-
63. Cf. SOKAL, Guilherme. A nova ordem dos processos no tribunal: Colegialidade e garantias no CPC/15. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 272, oct./2017. Versión digital. En ese sentido, Klafke y Pretzel argumentan que cuando más ministros registran sus votos en el acta, declarando únicamente por el resultado que votaron, sin su manifestación escrita, es más fácil encontrar los fundamentos adoptados por el bloque vencedor. Los autores sostienen que bastaría con la lectura del voto del relator original o el relator para la redacción de la sentencia colegiada, para saber lo que el tribunal ha decidido en términos de dispositivo y motivación de la sentencia. Cf. KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 1, n. 1, pp. 89-104, jan./2014. p. 96. Disponible en: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8>>. Acceso en: 31 oct. 2018.
64. Cf. BENVINDO, Juliano; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Do solipsismo supremo à deliberação racional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 50 jan.-jun./2017. p. 166. Disponible en: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/682>> Acceso en: 20 dic./2018.
65. Cf. GOMES, J.; NOGUEIRA, R.; ARGUELHES, D. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: Os Ministros confiam menos em relatoras mulheres? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 8, n. 2, pp. 863-864, 2018. p. 862. Disponible en: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5326>>. Acceso en: 18 oct. 2018. Los autores explican que el alto nivel de decisiones unánimes en el Supremo Tribunal Federal puede deberse a que las disidencias en una sesión pública, sin preparación o discusión interna previa, puede hacerlos ver mal frente a los abogados presentes en las sesiones y por quien esté acompañando las sesiones plenarias por los medios de comunicación. Además, consideran que muchos de esos casos podrían tener soluciones claras y simples sobre las cuales ya existe acuerdo en el tribunal y el porcentaje restante de decisiones que no son unánimes se concentraría en casos difíciles.

son usados los mismos argumentos para responder las mismas cuestiones, en cada voto serán usadas palabras diferentes y en un orden diverso, lo que puede mudar el sentido del texto.

Ahora bien, otro es el escenario conforme la práctica de simplemente votar con el relator, toda vez que en ese supuesto no se aportan nuevas ideas sino que el voto separado se usa únicamente para *suscribir* los fundamentos del voto de otro de los jueces. En efecto, el modelo decisorio que permite votos separados, que simplemente no siguen la opinión del ministro relator, pueden representar un obstáculo para la unanimidad.

Por su parte, la decisión *per curiam* se caracteriza por la presentación institucional de los resultados de la deliberación; la decisión es del colegiado que la aprueba mediante votación unánime o por mayoría, la corte anuncia el resultado de la votación adoptado en conjunto, desvinculando la figura de los jueces y fortaleciendo la figura de la institución.⁶⁶

Considerando que una corte *per curiam* emite una opinión que es anunciada en nombre del órgano, sin firma y aparentemente unánime, puede afirmarse que la Sala Constitucional venezolana practica una variante de este modelo.⁶⁷

Las normas sobre *quorum* diseñadas para la Sala Constitucional venezolana, *mayoría absoluta* significa que una decisión solo se aprueba si cuenta con al menos cinco de siete votos, es decir, una sentencia únicamente puede poseer como máximo dos disidentes. Con base en esa regla de 5-2, puede afirmarse que la Sala Constitucional de Venezuela es un tribunal que funciona bajo una especie del modelo decisorio *per curiam* porque permite votos separados. Esos votos separados pueden manifestar como máximo, dos disidencias.⁶⁸

Ciertamente, los votos disidentes o concurrentes están permitidos según las reglas de la Sala Constitucional venezolana, sin embargo, en la práctica no son frecuentes. Cuando son emitidos, estos son incluidos al final de la sentencia, después del dispositivo. En efecto, publicación de la decisión *per curiam* no impide la publicación de

66. PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Diretos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v. 18, n. 2, pp. 205-226, my.-ago./2017. p. 217. Disponible en: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941>>. Acceso en: 18 dic. 2018.

67. Que podría denominarse, *modelo híbrido*, expresión que usa Henderson para referirse a la Corte Suprema estadounidense, la cual puede emitir opiniones en nombre del tribunal aunque acepta que los jueces expresen sus opiniones individuales para concurrir o disentir. Cf. HENDERSON, M. Todd. From *Seriatim* to consensus and back again: A theory of dissent. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 186, etc./2007. p. 39 y ss. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=law_and_economics>. Acceso en: 09 oct. 2018.

68. Esa limitación no existe, al menos en la ley, para los votos concurrentes. En ese caso los magistrados parecen seguir una regla no escrita que al menos en la conformación actual, ha evitado la existencia de decisiones plurales.

los votos disidentes y concurrentes ya que los jueces deben tener el derecho, y tienen el deber, que su opinión sea escuchada, incluso para los juicios futuros considerando que en la práctica, la divergencia es absolutamente natural.⁶⁹

Obsérvese, en la Sala Constitucional emite sus decisiones de dos formas, mediante ponencias conjuntas y sentencias dictadas bajo la ponencia de alguno de los magistrados. Las ponencias conjuntas, dictadas en nombre de la sala de forma unánime sin identificar un ponente pero con la firma de todos los jueces al final de la sentencia. La única diferencia entre una ponencia conjunta y una sentencia unánime, es que el segundo tipo es preparado por un magistrado ponente porque ambas son aprobadas sin votos separados, bien sean disidentes o concurrentes. Las ponencias conjuntas normalmente son pronunciadas en casos relevantes.⁷⁰

Y las sentencias dictadas bajo la ponencia de alguno de los magistrados, son las redactadas por uno de los jueces y suscritas por la mayoría de los magistrados de la sala en señal de aprobación, esto es, conforme las reglas de *quorum*, cinco de siete votos o tres de cinco votos. En estos casos únicamente podrán existir dos votos disidentes, por ello, las opiniones disidentes siempre representarán una minoría, la decisión mayoritaria puede formar un precedente y las disidencias representarán manifestaciones para eventuales modificaciones en el criterio de la sala o para dialogar con los demás poderes y con la sociedad.

Así, en caso de más de dos disidencias, el proyecto no es aprobado, el caso es asignado a otro magistrado ponente para que redacte un nuevo proyecto de sentencia y lo someta a la consideración de sus colegas en otra sesión deliberativa. En ese sentido, la regla de votación de mayoría calificada para la aprobación de las decisiones resuelve

69. VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: Colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 194. Valadares, señala que la existencia de votos disidentes y concurrentes no es incompatible con la estructura colegial de los tribunales, ahora bien, en estos órganos debe promoverse la interacción entre sus miembros para potenciar el mejor resultado a partir de la construcción conjunta de la decisión. Cf. VALADARES, 2018. pp. 52-55.

70. Los casos de los estados de excepción y emergencia económica dictados por el Presidente de la República, de la Asamblea Nacional y la Asamblea Nacional Constituyente, son algunos de los que recientemente se decidieron mediante ponencias conjuntas, entre otras, sentencia nº 39 del 17 de enero de 2018, sentencia nº 284 del 20 de marzo de 2018, sentencia nº 547 del 25 de julio de 2017, sobre la constitucionalidad de los Decretos del Presidente de la República de Estado de Excepción y Emergencia Económica; sentencia número 378 del 31 de mayo de 2017 en el caso de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017; sentencia nº 810 del 21 de septiembre de 2016, en el caso sobre el proceso electoral realizado en Venezuela el 6 de diciembre de 2015 para elección de diputados a la Asamblea Nacional electa para el período 2016-2021. Sobre el tema de las decisiones de la Sala Constitucional dictadas con ocasión de la crisis venezolana, véase: GARCÍA-SOTO, C., HERNÁNDEZ, J., SÁNCHEZ, R. Venezuela: The state of liberal democracy. In: ALBERT, Richard [et al.] *The I-CONNECT-Clough Center 2017 Global Review of Constitutional Law*. Clough Center for the Study of Constitutional Democracy at Boston College, 2017. En especial: *The role of the Supreme Court*, pp. 311-314. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3215613>. Acceso en: 06 ago. 2018.

el problema de las disidencias. De allí que las decisiones adoptadas por mayoría calificada con uno o con el máximo de dos votos disidentes, sean excepcionales.⁷¹

También podría darse el caso de un voto disidente y uno concurrente. En ese supuesto, el voto concurrente se sumará a la mayoría resultando en una decisión de 6-1 o 4-1 según el *quorum* en ese momento, lo que no afectará la formación de precedentes porque los fundamentos determinantes siempre serán apoyados por la mayoría calificada, salvo el caso de varios votos concurrentes que podrían desencadenar una fragmentación.

Las disidencias y las concurrencias, son factores que evidencian algún tipo de desacuerdo en la corte. Ahora bien, la fragmentación o dispersión de fundamentos, es precisamente un problema que generan únicamente los votos concurrentes.

Desde la óptica del aspecto cuantitativo, la regla sobre *quorum* pasaría la prueba de tener más de dos votos concurrentes. Piénsese, por ejemplo, en una sentencia con cuatro concurrencias que acompañen al ponente y dos disidencias, ese escenario resultaría en una votación 5-2. La sentencia sería aprobada por la mayoría calificada requerida por la norma.

Ahora bien, desde la perspectiva del aspecto cualitativo, tal posibilidad podría generar inconvenientes para la formación de precedentes, porque en teoría, podrían existir hasta seis concurrencias, una por cada magistrado que concurre.⁷²

Visto que las concurrencias aportan fundamentos distintos para el resultado del juzgamiento proyectado por el ponente, incluso puede pensarse en un escenario que agrupe seis concurrencias en tres grupos, cada uno apoyando fundamentos diversos aunque coincidan con la conclusión del ponente. Ello resultaría en una votación que aprobaría la sentencia por unanimidad en su aspecto cuantitativo, mediante 7 votos, pero que no formaría un precedente, ya que en su aspecto cualitativo la votación sería de 2-2-2-1.

En otro ejemplo, podría tenerse una votación que constituya la mayoría calificada para la aprobación de la sentencia pero con dos disidencias, esto es, 5-2, en su aspecto cuantitativo, sin embargo, si se consignan cuatro concurrencias y se ordenan en dos

71. No existe en Venezuela una regla de unanimidad ni de supermayoría para la formación ni para la superación de un precedente vinculante. Mientras tanto, el precedente de la Sala Constitucional debe ser aplicado por los tribunales inferiores, toda vez que su desconocimiento es causal para la revisión por la sala Constitucional. Conforme el art. 24.10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010: "Son competencias de la Sala Constitucional (...) 10. Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional...". También es causal para la procedencia del amparo constitucional, como se observó, por ejemplo en la sentencia nº 502 del 27 de julio de 2018 de la Sala Constitucional (caso: *Jhonnell Eduardo Marín García*).

72. Marínoni explica la dispersión de fundamentos usando como ejemplo en un tribunal de seis miembros; el ejemplo puede ser adaptado a la corte venezolana con siete jueces. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*. Lima: Raguél, 2015. p. 145.

grupos según el entendimiento diverso de los fundamentos, se tendría una votación 2-2-1-2, lo que significa que no se formaría un precedente por ausencia de convergencia mayoritaria sobre los fundamentos, con base en el aspecto cualitativo.

Entonces, ¿Ocurre el fenómeno de fragmentación o dispersión de fundamentos en el modelo *per curiam* de la Sala Constitucional? En teoría la dispersión de fundamentos en el modelo *per curiam* venezolano es posible, no existe impedimento en el ordenamiento para que más de votos concurrentes sean consignados en una sentencia.

Sin embargo, la práctica muestra que las sentencias que contienen concurrencias, se limitan a un voto concurrente, lo que evidencia en teoría una corte con tendencia a la formación de precedentes, que acepta la potencialidad de los votos concurrentes.

Ahora bien, la unanimidad pudiera esconder otros problemas, por ejemplo, la aversión al disenso que se produce cuando un juzgador, incluso discrepando de sus pares, por diversos factores prefiere suscribir la decisión mayoritaria a manifestar su opinión individual, y lo que sería un juicio por mayoría se podría convertir en una falsa decisión unánime porque los costos del disenso superarían sus ventajas.⁷³

4. CONCLUSIONES

El modelo decisorio adoptado por una Corte Constitucional puede incidir en la formación y aplicación de precedentes. Las reglas y prácticas que orientan la fase de la construcción de las decisiones en las cortes constitucionales, constituyen fuente de la cual emana su legitimidad. Sin embargo, otras afirmaciones cuando se refieren a situaciones y procesos específicos, pueden resultar muy problemáticas, sobre todo si se pretende saber en qué medida y por qué determinados factores son determinantes, como por ejemplo, el grado de aceptación en la aplicación de precedentes por los tribunales inferiores.

El Supremo Tribunal Federal brasileño y la Sala Constitucional venezolana, funcionan bajo reglas y prácticas específicas para la construcción de decisiones más o menos ajustadas a los modelos *per curiam* y *seriatim* delineados por la doctrina pero que aportan elementos propios, debido a la tradición y a las necesidades actuales de sus ordenamientos. En ese sentido, existen en Brasil y Venezuela modelos decisorios híbridos, abiertos y únicos.

73. Cf. VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 268, jun./2017. Versión digital. Nótese, aquello que en ocasiones puede ser visto como una falsa unanimidad, sería adecuado desde la perspectiva de la formación y aplicación de precedentes que es uno de los aspectos más importantes de las decisiones de los órganos jurisdiccionales colegiados de última instancia. Ello así, porque la sentencia que sea publicada será más o menos efectiva con respecto a los casos futuros en la medida que se definan claramente los fundamentos determinantes que soportan la decisión.

Ello, porque el modelo *per curiam* venezolano están permitidos los votos disidentes y, si concurren determinados supuestos, las concurrencias podrían resultar en decisiones plurales. Y por otra parte, en el modelo *seriatim* brasileño, la unanimidad no solo es posible sino también probable, aunque existan varios votos separados.

Las particularidades de un órgano que dicta decisiones del tipo *seriatim*, como lo es el Supremo Tribunal Federal de Brasil, que parece promover la dispersión de fundamentos, no impide la formación de precedentes, sin embargo, puede debilitar las bases que sustentan los precedentes. En todo caso, la circulación del voto del relator antes de la sesión pública de juzgamiento y la promoción del simple voto con el relator son factores que pueden contribuir con la formación de precedentes en ese modelo.

El modelo *per curiam* de la Sala Constitucional Venezolana, aunque en principio parece adecuado para formación de precedentes podría esconder otros problemas como la falsa unanimidad, la ausencia de deliberación y la legitimidad del precedente que sería cuestionable por no haber sido emitido por un órgano judicial independiente.

Las reglas de la Sala Constitucional venezolana, diseñada bajo el modelo *per curiam*, permiten un número limitado de votos disidentes para no negar la potencialidad de ese tipo de votos separados. Los votos concurrentes no están limitados en número, es la propia sala la que mediante sus prácticas parece promover el consenso para la aprobación de los fundamentos de sus decisiones.

De allí que se haya pensado en afirmar que existen *modelos con tendencia a la adecuación de sus procesos decisorios para la formación y aplicación de precedentes*. Y esa tendencia estaría marcada por diversos factores del proceso de elaboración de las sentencias colegiadas tales como los momentos deliberativos, las reglas y prácticas sobre *quorum*, la forma de los votos así como la redacción y publicación de las decisiones.

5. REFERENCIAS

- ARAGÃO, Egas de. *Comentários ao código de processo civil: vol. II, arts. 154-269*. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 1979.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. *Revista Consultor Jurídico*. Publicado el 28 de diciembre de 2010. Disponible en: <<https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acceso en: 29 dic. 2017.
- BENVINDO, Juliano; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Do solipsismo supremo à deliberação racional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 50 jan.-jun./2017. pp. 151-152. Disponible en: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/682>> Acceso en: 20 dic./2018.
- BRANDÃO, Rodrigo (org.). *Cortes constitucionais e supremas cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CANOTILHO, José. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina. 7. ed., 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

- CARVALHO, Fabiano. A função do relatório no julgamento colegiado. Manifestação do princípio do contraditório. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 198, ago./2011.
- CASAL, Jesús María. *Constitución y justicia constitucional: los fundamentos de la justicia constitucional en la Carta Magna*. Caracas: UCAB, 2000.
- CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 204. In: CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DAVIS, John; REYNOLDS, William. Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court. *Duke Law Journal*. v. 1974, pp. 59-86, 1974. Disponible en: <<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol23/iss1/2>> Acceso en: 06 ago. 2018.
- DIDIER JR., F.; BRAGA, P.; OLIVEIRA, R. *Curso de direito processual civil, v. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. A colegialidade nos tribunais: Quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio. *Revista Estudos Institucionais*. v. 3, n. 1, p. 475-524, ago./2017. Disponible en: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/100>>. Acceso en: 07 nov. 2018.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Santiago de Querétaro: Fundap, 2002.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. La legitimación democrática del juez constitucional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús (Coord.). *El juez constitucional en el siglo XXI*. Tomo I. pp. 135-187. México: UNAM, 2009. Disponible en: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2725-el-juez-constitucional-en-el-siglo-xxi-tomo-i>>. Acceso en: 06 ago. 2018.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Lima: Adrus, 2009.
- FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, v.3: Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13672>>. Acceso en: 17 nov. 2017.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco. Tres aportes fundamentales de *El Federalista* a la teoría constitucional moderna. *Revista de derecho (Valdivia)*. v. 20, n. 1, p. 39-59, jul./2007. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100002>>. Acceso en: 19 abr. 2019.
- GOMES, J.; NOGUEIRA, R.; ARGUELHES, D. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: Os Ministros confiam menos em relatoras mulheres? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 8, n. 2, pp. 863-864, 2018. Disponible en: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5326>>. Acceso en: 18 oct. 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014. Constitution and proceedings. The Judiciary as an Organ of Policital Control. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 249, nov./2015.
- HENDERSON, M. Todd. From *Seriatim* to consensus and back again: A theory of dissent. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 186, otc./2007. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=law_and_economics>. Acceso en: 09 oct. 2018.

- HOCHSCHILD, Adam. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*. v. 4, n. 261, 2000. Disponível em: <http://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol4/iss1/9>. Acesso em: 06 ago. 2018.
- KLEMEN, Katalin. Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*. v. 14, n. 8, pp. 1346-1372, 2013. pp. 1553-1554. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-14-no-08/>>. Acesso em: 06 ago. 2018.
- KLAFKE, Guilherme. Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal. 2010. (Monografia). Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP. São Paulo, 2010. pp. 117-119. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf>. Acesso em: 29 dic. 2018.
- KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 1, n. 1, pp. 89-104, jan./2014. Disponível em: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8>>. Acesso em: 31 oct. 2018.
- KORNHAUSER, Lewis. Deciding Together. *New York University School of Law and Economics Working Papers*. vol. 1, n. 1, pp. 40-61, 2013. Disponível em: <https://lsr.nellco.org/nyu_lewp/358/>. Acesso em: 26 dic. 2018.
- LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. *Revista direito GV*. São Paulo. v. 12, n. 3, p. 810-845, sep.-dic./2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/66592/64211>>. Acesso em: 08. nov. 2018.
- LEITE, Fábio; BRANDO Marcelo. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. n. 48 pp. 139-166, jan-jun./2016. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=325&sid=30>>. Acesso em: 17 nov. 2017.
- LORENZETTO, Bruno Meneses; SCHAITZA, Letticia de Pauli. Deliberação Interna e Legitimação das Cortes Supremas. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Porto Alegre, v. 12, n. 2, fev./2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72621/47094>>. Acesso em: 18 dic./2018.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do *stare decisis*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 282, ago./2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*. Lima: Raguel, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento Colegiado e Precedente. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 264, fev./2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz.; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 3. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MELLO, José. *Da separação de poderes á guarda da constituição: As cortes constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1968.
- MENDES, Conrado. *Constitutional Courts and deliberative Democracy*. United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- MENDES, Conrado. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana [et al.] (org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MOLINA, René. *Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial ¿Hacia un gobierno judicial?* 2. ed. Caracas: Paredes, 2008.

- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2003.
- NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: Algumas questões do CPC-2015. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3a Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3a Região. Ano XXVII n. 128, pp. 39-55. jan-mar./2016.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Quando a corte se divide: Coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro: UERJ. v. 8, n. 3, pp. 1863-1908, sep./2017. Disponible en: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/23724>>. Acceso en: 08 ene. 2019.
- OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 187, sep./2010.
- OTEIZA, Eduardo. *La Corte Suprema*. Entre la justicia sin política y la política sin justicia. La Plata: Platense, 1994.
- PÁDUA, Thiago Aguiar de. *Análise da prática decisória do STF: O precedente e as 11 dimensões funcionais da 'ratio decidendi' a partir de Pierluigi Chiassoni*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – ICPD, UniCEUB, Brasília, 2015. p. 202.
- PÁDUA, Thiago Aguiar de. Uma breve abordagem sobre os modelos de deliberação das cortes colegiadas judiciais: *Per Curiam vs. Seriatim*. *Revista Jurídica da OAB*, v. 5, p. 65-68, mar./2015.
- PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Diretos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v. 18, n. 2, pp. 205-226, may-ago./2017. Disponible en: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941>>. Acceso en: 18 dic. 2018.
- PASQUINO, Pasquale. ¿Cómo deciden las Cortes Constitucionales? *Revista Jurídica Precedente*. vol. 9 Cali. pp. 9-43. jul.-dic./2016. Disponible en: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2424>>. Acceso en: 26 en. 2018.
- RESENDE, Ranieri. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter? *Northwestern Journal of Human Rights*. vol 17, n. 1, 2019. p. 34. Disponible en: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol17/iss1/2/>>. Acceso en: 09 may. 2018.
- ROBBINS, Ira. Hiding behind the cloak of invisibility: the Supreme Court and *per curiam* opinions. *Tulane Law Review*, v. 86, jun. 2012. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2070326>. Acceso en: 09 oct. 2018.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- SADURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Sydney: Springer, 2008.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SOKAL, Guilherme. A nova ordem dos processos no tribunal: Colegialidade e garantias no CPC/15. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 272, oct./2017.
- SOUZA, Marcelo de. Comentários ao art. 204 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: Colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

- VALE, André do. *Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015.
- VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 268, jun./2017.
- VOJVODIC, A.; MACHADO, A.; CARDOSO, E. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista direito GV*. São Paulo. v. 5, n. 1, p. 21-44, jun./2009. Disponível em: <<http://ref.scielo.org/6cs89v>>. Acesso em: 08. nov. 2018.
- WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion*. vol. 27, n. 1, pp. 7-28. Chía: Universidad de La Sabana, jun./2018.
- WALDRON, Jeremy. Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts? *The Yale Law Journal*. v. 123, n. 6, pp. 1626-2133. Abr./2014. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/five-to-four-why-do-bare-majorities-rule-on-courts#_ftnref30>. Acesso em: 28 ago. 2018.
- ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: O modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*. São Paulo: Atlas. 2. ed. 2014.
- ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946. In: CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ZANETI JR., Hermes. Poderes do relator e precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932 IV e V. In: NUNES, D.; MENDES, A.; JAYME, F. (coords.) *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ZARONI, Bruno. Julgamento colegiado e a transparência na deliberação do STF: aportes do direito comparado. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 2, jul.-dic./2015.
- ZARONI, Bruno. Julgamento colegiado e precedentes: a problemática da dispersão de votos no STF e as *plurality opinions*. In: ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *O processo civil: Entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ZOBELL, Karl. Division of Opinion in the Supreme Court: A History of Judicial Disintegration. *Cornell Law Review*. v. 44, n. 2, pp. 186-214, 1959. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol44/iss2/2>>. Acesso em: 08 ene. 2017.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

Algumas sugestões para aperfeiçoamento
do julgamento monocrático do recurso
nos tribunais portugueses¹

Some suggestions for the improvement of the monocratic
judgment of the appeal in the portuguese courts

Felippe Borring Rocha

PhD (Fluminense Federal University, Brazil).
Master's degree (University Estácio de Sá, Brazil).

Resumo

O objetivo do presente artigo é apresentar um conjunto de reflexões sobre o julgamento monocrático do mérito dos recursos cíveis realizado nos tribunais brasileiros, fundado na jurisprudência, nos termos do art. 932, IV e V, do Código de Processo Civil brasileiro, para, em seguida, sugerir algumas contribuições para o aprimoramento do

1. Texto derivado da tese de doutorado defendida pelo autor, em 24/01/2019, no bojo do Programa de Pós-Graduação e Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF, intitulada *Princípio da jurisdição equivalente: em busca do equilíbrio entre a colegialidade e o julgamento monocrático do mérito dos recursos nos tribunais brasileiros*. Essa tese, por sinal, foi publicada no Brasil, no mesmo ano, sob a forma de livro impresso, pela Editora Juspodivm, sediada em Salvador, capital do Estado da Bahia. Importante deixar registrado, ainda, que as informações referentes ao direito português contaram com importantes revisões feitas pelo professor e jurista português Mário Ângelo Leitão Frota.

juízo monocrático do mérito do recurso levado à feito nos tribunais portugueses, com base no art. 656 do Código de Processo Civil Português, estimulando os debates em torno do tema e, eventualmente, inspirando alterações legislativas.

Palavras-chave: Direito processual civil. Recurso. Julgamento monocrático. Brasil. Portugal.

Sumário: 1. Introdução: a redefinição do julgamento monocrático nos tribunais brasileiros. 2. O princípio da jurisdição equivalente: em busca do equilíbrio entre a colegialidade e o julgamento monocrático. 3. Breves considerações sobre o julgamento monocrático do recurso no direito português. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.

Abstract

The purpose of this paper is to gather a set of reflections on the monocratic judgment of the merit of civil appeals applied in Brazilian Higher Courts, based on the case law, pursuant by the art. 932, IV and V, of the Brazilian Code of Civil Procedure, and then to present some suggestions to improvement the monocratic judgment of the merit of the appeal brought to the Portuguese Higher Courts, regulated in the art. 656 of the Portuguese Code of Civil Procedure, stimulating debates on the subject and eventually inspires legislative changes.

Key words: Civil procedure law. Appeal. Monocratic judgment. Brazil. Portugal.

1. INTRODUÇÃO: A REDEFINIÇÃO DO JULGAMENTO MONOCRÁTICO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Desde os primórdios da formação das estruturas judiciárias no mundo ocidental é possível verificar a existência de órgãos constituídos por mais de um julgador, ainda que, eventualmente, a palavra final sobre as questões submetidas ao seu julgamento ficasse concentrada numa única pessoa, como um soberano ou um líder, por exemplo. Isso porque, desde cedo, a multiplicidade de magistrados atuando em conjunto foi identificada como uma qualidade dos órgãos judiciais, capaz de conferir maior equilíbrio, isenção, credibilidade, pluralidade e autoridade às suas decisões, dentro de uma lógica de consolidação dos poderes estatais.

Ao longo do tempo, o aumento da complexidade e do número das causas judicializadas levou os Estados a promoverem diferentes modelos de especialização e segmentação dos seus órgãos judiciais. Na maioria deles, as estruturas judiciárias passaram a ser organizadas em instâncias, cabendo, ordinariamente, à primeira instância o processamento e julgamento das causas, e às instâncias superiores, a revisão sobre as decisões proferidas pelas instâncias que lhes eram inferiores.

No estágio evolucionário seguinte, os órgãos judiciais de primeira instância foram gradativamente deixando de ser colegiados e passaram a ser ocupados por apenas um magistrado, com o escopo de acelerar a tramitação das causas e baratear os custos da manutenção da Justiça, enquanto os órgãos judiciais de instâncias superiores mantiveram a sua formação colegiada.² Com isso, a colegialidade passou a ser vista não apenas como uma característica dos tribunais de segunda instância e de instâncias superiores, mas também como um princípio.³

Nesse passo, importante destacar que, para legitimamente substituir a decisão do juiz que atua no local onde os fatos ocorreram e que teve contato direto com as partes e as provas era preciso identificar características que pudessem representar uma atuação diferenciada nos órgãos dos tribunais que não fossem baseadas apenas na autoridade hierárquico-funcional. Assim, além da maior experiência dos seus membros, as decisões dos tribunais poderiam substituir as decisões dos juízes de primeira instância porque eram tomadas de forma pública por um colegiado.⁴ De modo que a estrutura colegiada dos tribunais se transformou numa importante base de justificação teórica das suas funções revisionais.

Nas últimas décadas, no entanto, a colegialidade dos tribunais passou a ser alvo de críticas. Numa apertada síntese,⁵ afirma-se que a formação colegiada: leva ao aumento nos custos do processo; tem uma atuação mais lenta que o juízo singular, porque depende da realização de diferentes tarefas, por diferentes julgadores,

2. Alguns países, no entanto, como na França, há muito tempo identificam na colegialidade um valor a ser preservado em todas as instâncias judiciárias. Neste sentido, veja-se MARQUES, Luiz Guilherme. *A justiça da França: um modelo em questão*. 2ª ed., Rio de Janeiro: AMCGuedes, 2016, p. 125. De qualquer forma, a colegialidade nas instâncias iniciais da Justiça Administrativa francesa vem sendo gradativamente afastada por diferentes leis editadas desde os anos 2000. Sobre o tema, veja-se COHENDET, Marie-Anne. *La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition? In: Revue Française de Droit Constitutionnel*. n° 68, Paris: PUF, out. 2006, p. 715.
3. De fato, na nossa visão, o princípio da colegialidade estabelece a primazia do órgão colegiado no julgamento das causas dirigidas aos tribunais (primazia do colegiado) e exige do magistrado o respeito à jurisprudência consolidada em seu órgão e em órgãos aos quais está vinculado, ainda que divergente de sua posição pessoal (autocontenção judicial).
4. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 126, assim sintetiza as vantagens e desvantagens do julgamento coletivo na seara dos tribunais: “O juiz singular tem maior sentimento de responsabilidade; isto, porém, pode, por um lado, ser perigoso, e, de outro, é passível de conseguir-se também no juiz colegial, tornando-se públicas as deliberações. O juiz singular não está sujeito à preponderância dos colegas, mas está mais exposto às pressões da opinião pública, dos litigantes, das autoridades superiores; tem um conhecimento mais imediato dos atos do processo, mas pode mais facilmente apreciá-los de modo subjetivo ou errado”.
5. Sobre essas críticas, veja-se CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 190, SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais*. São Paulo: Método, 2012, p. 82, e MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30.

situação agravada pelos pedidos de vista e pela redação de votos divergentes; permite a dispersão da atividade judicantes e a falta de compromisso individual com o processo decisório (“acompanho o voto do relator” ou “mantenho a sentença por seus próprios fundamentos”); pode produzir decisões assimétricas, contraditórias ou desconexas.

Por isso, em alguns países, uma das saídas encontradas para acelerar a tramitação dos feitos e promover uma melhor racionalização dos custos e dos trabalhos nos tribunais foi investir na ampliação dos poderes judicantes dos relatores. Na esteira desse movimento, os relatores puderam julgar monocraticamente não apenas a admissibilidade das causas ou questões incidentais, como já ocorria há muito tempo, mas também o mérito das ações, dos incidentes e, principalmente, dos recursos em tramitação nos tribunais, quando presentes determinados requisitos legais.

No Brasil, por exemplo, embora já fosse admitido nos tribunais superiores pela jurisprudência desde o século XVIII,⁶ o julgamento monocrático do mérito dos recursos cíveis pelo relator somente foi formalmente incorporado ao ordenamento jurídico com a edição do Código de Processo Civil de 1939 (CPC/1939), que previa a prática no seu art. 836, especificamente para o julgamento dos embargos de nulidade e infringentes.⁷ No ano seguinte, para ajustar o funcionamento da Corte ao CPC/1939, foi editado um novo Regimento Interno no Supremo Tribunal Federal, que regulamentou nos seus arts. 46 e 47 o julgamento monocrático do *habeas corpus* e da revisão criminal.⁸ Posteriormente, os regimentos internos dos tribunais superiores passaram a regular o tema, ampliando o leque de hipóteses submetidas ao julgamento monocrático.⁹ Em razão disso, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1939) contemplou no seu art.

-
6. SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. *A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio*. In: *Revista Estudos Institucionais*. v. 3, nº 1, Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017, p. 496.
 7. “Art. 836. Si não fôr caso de embargos, o relator o decidirá de plano, cabendo desta decisão agravo para a Câmara competente para o julgamento dos embargos. § 1º O agravo poderá ser interposto nas quarenta e oito (48), horas seguintes à publicação do despacho no órgão oficial. § 2º O relator, na primeira sessão, relatará o feito, sem tomar parte no julgamento que se seguir, lavrando, afinal, o acórdão”.
 8. “Art. 46. Compete ao relator: (...)
 - c) indeferir liminarmente as petições de habeas-corpus e revisões criminais, quando não suficientemente instruídas, quando fôr incompetente o Tribunal, ou o pedido fôr reiteração de outro, pelos mesmos fundamentos, salvo se julga relevante matéria. Poderá todavia ordenar as diligências que considerar necessárias para o conhecimento do habeas-corpus ou de revisão criminal, quando verificar que o pedido não foi instruído por motivo alinho ao requerente”.
 “Art. 47. A parte que se considerar agravada por despacho do Presidente do Tribunal, ou do relator, poderá requerer, dentro em cinco dias, que apresente o feito em mesa, para ser a decisão confirmada ou revogada por acórdão, será lavrado pelo relator se fôr confirmada, ou por outro Ministro designado pelo Presidente, no caso contrário”.
9. Nesse sentido, merecem citação o art. 15 do RISTF de 1963, endossado pela Súmula nº 322 do mesmo Tribunal, o art. 21 do RISTF de 1980, o art. 34 do RISTJ de 199.

557 uma situação onde, em sua redação original, o relator nos tribunais inferiores poderia julgar monocraticamente o agravo de instrumento no caso de “*manifesta improcedência*”.¹⁰

No entanto, foi somente com a Reforma do CPC/1973, levada à efeito em 1995, que o julgamento monocrático atingiu um novo patamar de relevância e se difundiu entre os tribunais inferiores, ganhando destaque na doutrina e na jurisprudência. De fato, se na vigência do CPC/1939 o julgamento monocrático nos tribunais inferiores era limitado a um recurso de baixa incidência, os embargos de nulidade e infringentes, na era do CPC/1973 ele passou a ser aplicado também ao agravo de instrumento e, posteriormente, a todos os recursos (art. 557)¹¹ e ao incidente de conflito de competência (art. 120, parágrafo único).¹² Além disso, as modificações operadas no CPC/1973 corroboraram uma ideia há muito existente na doutrina, segundo a qual, o relator deve estar respaldado pela jurisprudência para poder legitimamente julgar um recurso de forma singular.¹³

10. A redação original do art. 557 do CPC/1973 dispunha:

“Art. 557. Se o agravo for manifestadamente improcedente, o relator poderá indeferir-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.

Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo”.

11. Após a edição da Lei nº 9.139/1995, o art. 557 passou a ter a seguinte redação:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestadamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.

Parágrafo único. Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia”.

Finalmente, com a redação dada pela Lei nº 9.756/1998, o dispositivo assim ficou:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestadamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestadamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

12. Após a edição da Lei nº 9.756/1998, o art. 120 passou a ter um parágrafo único, com a seguinte redação: *“Art. 120. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente”.*

13. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil de 1939*. t. 11, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 321.

Como resultado dessas alterações, nos anos que se seguiram a proporção de julgamentos monocráticos disparou nos tribunais inferiores brasileiros, num fenômeno conhecido como “monocratização” dos julgamentos.¹⁴ Apenas para ilustrar a situação, de acordo com dados apurados pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2014, na grande parte dos tribunais estaduais mais de um terço de todas as decisões tomadas pelos órgãos judiciais de segunda instância eram monocráticas.¹⁵ Antes de 1995, esse tipo de julgamento não representava mais do que 4% do total de decisões tomadas por tais cortes. Com isso, o pêndulo novamente mudou de lado e o julgamento monocrático se tornou alvo de críticas, especialmente por parte de quem entendia que a colegialidade seria uma diretriz constitucional, que não poderia ser excepcionada pela legislação infraconstitucional quando do julgamento de mérito da pretensão recursal apresentada no tribunal.¹⁶ Dentro desse raciocínio, o órgão colegiado seria o único com autoridade para julgar o mérito dos recursos e sua delegação ao relator, uma violação ao princípio do juiz natural. Da mesma forma, a abreviação do procedimento decorrente da aplicação do julgamento monocrático era vista como lesiva ao princípio do contraditório e da ampla defesa, por dispensar a manifestação prévia das partes ou a sustentação oral em plenário.

Reforçava, ainda, a rejeição ao julgamento monocrático a percepção de que as regras previstas na legislação processual para disciplinar o instituto seriam vagas, incompletas e esparsas. De acordo com a doutrina,¹⁷ a falta de um regramento adequado e o emprego de conceitos indeterminados, tais como “jurisprudência dominante”,

14. DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres; KÖHLER, Domitila. *Julgamento virtual é mais um passo para a “monocratização” dos tribunais*. In: *Revista Consultor Jurídico* de 05/04/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-05/julgamento-virtual-passo-monocratizacao-tribunais>. Acessado em 29/10/2018.
15. BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015 (ano-base 2014)*. Brasília: CNJ, 2017, p. 142. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>. Acessado em 29/08/2019.
16. Nesse sentido, vejam-se BORGES, Marcos Afonso. *Alterações do Código de processo civil oriundas da Lei 9.756, de 17-12-1998*. In: *Revista de Processo*. nº 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1999, p. 8, MENDONÇA, Henrique Guelber de. *O princípio da colegialidade e o papel do relator no processo civil brasileiro*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 1, Rio de Janeiro: Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, out./dez. 2007, p. 208, PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial e recurso extraordinário: a lei 8.038 de 28.5.90 e as alterações no Código de Processo Civil*. In: *Revista de Processo*. nº 57, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1990, p.123, COSTA, Hélio Rubens Ribeiro. *A inconstitucionalidade da primeira parte do parágrafo 3. do art. 544 do Código de Processo Civil e demais questões referentes ao julgamento monocrático dos recursos constitucionais*. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 4, São Paulo: IASP, 1999, p. 120, e MARTINS, Francisco Peçanha. *A reforma do art. 557 do CPC: inconstitucionalidade e ilegalidade*. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 3, nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./jun. 2000, p. 59.
17. CRAMER, Ronaldo. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et altri. (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112.

abriu caminho para que o julgamento monocrático fosse utilizado de maneira discricionária, afastando-o dos valores inerentes ao modelo de processo desenhado pela Constituição Federal de 1988,¹⁸ em especial no que tange à fundamentação adequada. Com efeito, era comum encontrar decisões monocráticas, proferidas em diferentes tribunais pátrios, onde o relator julgava utilizando apenas as suas próprias decisões (“autojurisprudência”) ou jurisprudência minoritária, superada, defasada ou desajustada ao caso concreto, ou, pior, sem empregar qualquer tipo de jurisprudência.¹⁹

A falta de uma disciplina mais coesa estaria também levando os tribunais a adotarem, indiscriminadamente, o julgamento monocrático como técnica de enfretamento da inflação processual. De modo que era a pressa em desafogar as pautas e não a jurisprudência que servia de baliza para a utilização do julgamento monocrático.

Por outro lado, apesar de ser considerada como uma regra de julgamento, matéria de ordem pública, o posicionamento prevalente nos tribunais brasileiros era no sentido de que a atuação monocrática se configurava numa mera faculdade do relator, que poderia livremente escolher entre utilizar ou não essa via abreviada de procedimento.²⁰ Com isso, a aplicação da técnica do julgamento monocrático estaria sendo feita de maneira irregular e assimétrica entre os diferentes segmentos judiciais, regida pela conveniência e oportunidade dos seus membros.

Outro ponto que mereceu destaque no debate sobre o tema foi a reflexão sobre o recurso de agravo interno, enquanto mecanismo especificamente desenvolvido para permitir o controle pelo órgão colegiado da aplicação do julgamento monocrático. Apesar da possibilidade da interposição do agravo interno sempre ter sido apontada como elemento chave para a construção da legitimidade e da constitucionalidade do julgamento monocrático,²¹ este recurso vinha sendo alvo de consideráveis

18. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 78.

19. Sobre essas críticas, vejam-se WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19, e BONDIOLO, Luis Guilherme Aidar. *Breves notas sobre o controle das decisões monocráticas na instância recursal*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 786.

20. Nesse sentido, vejam-se ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 358, e PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 145. Mesmo após a edição do CPC/2015, essa orientação permanece prevalente nos tribunais. Nesse sentido, veja-se, por todos: “O artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal confere ao Relator poderes para, monocraticamente, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal, sendo certa a ausência de violação ao princípio da colegialidade quando do exercício dessa faculdade” (STF – 1ª Turma – HC AgRg no 160866/SP – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 22/10/2018).

21. Na jurisprudência, veja-se: “A competência deferida ao Relator para, monocraticamente, julgar recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência desta Corte não derroga o princípio da colegialidade, que resulta preservado, no âmbito desta Corte, pelo cabimento

questionamentos, não apenas em razão da sua baixíssima capacidade revisional,²² mas também pela falta de um regulamento mais apropriado para o seu funcionamento.²³ Alguns autores chegaram mesmo a afirmar, antes da edição do CPC/2015, que o agravo voltado para impugnar a decisão monocrática não se enquadraria na definição de recurso, configurando apenas um pedido de reconsideração ou de novo julgamento da causa pelo colegiado, que não precisaria sequer ser fundamentado.²⁴

É preciso reconhecer, no entanto, que as alterações promovidas pelo CPC/2015 acabaram por arrefecer as críticas que eram feitas ao julgamento monocrático e ao agravo interno. A disciplina do julgamento monocrático ficou muito mais coesa e restritiva, concentrada fundamentalmente no art. 932 do Código. Neste dispositivo, ficou estabelecido quais as manifestações jurisprudenciais poderiam ser utilizadas para permitir ao relator a atuação unipessoal. Da mesma forma, o agravo interno recebeu uma significativa evolução estrutural, com a unificação das suas regras em um capítulo próprio (Capítulo IV), dentro do título dedicado aos recursos (art. 1.021). Eis o teor desses artigos:

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

do recurso de agravo das decisões singulares proferidas por seus Ministros” (STF – 2ª Turma – AgRg no AI 742738/BA – Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 02/03/2010). Na doutrina, veja-se CIANCI, Mirna. *A Lei 9.756/98 (CPC, arts. 544, § 3º, e 557, §§ 1º a 3º) e a ampliação dos poderes do relator, dez anos depois*. In: *Revista de Processo*. nº 157, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2008, p. 170.

22. De acordo com PANTOJA, Fernanda Medina; FERRAZ, Leslie Shériida. *Julgamento singular e agravo interno: uma análise empírica*. In: *Revista de Processo*. nº 211, set. 2012, p. 81, o índice de provimento dos agravos internos interpostos no TJRJ nos anos de 2003 a 2008 era inferior a 1%. Sobre o tema, veja-se também as críticas formuladas por GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. (coord.). *O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 17.
23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. v. 5, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 665.
24. Nesse sentido, anunciava ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Do agravo regimental*. In: *Revista dos Tribunais*. v. 315, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1962, p. 139: “*Deveras, o agravo regimental tem previsão no Código de Processo Civil, assim como nos Regimentos Internos dos Tribunais. Sobre a sua natureza jurídica, diversamente dos agravos retido ou de instrumento, não é recurso, mas meio integrativo da vontade do órgão colegiado do Tribunal*”. Sobre a história desse debate, veja-se TALAMINI, Eduardo. *Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (“agravo interno”)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 184, e NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 238.

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso;

VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

§ 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

2. O PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO EQUIVALENTE: EM BUSCA DO EQUILÍBRIO ENTRE A COLEGIALIDADE E O JULGAMENTO MONOCRÁTICO

Com visto, o funcionamento do julgamento monocrático é um tema bastante controvertido e que envolve questões relacionadas ao exercício da atividade jurisdicional nos tribunais. Por isso, procuramos desenvolver um conjunto de afirmações capazes de promover o equilíbrio entre o julgamento monocrático e a formação colegiada dos tribunais. De plano, constatamos que a colegialidade representa um princípio jurídico,²⁵ assentado no princípio do juiz natural,²⁶ que exige, de um lado, a primazia do colegiado no julgamento dos tribunais, e, de outro, a autocontenção dos julgadores, tanto no plano vertical como horizontal. Assim, foi preciso identificar um outro princípio que, versando sobre o julgamento monocrático, fosse capaz de servir de contraponto ao princípio da colegialidade. O único princípio que tratava do julgamento monocrático que foi possível localizar no ordenamento jurídico brasileiro era chamado de princípio da jurisdição equivalente ou princípio da prestação jurisdicional equivalente.

Note-se que o princípio da jurisdição equivalente não surgiu, como normalmente ocorre, a partir de estudos doutrinários. De fato, conforme anotou José Maria Rosa Tesheiner,²⁷ ele foi inserido no direito brasileiro através de uma construção jurisprudencial feita sobre o julgamento monocrático dos recursos, então previsto no art. 557 do CPC/1973, no Superior Tribunal de Justiça (STJ).²⁸ Posteriormente, o

25. SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. *A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio*. In: *Revista Estudos Institucionais*. v. 3, nº 1, Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, 2017, p. 479. Um dos primeiros juristas brasileiros a identificar a colegialidade como um princípio, em 1963, foi MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. 4, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 4.
26. Conforme já destacado, a colegialidade não é um princípio restrito aos recursos, mas também aplicável às ações originárias e aos incidentes dirigidos aos tribunais. Por isso, sua vinculação direta é ao princípio do juiz natural.
27. TESHEINER, José Maria Rosa. *Provimento de recurso por decisão do relator: o chamado “princípio” da jurisdição equivalente*. In: *Páginas de Direito* de abr. 2004. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/114-artigos-abr-2004/5060-provimento-de-recurso-por-decisao-do-relator--o-chamado-principio-da-jurisdicao-equivalente>. Acessado em 21/08/2014.
28. Eis a ementa da primeira decisão tratando do princípio da jurisdição equivalente: “*PROCESSO CIVIL. CPC, ARTS. 475 E 557. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. REMESSA NECESSÁRIA. 1. A aplicação do art. 557 do CPC supõe que o julgador, ao isoladamente, negar seguimento ao recurso, confira à parte, prestação jurisdicional equivalente à que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado. 2. A ratio essendi do dispositivo, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.756/98, está a desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerrem matéria controversa. 3. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade. 4. O relator, com base no art. 557 do CPC, pode decidir monocraticamente a apelação e a remessa oficial, sem, todavia, comprometer o duplo grau de jurisdição” (STJ – 1ª Turma – RESP 517.358/RN – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 04/09/2003).*

princípio da jurisdição equivalente se difundiu e passou a ser empregado, ainda que timidamente, em outros tribunais da federação,²⁹ especialmente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.³⁰

Na nossa opinião, o termo “jurisdição equivalente” expressa uma ideia fundamental sobre o tema: a afirmação de que decisão monocrática é (ou deveria ser) um equivalente da decisão colegiada. Essa concepção de equivalência é importante não apenas para afirmar que a decisão monocrática tem a mesma autoridade e os mesmos efeitos da decisão colegiada, mas também para sublinhar que ela representa (ou deveria representar) uma projeção ou uma antecipação daquilo que o colegiado decidiria, caso fosse convocado para julgar a questão.

Não obstante, apesar de assentado na jurisprudência dos tribunais brasileiros, o princípio da jurisdição equivalente ainda não recebeu da doutrina a devida atenção. Por isso, para bem traduzir o seu sentido, buscamos fixar três premissas básicas. Em primeiro lugar, toda análise feita sobre o julgamento monocrático deve ser voltada para prestigiar o princípio do acesso à justiça, notadamente sob o prisma

29. Nesse sentido, veja-se os seguintes arestos: “*APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EQUIVALENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SEGMENTO NEGADO AO RECURSO. A jurisdição pátria assentou entendimento, segundo o qual deve ser o Nacional dos autos à comprovação do preparo, seja na oportunidade interposição do recurso ou, posteriormente, devidamente provocado, sob pena de deserção. Aplicabilidade do art. 557, carro, do Código de Processo Civil, permite ao relator, de forma isolada, negar seguimento ao recurso, conferindo à parte prestação jurisdicional equivalente aqui seria concedida, caso a demanda fosse julgada pelo órgão colegiado*” (TJPB – 4ª Câmara Cível – AC 0000595-92.2001.8.15.0091 – Rel. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Continho, j. em 15/10/2015), “*AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCROMÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. ART. 557 DO CPC. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EQUIVALENTE*” (TJSE – 2ª Câmara Cível – AgRg 0008846-82.2013.8.25.0000 – Rel. Des. José dos Anjos, j. em 09/09/2013) e “*Destaco que é possível o julgamento, de plano, pelo princípio da prestação jurisdicional e que Valente, quando a orientação sedimentada na Câmara sobre a matéria, de maneira que, elevada a questão ao órgão colegiado, seria confirmada a decisão do relator, consoante orientação já consagrada pelo e. STJ nos seguintes julgamentos: (...)*” (TJMT – 1ª Câmara de Direito Público e Coletivo – AC 0012166-12.2010.8.11.0041 – Rel. Des. Helena Maria Bezerra Ramos, j. em 19/09/2018).
30. Nesse sentido, vejam-se: “*É possível o julgamento monocrático do recurso de apelação, pelo princípio da prestação jurisdicional equivalente, quando há orientação sedimentada na Câmara sobre a matéria, de maneira que, levada a questão ao órgão colegiado, seria confirmada a decisão do relator*” (TJRS – 1ª Câmara Cível – AI 70078040045 – Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. em 31/10/2018), “*É possível o julgamento monocromático do agravo de instrumento, pelo princípio da prestação jurisdicional equivalente, quando há orientação sedimentada na Câmara sobre a matéria, de maneira que, levada a questão ao órgão colegiado, seria confirmada decisão do relator*” (TJRS – 20ª Câmara Cível – AI 70073240112 – Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, j. em 29/09/2014) e “*É possível o julgamento monocromático do agravo de instrumento, pelo princípio da prestação jurisdicional equivalente, quando há orientação sedimentada na Câmara sobre a matéria, de maneira que, levada a questão ao órgão colegiado, seria confirmada decisão do relator*” (TJRS – 7ª Câmara Cível – AI 70074411828 – Rel. Des. Liselena Schifino Ribeiro, j. em 26/07/2017).

do acesso aos tribunais, também conhecido como princípio do duplo grau de jurisdição.³¹ Em segundo lugar, as soluções construídas para o seu funcionamento devem ser consentâneas com a visão constitucional do processo, ou seja, devem ser capazes de promover os direitos e garantias processuais contidas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, como instrumento de densificação do Estado Democrático de Direito.³² Por fim, a sua utilização deve estar em sintonia com a lógica de funcionamento do sistema jurídico brasileiro contemporâneo, estruturalmente vinculado às tradições do *Civil Law*, porém com o reconhecimento da força normativa da jurisprudência estampado na legislação, formando uma modalidade diferenciada de jurisdição mista (*mixed jurisdiction*),³³ que bem poderia ser nominado de “*Brazilian Law*”.³⁴

Diante destas premissas, procuramos estabelecer os contornos do conteúdo do princípio da jurisdição equivalente. Para tanto, defendemos que o julgamento monocrático é compatível com nosso ordenamento jurídico, mas deve ser utilizado de maneira excepcional e criteriosa, submetida a um modelo constitucional de processo, quando presentes os pressupostos legais previstos no art. 932 do CPC/2015.³⁵ Os padrões decisórios previstos no art. 932 do CPC/2015 devem estar sendo aplicados

31. Como bem assinalado por NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38, o duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional, amparada pela estrutura judiciária e pelo inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que prevê “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.
32. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 67.
33. De acordo com HASELOF, Fabíula Utzig. *Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 183, a jurisdição mista “aparentemente, oferece as ferramentas para o desenvolvimento de um sistema melhor, no qual regras genéricas e abstratas previstas no direito codificado são interpretadas com base no alcance que receberam nos casos precedentes, nos quais elementos do caso concreto ganham relevância, numa combinação de códigos e cases, que já foi reconhecida como o melhor dos dois mundos. Portanto, parece ser um sistema mais completo porque garante a segurança jurídica na lei (igualdade formal) e no resultado (igualdade material), e mais racional porque estabelece a vinculação obrigatória aos precedentes julgados pelas cortes superiores”.
34. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1, 19ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017, p. 43. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes e o direito processual civil*. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017, p. 67, por sua vez, afirma que o “Brasil, na verdade, é mestiço até mesmo no seu sistema jurídico”.
35. Nesse sentido, vejam-se CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53, SILVA, Mário Teixeira da. *Recursos cíveis & os novos poderes do relator*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 58, e GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo inominado*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 29. Na jurisprudência, veja-se: “Ademais, a possibilidade de o Relator da causa decidir, monocraticamente, a controvérsia jurídica decorre de competência que o Supremo Tribunal Federal delegou, validamente, em sede regimental. Inexistente, pois, a suposta afronta ao princípio da colegialidade” (STF – 1ª Turma – AgRg no REXT 897.104/MG – Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 27/10/2017)

de maneira clara e reiterada. Caso contrário, deve o relator submeter o julgamento ao colegiado (*in dubio pro collegium*).

Importante frisar que, não obstante a decisão plurissubjetiva possa se afigurar, em tese, como mais justa, por envolver maior experiência e debate na sua construção, nos casos onde a questão *sub judice* estiver assentada na jurisprudência, o relator pode legitimamente atuar sozinho, para reservar o julgamento colegiado para as questões novas, controvertidas ou que demandem revisão de posicionamento. Dentro dessa linha de pensamento, sustentamos que a constitucionalidade do julgamento monocrático deriva da necessidade de promover a aceleração e a racionalização da atividade judicial nos tribunais.

Nesse passo, necessário sublinhar que embora o colegiado seja o juiz natural das causas dirigidas aos tribunais é perfeitamente possível que a lei delegue essa competência para o relator. A delegação legal, assim, faz com que o relator exerça uma competência funcional que lhe é própria, como juiz natural da causa, quando presentes as hipóteses previstas no art. 932 do CPC/2015.³⁶

Além disso, aduzimos que o julgamento monocrático deve ser visto como uma técnica de abreviação do procedimento recursal e, como tal, deve ser aplicada com força cogente pelos tribunais. Isso porque as regras sobre procedimento são de ordem pública e vinculam não apenas as partes, mas também o juízo. De modo que, presentes os requisitos legais (art. 932 do CPC/2015), o relator deve julgar monocraticamente o recurso submetido a sua análise.³⁷

36. Diferentemente do direito alemão, onde o relator atua monocraticamente por delegação do seu colegiado (art. 526 do CPC alemão), no direito brasileiro a delegação é decorrente da lei (art. 932 do CPC/2015). Apesar disso, é comum encontrar afirmação de que o relator age por delegação do seu colegiado. Nesse sentido, vejam-se CARNEIRO, Athon Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 79, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 238, e TALAMINI, Eduardo. *Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (“agravo interno”)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 182. Na jurisprudência, veja-se: “As decisões judiciais nos Tribunais, como regra, deverão ser proferidas por seus órgãos colegiados. Os princípios da celeridade e economia processual apontam as hipóteses em que os recursos podem receber decisões monocráticas do relator, que age como delegado do órgão colegiado. Por isso que é defeso ao relator suprimir da apreciação colegiada, por mais inadmissível que sejam as fundamentações do recurso interposto” (STJ – REsp 1084437/RJ – 1ª Turma – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 12/05/2009).

37. Nesse sentido, vejam-se CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65, e CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Os meios de controle das decisões monocráticas do relator em tribunais*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 795. Em sentido contrário, assinalando que seria uma faculdade do relator, ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 357. Na mesma linha que Assis, DINAMARCO,

Do mesmo modo, sustentamos que jurisprudência apta a legitimar o julgamento monocrático deve estar em consonância com o entendimento sufragado não apenas nos tribunais superiores, mas também no órgão colegiado ao qual pertence o relator. Isso porque, se o relator julgar individualmente aplicando um determinado padrão decisório³⁸ que não é interpretado da mesma forma pelo seu órgão colegiado,³⁹ estará promovendo a quebra da isonomia e, por via de consequência, atentando contra as diretrizes fundamentais do sistema jurisprudencial (art. 926 do CPC/2015). De fato, quando o relator julga monocraticamente em contraste com seu colegiado, não havendo recurso, a questão terá uma solução, ao passo que, se a causa for submetida ao colegiado ou outro julgador for o relator, a mesma questão será tera solução diversa.

Refutamos, por outro lado, as orientações que defendem que o julgamento monocrático pode ter lugar diante de padrões decisórios não expressamente previstos no art. 932 do CPC/2015. Na nossa visão, não havendo um padrão decisório previsto em lei, o relator deverá levar o mérito do recurso a julgamento pelo colegiado, para que este possa promover a uniformização da questão (art. 926 do CPC/2015). Note-se, nesse passo, que a previsão contida no art. 932, VIII, do CPC/2015 de que os regimentos internos dos tribunais podem prever outras atribuições para o relator não se presta a justificar a ampliação do rol de situações onde o julgamento monocrático é cabível, inserindo hipóteses com base em conceitos indeterminados, como “jurisprudência

Cândido Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 130, preceitua que: “Em todos esses dispositivos que ampliam os poderes do relator nos tribunais tomou-se constante o cuidado de empregar o verbo poder, não o verbo dever (art. 120, par.; art. 544, §3º.; art. 557, §1º-A). Também não se disse que o relator julgará de plano o conflito de competência, ou proverá desde logo o recurso especial etc., o que equivaleria a criar-lhe obrigаторiedades. Isso significa que o legislador quis deixar ao prudente arbitrio do próprio relator a opção entre julgar por si próprio, monocraticamente, ou encaminhar o caso ao colegiado. Naturalmente, essa opção dependerá sempre do grau de convicção do relator, a quem competirá, com honestidade profissional, abster-se de julgar quando sentir que a matéria não é tão segura que legitime esses verdadeiros atalhos procedimentais instituídos pela lei”.

38. Importante esclarecer que, com espeque no art. 966, § 5º, do CPC/2015, empregamos a expressão “padrão decisório” para identificar todas as manifestações jurisprudenciais dotadas de força normativa (art. 927 do CPC/2015). Assim, são exemplos de padrões decisórios as súmulas vinculantes, as decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, as decisões proferidas pelos tribunais em recursos repetitivos, em repercussão geral, em incidentes de resolução de demandas repetitivas etc.
39. Um exemplo dessa situação pode ser visto em relação à inversão do ônus da prova nas ações de reparação por danos ambientais. Essa questão foi objeto de uma súmula no STJ (Súmula 618), que é um dos padrões decisórios que o relator pode utilizar para julgar monocraticamente um recurso (art. 932, IV, a, e V, a, do CPC/2015). Ocorre que a súmula foi baseada em casos onde os danos ambientais foram causados por pessoas jurídicas. Assim, existe divergência se tal padrão decisório pode ser aplicado quando o causador do dano for pessoa natural.

consolidada” ou “jurisprudência dominante”.⁴⁰ No caso do julgamento monocrático, o rol de padrões decisórios é taxativo e não admite interpretações extensivas.⁴¹

Por outro lado, sustentamos que a aplicação dos padrões decisórios deve ser feita tomando em consideração não apenas a causa julgada ou os seus precedentes, mas também o contexto de sua aplicação presente em outras decisões, pareceres ou manifestações doutrinárias, por exemplo. Além disso, defendemos que se o padrão decisório não for capaz de, por si só, resolver a integralidade do mérito do recurso, a questão terá que ser submetida ao colegiado. Isso significa dizer que o relator não pode aproveitar que parte da questão recursal se submete a um padrão decisório para julgar monocraticamente a totalidade do recurso. Da mesma forma, o relator não pode julgar sozinho parcela da questão recursal e submeter o restante ao julgamento colegiado, fracionando o recurso.

Em nosso entendimento, a aplicação do julgamento monocrático pressupõe o respeito ao contraditório participativo.⁴² De fato, a decisão monocrática somente pode versar sobre questões que tenham sido previamente submetidas ao conhecimento das partes, que sobre elas tiveram oportunidade de se manifestar. Caso o relator entenda que uma questão nova e pertinente ao julgamento do recurso surgiu após a interposição, deverá intimar as partes para se manifestar, nos termos do art. 933 do CPC/2015. Nesse passo, apontamos a inconstitucionalidade de modalidades utilitaristas de contraditório,⁴³ previstas em lei e aceitas pela doutrina e jurisprudência, que agridem o modelo constitucional de processo. De fato, não conseguimos compreender como, no atual estágio da ciência processual, ainda é possível condicionar a oitiva das partes ao tipo de decisão que será proferida, como ocorre em relação ao julgamento monocrático previsto no art. 932, IV, do CPC/2015. Desse modo, entendemos que as partes devem ser ouvidas sempre antes do julgamento monocrático, ressalvadas apenas as hipóteses de medidas requeridas em caráter *inaudita altera partes* ou quando não houver no procedimento parte adversa.

Outrossim, aduzimos que a aplicação julgamento monocrático deve ser feita por meio de fundamentação adequada, nos termos do art. 93, IX, da CF, e do art. 489, §

40. Um exemplo dessa indevida aplicação pode ser visto na Súmula 568 do STJ, editada dois dias antes do CPC/2015 entrar em vigor: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

41. É preciso reconhecer, no entanto, que o legislador não foi feliz ao estabelecer o rol de padrões decisórios. Na nossa opinião, por exemplo, não existe justificativa para se excluir deste rol a decisão proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade. Este padrão decisório está não apenas previsto na Constituição Federal, que lhe atribui eficácia vinculativa (art. 102, § 2º), mas também no próprio CPC/2015 (art. 927, I). Além disso, a aplicação deste padrão não está sujeita à reserva de plenário (art. 949, parágrafo único, do CPC/2015).

42. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 22.

43. ROCHA, Felipe Borring. *O contraditório utilitarista*. In: *Revista de Processo*. nº 229, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2014, p. 172.

1º, do CPC/2015. Para tanto, o relator deverá demonstrar não apenas sua visão sobre a questão deduzida no recurso, mas também o cotejo analítico entre a sua visão e os padrões decisórios invocados para legitimar a atuação monocrática. Nesse sentido, a fundamentação exerce uma dupla função, tanto argumentativa, para justificar a solução aplicada, como procedimental, para permitir a abreviação do procedimento.

Sustentamos também que o agravo interno (art. 1.021 do CPC/2015)⁴⁴ e os embargos de declaração (arts. 1.022 a 1.026 do CPC/2015) devem ser identificados como ferramentas essenciais para o aperfeiçoamento e para o controle da aplicação do julgamento monocrático, afastando a visão negativa que os tribunais cotidianamente lhes atribuem. Aduzimos, assim, que a multa prevista tanto no agravo interno (art. 1.021, § 4º, do CPC/2015) como nos embargos de declaração (art. 1.026, § 2º, do CPC/2015) não pode ser utilizada como instrumento de intimidação das partes⁴⁵ e somente deve ser aplicada se ficar efetivamente demonstrada que a interposição do recurso foi movida por má-fé. O simples fato do agravo interno ou dos embargos de declaração terem sido rejeitados não é suficiente para caracterizar a falta de boa-fé na atuação do recorrente.⁴⁶ É preciso também considerar que a interposição destes recursos é necessária para provocar o esgotamento da instância e permitir a interposição de outros recursos.

No caso específico do agravo interno, é preciso ter em mente que este recurso tem função crucial no funcionamento do sistema processual, pois representa o instrumento de preservação não apenas do princípio do colegiado,⁴⁷ mas também de

-
44. De acordo com CÂMARA, Alexandre Feitas. *O agravo interno no direito processual civil brasileiro*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 614, “*chama-se agravo interno ao remédio processual que permite o controle pelos tribunais (ou seus órgãos fracionários) das decisões monocráticas proferidas pelos relatores ou seus presidentes*”.
45. Nesse sentido, veja-se a seguinte “advertência”, contida no final de uma decisão monocrática: “*Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa*” (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º)” (STJ – 3ª Turma – ARESP 1.342.354/MG – Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 23/11/2018).
46. Nesse sentido, veja-se: “*A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do não provimento do agravo interno em votação unânime. A condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória, o que, contudo, não ocorreu na hipótese examinada*” (STJ – 2ª Seção – AgInt nos EREsp 1.120.356/RS – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 24/08/2016).
47. Nesse sentido, veja-se: “*É possível ao Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade. Ademais, com a interposição do agravo regimental, fica superada a alegação de nulidade pela violação ao referido princípio, ante a devolução da matéria à apreciação pelo Órgão Julgador*” (STJ – 3ª Turma – AgInt no RESP 1.665.396/MG – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 14/11/2017).

outros princípios processuais, tais como a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.⁴⁸ Não obstante, de acordo com os levantamentos feitos por amostragem junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro durante a elaboração da tese de doutorado que serviu de base para este artigo, foi apurado que após a entrada em vigor do CPC/2015, o número de decisões monocráticas agravadas ficou abaixo de 15% e o número de agravos internos integralmente providos não atingiu o patamar de 3% do total de recursos interpostos. Por isso, entendemos ser preciso reformular o Código de Processo Civil, para permitir que o agravo interno possa cumprir adequadamente seu papel de legitimador e controlador do julgamento monocrático.

Na nossa visão, a principal razão o mau funcionamento do agravo interno é a atuação do relator que proferiu a decisão agravada no seu processamento. Destarte, a participação do relator na condução e no julgamento do agravo interno contraria a lógica do princípio do duplo grau de jurisdição, comprometendo o acesso qualificado aos tribunais. Se o relator não se retrata, quando provocado, ele perde a sua condição de imparcialidade e passa a ter interesse em defender a sua posição. Por isso, afirmamos que o afastamento do relator no julgamento do agravo interno, que já esteve previsto em diversas leis e regimentos editados ao longo da história do direito brasileiro, precisa ser introduzido no CPC/2015. Por outro lado, é imperioso que o agravo interno ofereça às partes a possibilidade de sustentação oral, quando tal direito for previsto em relação ao recurso cujo procedimento foi abreviado pela atuação do relator.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO NO DIREITO PORTUGUÊS

Conforme dispõem os arts. 209 e seguintes da Constituição Portuguesa de 1976, a estrutura do Poder Judiciário português pode ser dividida em quatro ordens de jurisdição: a jurisdição constitucional (Tribunal Constitucional), a jurisdição judicial (tribunais judiciais), a jurisdição administrativa (tribunais administrativos e fiscais) e jurisdição financeira (Tribunal de Contas). Dentre estes segmentos, os tribunais judiciais têm competência residual, pois são os responsáveis por julgar todas as matérias não atribuídas expressamente às outras jurisdições (arts. 201 e 211 da Constituição Portuguesa).

Os tribunais judiciais se dividem em duas instâncias, além do tribunal de sobreposição, chamado de Supremo Tribunal de Justiça, com sede em Lisboa. A primeira instância é formada por tribunais de competência genérica, tribunais com

48. Nesse sentido, OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 129, e CÂMARA, Alexandre Feitas. *O agravo interno no direito processual civil brasileiro*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 618.

competência específica, tribunais especializados e julgados de paz, distribuídos entre as comarcas, ao passo que a segunda instância é composta por cinco tribunais da relação, um para cada distrito (Coimbra, Évora e Lisboa) e dois para o distrito do Porto (Porto e Guimarães). A primeira instância da jurisdição judicial é composta por juízes singulares e tribunais coletivos,⁴⁹ que realizam o processamento e julgamento das causas, enquanto incumbe à segunda instância prioritariamente rever as decisões proferidas pela instância inferior, bem como julgar ações de competência originária dos tribunais.

Ao Supremo Tribunal de Justiça compete rever as decisões dos tribunais da relação, uniformizando seus entendimentos. As decisões do Supremo Tribunal de Justiça, por sua vez, se sujeitam apenas ao Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional foi criado pela reforma constitucional de 1982, colocando-se como revisor em matéria constitucional de toda a Justiça portuguesa, além de exercer a competência para dirimir conflitos entre outros tribunais em matéria de inconstitucionalidade.

Os tribunais da relação, por sua vez, são divididos em órgãos fracionários, chamados de “seções” (câmaras). Nas seções, os julgamentos são prioritariamente feitos pelo colegiado, “em conferência”, formada por três juízes, cabendo a um deles a função de relator e, aos demais, a função de “adjuntos” (vogais). Embora a figura do relator já existisse no direito português desde o século XV, chamado de “juiz regedor”, ele somente foi regulado de maneira mais detalhada a partir da previsão contida nos arts. 1.538 e 1.539 do Código de Processo Civil Português de 1876. Na maior parte deste período, o relator detinha essencialmente funções instrutórias e ordinatórias, tais como apreciar pedidos de habilitação ou juntadas de documentos. As últimas reformas processuais, no entanto, com vistas à celeridade processual, lograram ampliar as atividades judicantes do relator, em detrimento da colegialidade característica dos tribunais portugueses, inserindo novas hipóteses onde ele pode julgar isoladamente.⁵⁰

Atualmente, o exemplo mais importante de julgamento monocrático no ordenamento jurídico português, chamado de “julgamento sumário do objeto do recurso”, está previsto no art. 652, I, c, do Código de Processo Civil Português de 2013 – CPCP.⁵¹ No mesmo dispositivo, no item 3º, está também regulada a “impugnação”

49. Diz o art. 132 do CPCP:

“Tribunal singular

Artigo 132º

Composição e competência

1 - O tribunal singular é composto por um juiz.

2 - Compete ao tribunal singular julgar os processos que não devam ser julgados pelo tribunal coletivo ou do júri”.

50. GERALDES, António Santos Abrantes. *Recursos no novo código de processo civil*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 246.

51. Interessante notar que o relator também pode julgar monocraticamente a inadmissibilidade da apelação, nos termos do art. 655 do CPCP:

ao julgamento sumário do relator. Eis o teor dos trechos do art. 652 do CPCP mencionados:⁵²

Art. 652

Função do relator

1 - O juiz a quem o processo for distribuído fica a ser o relator, incumbindo-lhe deferir todos os termos do recurso até final, designadamente:

(...)

c) Julgar sumariamente o objeto do recurso, nos termos previstos no artigo 656.º;

(...)

3 - Salvo o disposto no n.º 6 do artigo 641.º, quando a parte se considere prejudicada por qualquer despacho do relator, que não seja de mero expediente, pode requerer que sobre a matéria do despacho recaia um acórdão; o relator deve submeter o caso à conferência, depois de ouvida a parte contrária.

O regulamento do julgamento sumário do objeto do recurso, por seu turno, está estampado no art. 656 do CPCP,⁵³ ao qual o art. 652, I, c, do mesmo diploma faz expressa remissão. *In verbis*:

“Artigo 655º

Não conhecimento do objeto do recurso

1 - Se entender que não pode conhecer-se do objeto do recurso, o relator, antes de proferir decisão, ouvirá cada uma das partes, pelo prazo de 10 dias.

2 - Sendo a questão suscitada pelo apelado, na sua alegação, é aplicável o disposto no nº 2 do artigo anterior”.

52. O CPCP não é o único diploma a tratar do julgamento monocrático em Portugal. Nesse sentido, por exemplo, podem ser destacas os seguintes dispositivos da Lei nº 62, de 26 de agosto de 2013 (Lei da Organização do Sistema Judiciário Português):

“Art. 55. Compete às secções, segundo a sua especialização:

(...)

g) Julgar, por intermédio do relator, os termos dos recursos a este cometidos pela lei de processo”

“Art. 56. Julgamento nas secções

1 - Fora dos casos previstos na lei de processo e nas alíneas g) e h) do artigo anterior, o julgamento nas secções é efetuado por três juízes, cabendo a um juiz as funções de relator e aos outros juízes as funções de adjuntos”.

53. A redação do art. 656 do CPCP foi copiada do art. 705 do CPC português de 1961, após a reforma operada neste dispositivo pelo Decreto-Lei nº 329-A/1995. A exposição de motivos do Decreto-Lei nº 329-A/1995, ao tratar do tema, assim destacou: *“No que se reporta ao julgamento do recurso, amplia-se muito significativamente o elenco das competências atribuídas ao relator, permitindo-lhe inclusivamente julgar, singular e liminarmente, o objeto do recurso, nos casos de manifesta improcedência ou de o mesmo versar sobre questões simples e já repetidamente apreciadas na jurisprudência. Pretende-se, com tal faculdade, dispensar a intervenção – na prática, em muitos casos, puramente formal – da conferência na resolução de questões que podem perfeitamente ser decididas singularmente pelo relator, ficando os direitos das partes acautelados pela possibilidade de reclamarem para a conferência da decisão proferida pelo relator do processo”.*

Artigo 656º

Decisão liminar do objeto do recurso

Quando o relator entender que a questão a decidir é simples, designadamente por ter já sido jurisdicionalmente apreciada, de modo uniforme e reiterado, ou que o recurso é manifestamente infundado, profere decisão sumária, que pode consistir em simples remissão para as precedentes decisões, de que se juntará cópia.

Diferentemente do direito alemão, onde é o órgão colegiado que estabelece quais causas o relator poderá julgar, em verdadeiro ato de delegação,⁵⁴ no direito processual português o cabimento do julgamento monocrático se volta para as “questões mais simples”. Neste sentido, analisando o texto do art. 656 do CPCP,

54. No direito processual alemão, a regra também é o julgamento colegiado nos tribunais e o julgamento monocrático dos recursos é feito em caráter excepcional, quando o órgão colegiado delega ao relator poderes decisórios, em determinadas situações, na forma do art. 526 do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*):

“Art. 526

(1) O Tribunal de Apelação pode, por meio de uma decisão, transferir o julgamento de uma causa para um dos seus membros como juiz singular quando:

1. a decisão recorrida foi emitida por um único juiz,
2. a causa não apresenta dificuldades específicas de natureza factual ou jurídica,
3. a causa não tem importância fundamental e
4. não tenha sido tratada a causa principal em audiência, podendo suceder então que nesse ínterim tenha sido proferida uma sentença com reserva, parcial ou incidental.

(2) O juiz singular submete ao Tribunal de Apelação a causa para que seja decidida a transferência para este quando:

1. uma alteração substancial na situação jurídica dá origem à dificuldades factuais ou jurídicas específicas ou à atribui importância fundamental do causa, ou
2. as partes concordam em fazê-lo.

O Tribunal de Apelação assumirá o julgamento da causa se houver os pré-requisitos nos termos da frase nº 1. Ela decide sobre isso depois de ouvir as partes por escrito. Uma nova transferência para o juiz singular é proibida”.

Eis o texto original:

“§ 526

(1) *Das Berufungsgericht kann durch Beschluss den Rechtsstreit einem seiner Mitglieder als Einzelrichter zur Entscheidung übertragen, wenn:*

1. *die angefochtene Entscheidung von einem Einzelrichter erlassen wurde,*
2. *die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist,*
3. *die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und*
4. *nicht bereits im Haupttermin zur Hauptsache verhandelt worden ist, es sei denn, dass inzwischen ein Vorbehalts-, Teil- oder Zwischenurteil ergangen ist.*

(2) *1Der Einzelrichter legt den Rechtsstreit dem Berufungsgericht zur Entscheidung über eine Übernahme vor, wenn*

1. *sich aus einer wesentlichen Änderung der Prozesslage besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten der Sache oder die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache ergeben oder,*
2. *die Parteien dies übereinstimmend beantragen.*

é possível verificar que existem duas hipóteses onde a lei permite que o relator identifique a simplicidade da questão sob julgamento: a) quando a questão recursal já estiver assentada na jurisprudência; b) quando a pretensão recursal for manifestamente infundada. No primeiro caso, o relator precisa juntar cópias de decisões para comprovar que a sua conclusão está em sintonia com a jurisprudência consolidada em torno da questão. Além disso, diz o artigo, na decisão monocrática, o relator pode se limitar a fazer remissões aos precedentes invocados, através da chamada fundamentação *per relationem*.⁵⁵

Retomando o art. 652, nº 3, do CPCP, tem-se que em face das decisões proferidas monocraticamente pelo relator cabe “impugnação”, informalmente conhecida como “reclamação para a conferência”, visando o reexame da questão recursal pelo órgão colegiado a quem caberia originariamente a apreciação do recurso. A impugnação deve ser interposta no prazo de 10 dias (art. 149, nº 1, do CPCP), contados da notificação da decisão, por meio de petição escrita, dirigida ao relator, requerendo o julgamento colegiado.

Note-se que a lei não exige qualquer fundamentação a ser apresentada na petição de interposição da impugnação, o que não impede que o reclamante possa fazer as alegações que entender pertinentes.⁵⁶ Recebida a impugnação, o relator deve determinar a intimação do impugnado para responder, também no prazo de 10 dias. No julgamento da questão no órgão colegiado participam, além do relator, os dois juízes que lhe seguirem na ordem de antiguidade da respectiva seção (art. 652, nº 2, do CPCP).⁵⁷ De acordo com António Santos Abrantes Geraldes,⁵⁸ a deliberação em conferência deve incidir sobre o despacho elaborado pelo relator, com a manutenção, revogação ou alteração da decisão reclamada, na forma que se revelar o entendimento majoritário. O relator, portanto, conduz o procedimento da impugnação e participa do seu julgamento.

Assim como ocorre no Brasil, a decisão monocrática do relator não é diretamente recorrível para as instâncias superiores. Isso porque, embora fale em nome do seu

Das Berufungsgericht übernimmt den Rechtsstreit, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 Nr. 1 vorliegen. Es entscheidet hierüber nach Anhörung der Parteien durch Beschluss. Eine erneute Übertragung auf den Einzelrichter ist ausgeschlossen”.

55. Na prática forense, entretanto, diante da exigência de fundamentação adequada, presente no art. 154 do CPCP, em consonância com o art. 205, item 1, da Constituição Portuguesa, o entendimento fluente é que a decisão monocrática deve apresentar os seus elementos de convicção, ainda que de forma sucinta. Neste sentido, veja-se BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. *O dever de motivação das decisões judiciais no novo CPC português*. In: SILVA, João Calvão da; et altri (org.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017, p. 180.
56. GERALDES, António Santos Abrantes. *Recursos no novo código de processo civil*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 246.
57. AMARAL, Jorge Augusto Pais de Amaral. *Direito processual civil*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 314.
58. *Recursos no novo código de processo civil*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 247.

colegiado, a decisão sumária do relator não é capaz de esgotar a instância. Destarte, por exemplo, nos termos do art. 671, nº 1, do CPCP, a interposição do recurso de revista ao Supremo Tribunal de Justiça das decisões exaradas pelos tribunais da relação somente é cabível em face de acórdão, ou seja, nos casos onde o julgamento foi proferido pelo colegiado.

4. CONCLUSÕES

Conforme se pôde verificar, o regramento português do julgamento monocrático do mérito do recurso e da sua impugnação são similares ao que o direito brasileiro tinha, antes do CPC/2015, e, em alguns aspectos, antes mesmo do CPC/1973. De fato, o julgamento monocrático do recurso é feito pelo relator com base na simplicidade da questão recursal, demonstrada pela existência de jurisprudência consolidada sobre a questão ou a manifesta falta de embasamento do recurso. São critérios imprecisos e vagos, que não promovem a segurança jurídica necessária para buscar a padronização do procedimento sumário e a uniformização da jurisprudência. Não por outra razão, a “decisão sumária” é alvo de críticas doutrinárias, sendo apontada por alguns autores como fator de retardo e não de aceleração processual.⁵⁹

A impugnação prevista no art. 652, nº 3, do CPCP, por sua vez, não tem natureza de recurso, mas de mero pedido de rejuízo do recurso pelo colegiado, que não precisa sequer ser motivado. Praticamente não existem parâmetros legais para regular seu funcionamento ou seu julgamento, afora a previsão de oitiva da parte impugnada e de participação do relator na formação da decisão.

De modo que a situação do julgamento monocrático observada no direito português é muito similar àquela que existia no direito brasileiro, antes das reformas legislativas iniciadas na década de 1990. Por isso, nos parece razoável acreditar que os mesmos elementos que orientam o princípio da jurisdição equivalente no Brasil podem ser aplicados ao julgamento monocrático da apelação em Portugal.

Assim, na nossa visão, o ideal seria que o CPCP fosse reformado, para reorganizar o “julgamento sumário do objeto da apelação”, alinhando-o com os direitos e garantias fundamentais da Constituição Portuguesa, especialmente à luz dos princípios do acesso à justiça (no prisma do acesso aos tribunais), contraditório, colegialidade e fundamentação. Para tanto, seria necessário adotar as seguintes diretrizes:

59. Nesse sentido, diz ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito processual civil*. v. 2. Coimbra: Almeida, 2015, p. 479: “*Julgamento sumário não significa aceleração do julgamento. Após a apresentação da reclamação (que quase sempre ocorre) pelo recorrente vencido da decisão singular para a conferência, haverá que ouvir a parte contrária por 10 dias, e, seguidamente, abrir vista aos juízes adjuntos por idêntico razão; daí que, sem tal expediente processual, o recurso fosse julgado muito mais celeremente, tendo presente que a reclamação e a correspondente resposta irão funcionar, na prática, como novas ‘alegações’.* O que explica a relativa parcimônia com que os tribunais superiores vêm lançando mão da faculdade concedida pelo anterior art. 705º (atual art. 656º)”.

- a) os magistrados integrantes de um órgão do tribunal, atuando em conjunto ou isoladamente, devem se submeter a manifestação do seu próprio colegiado, do seu tribunal e das instâncias superiores (autocontenção judicial), ressalvados os casos de distinção ou revisão;
- b) o julgamento monocrático deve ser visto como uma exceção, pois a regra é o julgamento colegiado;
- c) o julgamento monocrático deve ser visto como um mecanismo de aceleração da tramitação das causas perante os tribunais e de racionalização da distribuição de tarefas entre seus membros;
- d) o julgamento monocrático deve ser visto como uma técnica de abreviação procedimental, regida por regras de ordem pública e de observância compulsória pelas partes e pelo juízo;
- e) as partes devem ser ouvidas antes da prolação da decisão monocrática, independentemente do seu resultado, exceto nos casos onde não exista parte adversa;
- f) as partes devem ser ouvidas antes da prolação da decisão monocrática, quando o relator entender que o julgamento está ligado a um tema que não foi ainda tratado no processo;
- g) no julgamento monocrático, o relator deve ser visto como o juiz natural do recurso, exercendo uma função própria (não delegada), em razão da previsão legal de sua competência judicante;
- h) no julgamento monocrático, o relator deve ser visto como um porta-voz qualificado do seu órgão, antecipando a decisão que provavelmente seria proferida caso a questão fosse diretamente submetida ao colegiado;
- i) a decisão monocrática deve ser considerada como dotada da mesma autoridade da decisão colegiada, embora não seja capaz de esgotar a instância;
- j) o relator deve ser visto como um filtro do seu colegiado, julgando monocraticamente as questões pacificadas e submetendo-lhe apenas as questões novas, controvertidas ou que mereçam revisão;
- k) o julgamento deve ser feito diretamente pelo colegiado se houver dúvida sobre a solução a ser aplicada à questão recursal, representada por orientações jurisprudenciais divergentes, modificações fáticas ou alterações legislativas, por exemplo (*in dubio pro collegium*);
- l) a lei deve prever expressa e taxativamente quais padrões decisórios integrantes da jurisprudência poderão ser invocados pelo relator para permitir o julgamento monocrático;
- m) a lei não deve conter hipóteses de cabimento do julgamento monocrático baseadas em conceitos jurídicos abertos ou vagos;
- n) o julgamento monocrático só deve ser aplicado quando a questão sob análise estiver em perfeita sintonia com os padrões decisórios previstos em lei;

- o) o relator deve demonstrar na decisão monocrática a similitude fática e jurídica entre a questão recursal e o padrão decisório invocado (cotejo analítico);
- p) o relator deve, sempre que possível, corroborar a solução adotada na decisão monocrática com a citação de outros precedentes que aplicaram o mesmo padrão decisório, além de pareceres e manifestações doutrinárias;
- q) o julgamento monocrático só deve ser aplicado quando os padrões decisórios invocados estiverem sendo aplicado de maneira reiterada e uniforme, não apenas pelos tribunais superiores, mas também pelo órgão fracionário representado pelo relator;
- r) o julgamento monocrático só deve ser aplicado de maneira ética e impessoal;
- s) a lei não deve admitir a possibilidade de o relator proferir decisão monocrática com fundamentação *per relationem*;
- t) as partes devem ter o direito de acesso ao colegiado, através de um instrumento próprio para atacar a decisão monocrática;
- u) a “reclamação para a conferência” deve ser substituída por um modelo recursal, devidamente regulado em lei, prevendo o cabimento, o prazo de interposição e resposta, o preparo e a estrutura do procedimento, inclusive com a possibilidade de retratação por parte do relator;
- v) o recurso contra a decisão monocrática deve ser relatado e julgado sem a participação do relator original, caso ele não tenha se retratado no momento oportuno;
- w) o julgamento do recurso contra a decisão monocrática deve ser feito com fundamentação adequada, ainda que rejeite a pretensão recursal;
- x) a interposição do recurso contra a decisão monocrática só deve ser alvo de sanções quando ficar demonstrado que se trata de ato violador da boa-fé processual.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito processual civil*. v. 2. Coimbra: Almeida, 2015.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de Amaral. *Direito processual civil*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Do agravo regimental*. In: *Revista dos Tribunais*. v. 315, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1962, p. 130-152.
- ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. *O dever de motivação das decisões judiciais no novo CPC português*. In: SILVA, João Calvão da; et altri (org.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017, p. 167-181.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Breves notas sobre o controle das decisões monocráticas na instância recursal*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 784-792.

- BORGES, Marcos Afonso. *Alterações do Código de Processo Civil oriundas da Lei 9.756, de 17-12-1998*. In: *Revista de Processo*. nº 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1999, p. 7-24.
- BRASIL. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acessado em: 10/11/2017.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015 (ano-base 2014)*. Brasília: CNJ, 2017, p. 142. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>. Acessado em 29/08/2019.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Feitas. *O agravo interno no direito processual civil brasileiro*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 611-618.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos*. São Paulo: Saraiva, 2008
- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Os meios de controle das decisões monocráticas do relator em tribunais*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 791-802.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CIANCI, Mirna. *A Lei 9.756/98 (CPC, arts. 544, § 3º, e 557, §§ 1º a 3º) e a ampliação dos poderes do relator, dez anos depois*. In: *Revista de Processo*. nº 157, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2008, p. 165-181.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997
- COHENDET, Marie-Anne. *La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?* In: *Revue Française de Droit Constitutionnel*. nº 68, Paris: PUF, out. 2006, p. 713-736.
- COSTA, Hélio Rubens Ribeiro. *A inconstitucionalidade da primeira parte do parágrafo 3. do art. 544 do Código de Processo Civil e demais questões referentes ao julgamento monocrático dos recursos constitucionais*. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 4, São Paulo: IASP, 1999, p. 113-122.
- CRAMER, Ronaldo. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et altri. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 107-114.
- DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres; KÖHLER, Domitila. *Julgamento virtual é mais um passo para a “monocratização” dos tribunais*. In: *Revista Consultor Jurídico* de 05/04/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-05/julgamento-virtual-passo-monocratizacao-tribunais>. Acessado em 29/10/2018.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1, 19ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 127-144.
- GERALDES, Antônio Santos Abrantes. *Recursos no novo código de processo civil*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2017.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo inominado*. Salvador: Juspodivm, 2010.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. (coord.). *O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 1-45.
- HASELOF, Fabíola Utzig. *Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes e o direito processual civil*. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva*. In *Revista CEJ*, v. 1, nº 3. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. 4, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- MARQUES, Luiz Guilherme. *A justiça da França: um modelo em questão*. 2ª ed., Rio de Janeiro: AMCGuedes, 2016.
- MARTINS, Francisco Peçanha. *A reforma do art. 557 do CPC: inconstitucionalidade e ilegalidade*. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 3, nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./jun. 2000, p. 51-59.
- MENDONÇA, Henrique Guelber de. *O princípio da colegialidade e o papel do relator no processo civil brasileiro*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 1, Rio de Janeiro: Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, out./dez. 2007, p. 207-225.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil de 1939*. t. 11, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. v. 5, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PANTOJA, Fernanda Medina; FERRAZ, Leslie Shériida. *Julgamento singular e agravo interno: uma análise empírica*. In: *Revista de Processo*. nº 211, São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2012, p. 61-100.

- PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 94. n. 342, 1998.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002
- PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial e recurso extraordinário: a lei 8.038 de 28.5.90 e as alterações no Código de Processo Civil*. In: *Revista de Processo*. nº 57, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1990, p. 114-125.
- ROCHA, Felipe Borring. *O contraditório utilitarista*. In: *Revista de Processo*. nº 229, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2014, p. 171-198.
- ROCHA, Felipe Borring. *Teoria da jurisdição equivalente: em busca do equilíbrio entre a colegialidade e o julgamento monocrático nos tribunais brasileiros*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- RODRIGUES, Fernando Pereira. *Noções fundamentais de processo civil*. Coimbra: Almedina, 2017.
- SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. *A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio*. In: *Revista estudos institucionais*. v. 3, nº 1, Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017, p. 475-524.
- SILVA, Mário Teixeira da. *Recursos cíveis & os novos poderes do relator*. Curitiba: Juruá, 2004.
- SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais*. São Paulo: Método, 2012.
- TALAMINI, Eduardo. *Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno)*. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 179-191.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Provimento de recurso por decisão do relator: o chamado "princípio" da jurisdição equivalente*. In: *Páginas de Direito* de abr. 2004. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/114-artigos-abr-2004/5060-provimento-de-recurso-por-decisao-do-relator--o-chamado-principio-da-jurisdicao-equivalente>. Acessado em 21/08/2014.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes Connected with the EU: Challenges and Potential

Carola Ricci¹

Associate Professor, University of Pavia, Italy

Abstract:

Habitual residence has long been a well-established ground of jurisdiction in family law matters decided both in purely internal cases and in proceedings connected with other EU Member States different from the forum. Nonetheless, its increasing role in defining jurisdiction especially in divorce, legal separation and annulment cases under Regulation (EU) No 2201/2003 on matrimonial matters (so called ‘Brussels IIa’), coupled with the lack of an autonomous definition at the EU level, have given rise to diverging interpretations by Member States’ courts. As a result, the non-uniform

-
1. *Part of the Member States’ case-law on Regulation (EC) No 2201/2003 referred to in the present article was collected in the context of the Project “EU Judiciary Training on Brussels IIa Regulation: From South to East” coordinated by Professor Costanza Honorati (University of Milano-Bicocca) and co-funded by the European Union (DG Justice and Consumers, JUST/2014/JTRA/AG/EJTR/6854), to which the author took part as external expert (not funded); the related research materials are published on the official website of the Project: <http://www.brussels2family.eu/>.

application of habitual residence can represent a threat to predictability and unjustified discrimination in cases involving couples having an objective connection with the EU. The following observations aim at providing a little guidance in the determination of the actual meaning of habitual residence, deriving from common principles developed by the EU Court of Justice and evident in the recent case-law of the Member States on Brussels IIa Regulation.

Keywords: Habitual residence; EU grounds of jurisdiction in matrimonial matters; Regulation (EU) No 2201/2003.

Table of contents: 1. The search for an autonomous interpretation of habitual residence in matrimonial proceedings in the eu; 2. Analysis of the legal context; 2.1. The role of habitual residence of adults within the context of Brussels IIa Regulation; 2.2. The concept of habitual residence developed by the EU Court of Justice in other contexts; 3. Teleological Interpretation; 3.1. The original scope: objective connection of the adults with the forum state, flexibility and predictability vs. National divergences; 3.2. The original scope unattended: ‘forum shopping’ and unpredictability; 4. The guidance offered by common trends in member states’ best practice on brussels iia regulation; 4.1. Fact-weighting in complex family ties involving several jurisdictions; 4.2. The (unveiled) abuse of voluntary manipulation or omission of factual elements by the parties; 5. The interpretation linked to the state of evolution of existing legislation.

1. THE SEARCH FOR AN AUTONOMOUS INTERPRETATION OF HABITUAL RESIDENCE IN MATRIMONIAL PROCEEDINGS IN THE EU

Habitual residence is a key concept in an increasing number of EU acts introduced in the area of civil justice, especially involving family law issues. Precisely, the first time it has been used as a connecting factor to determine jurisdiction in matrimonial matters (divorce, legal separation and annulment cases) within the Regulation (EC) No 1347/2000, later repealed by the Regulation (EC) No 2201/2003 (so called ‘Brussels IIa’),² involving proceedings aimed at the definition of the matrimonial status of a

2. Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses (so called Brussels II, OJ L 160, 30 June 2000, 19-36); Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (OJ L 338 of 23 December 2003, 1-29); both acts are referred to as ‘Brussels II system’ hereinafter. For other relevant Regulations referring to habitual residence as connecting factor and ground of jurisdiction see: Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the

growing number of heterosexual couples moving before, during and/or after their marriage breakdown inside or outside the European Union and thus often having multiple and fragmented contacts with more than one forum.³ The reference to habitual residence made within Brussels IIa was decided exactly with the scope of identifying

law applicable to divorce and legal separation (OJ L343, 29 December 2010, so called ‘Rome III’; cf. arts 5 and 8); Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (OJ L7/2009; cf. arts 3, 4, 5, 6, 8, 11, 27, 32, 45(d)); Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (OJ L201/2012; cf. arts 4, 6, 10, 13, 16, 21, 27, 28); and finally Regulations (EU) No 1103/2016 and No 1104/2016 respectively on of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes and on property consequences of registered partnerships (OJ L 183, 8 July 2016 1-29, 30-56; cf. respectively arts 5, 6, 16 and arts 6 and 16 and, for applicable law arts 22-25 26, 28 of both regulations).

3. See generally on the ‘Brussels II system’ on matrimonial matters: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio, I. Queirolo, *EU Law and Family Relationships: Principles, Rules and Cases*, Rome, 2015, 212-216; K. Siehr, *Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (EuEheVO)*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (MüKoBGB), Internationales Privatrecht I, Band 10, 6. Aufl., 2015, Rdn. 1106-1177; C. Althammer (ed.), *Brüssel IIa, Rom III. Kommentar zu den Verordnungen (EG) 2201/2003 und (EU) 1259/2010*, München, 2014; S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, Paris, 2013; U. Magnus, P. Mankovsky (eds.), *Brussels IIbis Regulation*, Munich, 2012; B. Nascimbene, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell’Unione europea*, Milano, 2010; T. Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 4: Brüssel IIa-VO, EG-UntVO, EG-ErbVO-E*, Paris, 2010; L. Schiano di Pepe, I. Queirolo (a cura di), *Lezioni di diritto dell’Unione europea e relazioni familiari*, 2nd edn., Torino, 2010; M.N. Shùilleabhàin, *Cross-border divorce law: Brussels II bis*, Oxford, 2010; S.M. Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, 6th edn., Torino, 2009; C. Holzmann, *Brüssel IIa VO: Elterliche Verantwortung und internationale Kindesentführungen*, Sellier, Paris, 2008; K. Boele-Woelki, C. Gonzalez Beilfuss (eds.), *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, Antwerp-Oxford-New York, 2007; I. Queirolo, *Separazione, annullamento, divorzio e responsabilità genitoriale: il regolamento CE 2201/2003*, in G. Ferrando (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia, Vol. I, Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna, 2007, 1107 ff.; H. Fulchiron, C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, 2005; R. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio in diritto internazionale privato*, Milano, 2004, 143-185; G. Biagioni, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull’efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, 991-1035; E. Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, 2004; P. McEleavy, *Brussels IIbis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 2004, 503-512; R. Baratta, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in *Giustizia civile*, 2002, 455-469; B. Ancel, H. Muir-Watt, *La désunion européenne: le Règlement dit ‘Bruxelles II’*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, 403-457; A. Bonomi, *Il regolamento comunitario sulla competenza e il riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 298 ff.

an objective connection⁴ between one or both spouses and the forum State⁵ with a certain degree predictability.

Although such a notion was not new to national civil procedure and private international law rules of many States in matrimonial disputes, the EU legislator made no express reference to those national legal concepts. In fact, even though the Brussels Ila Regulation does not contain any definition of habitual residence of an adult, reference to the internal notions of Member States shall be avoided, due to the well-established principle requiring a uniform interpretation of EU law. In general, the term of a provision included in a EU act must normally be given an *autonomous* meaning, following the so called ‘golden rule’ of interpretation applied constantly by the Court of Justice in Luxembourg since the *Cilfit* judgment, specifying that “legal concepts do not necessarily have the same meaning in Community law and in the law of the various Member States”.⁶ Besides “every provision of Community law must be placed in its *context* and interpreted in the light of the provisions of Community law *as a whole*, regard being had to the *objectives* thereof and to its state of *evolution* at the date on which the provision in question is to be applied”.⁷

To this extent, useful criteria must first be looked for both in EU law (taking into account the specific context of the provision and all the relevant acts), and in general common principles valid throughout all the EU.⁸ The latter are enshrined in the fundamental provisions of the Treaties (including the EU Charter of Fundamental Rights) and have been often identified by the European Court of Human Rights. This said, the

-
4. See recital no 12 of BII Regulation. It should be highlighted that under the Regulation no space is given to spouses’ autonomy to agree on fora (with the very limited exception of the ground of jurisdiction of the habitual residence of either spouse in case of joint application, provided for in Article 3(1)(a) forth indent, even if they can choose among several uniform grounds of jurisdiction pre-set in the Regulation).
 5. Brussels Ila Regulation does not determine the venue *ratione loci* and *materiae* of the single judge who should hear the case within the forum State having jurisdiction over the matter: this is left to the national rules of each Member State (see, for an example, Oberlandesgericht München, 20 December 2013, discussed in more detail in Section 5. of this Chapter, where internal civil procedure rules have been correctly applied in order to resolve a case of *lis pendens* between two German judges seised for divorce and legal separation involving the same couple).
 6. ECJ, judgment 6 October 1982, case C-283/91, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health*, para 19 (emphasis added; ECR 1982, 3415). On the principles of interpretation in EU private international law and specifically in family matters see L. Tomasi, C. Ricci, S. Bariatti, *Characterisation in family matters for purposes of European private international law*, in J. Meeusen, M. Pertegás, J. Straetmans, F. Swennen (eds.), *International family law for the European Union*, Antwerp-Oxford-New York, 2007, 341-388.
 7. ECJ, *Cilfit* cit., para 20 (emphasis added).
 8. Cf. among the first Scholars tackling the issue of the identification of common principles in EU family matters, R. Baratta, *Verso la comunitarizzazione dei principi del diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, 593 and 597; D. Martiny, *Objectives and values of (private) international law in family law*, in in J. Meeusen, M. Pertegás, J. Straetmans, F. Swennen (eds.), *International family law for the European Union*, cit., 69-99.

Court of Justice has admitted that, where it cannot ascertain -neither in EU law nor in the general principles of EU law- the “criteria enabling it to define the meaning and scope of such a provision by way of independent interpretation”, the application of EU law “may sometimes necessitate a *reference to the laws of the Member States*”, in order to realize both the need for uniformity and the respect for the principle of equality.⁹

In other words, whenever autonomous interpretation is not feasible, *uniformity* should still be looked for in legal systems of all the Member States of the European Union, considered as ‘a whole’. Such a search should then be focused on finding *common criteria* in the law (and practice) of all the Member States, *irrespective of particular notions* accepted only in one or few jurisdictions. Further, the suggested reference to domestic law may generally develop on the basis of three different patterns: (i) the direct application of substantive law notion of the *lex fori*; or (ii) the identification of law indicated by the conflict-of-law provisions of the *forum* State; or finally (iii) the reference to a specific State law.¹⁰

The first pattern (i), which requires the application of national substantive law notions, given the diversity of each legal system, would most probably lead to non-uniform solutions and thus should be avoided. On the opposite, a uniform interpretation would result through the *renvoi* by the EU legislator to the law indicated both by private international law rules of the forum State if the conflict-of-law rules are the same of the other Member States (pattern ii) and by the single State law identified by the EU act directly (pattern iii).

With regard to Brussels IIa Regulation, as already noticed an explicit definition of habitual residence of adults is lacking¹¹. At the same time, the EU legislator has not

9. Court of First Instance, two judgments dating 18 December 1992, *José Miguel Díaz García v European Parliament*, case T-43/90, para 36 (ECR 1992, II-2619) and case T-85/91, *Khouri v Commission*, paras 32-33 (ECR 1992, II-2637), later confirmed by the same Court in the judgment 21 April 2004, case T-172/01, *M. v Court of Justice*, paras 69-73 (ECR 2004, II-1075); L. Tomasi, C. Ricci, S. Bariatti, *Characterisation in family matters for purposes of European private international law*, spec. 369-371, 378-385, underlying that the uniformity is required “in order to assure that no discrimination is made between similar situations and that the same rights and duties are recognized for the parties to a legal relationship irrespective of the Member State concerned”.

10. L. Tomasi, C. Ricci, S. Bariatti, *Characterisation in family matters*, cit., 382.

11. See generally on the issue: P. Beaumont, J. Holliday, *Recent Developments on the Meaning of ‘Habitual Residence’*, in *Aberdeen Centre for PIL Working Paper* No. 2015/3, 2016; K. Hilbig-Lugani, ‘Habitual Residence’ in *European Family Law: the Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion*, in K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart (eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Antwerp-Oxford-New York, 2014, 249-262; K. Pranevičienė, *Unification of Judicial Practice Concerning Parental Responsibility in the European Union - Challenges Applying Regulation Brussels II Bis*, in *Baltic Journal of Law & Politics*, 2014, Vol. 7, Issue 1, 113-127; C. Ricci, *Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes: from Brussels II-bis to Rome III*, in A. Malatesta, S. Bariatti, F. Pocar (eds.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padova, 2008, 207-219; R. Lamont, *Habitual Residence and Bruxelles II bis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, in *Journal of Private International*

even indicated the pattern to follow to make reference to Member States' legislation, differently from what happens both under Article 3(2) of the same Regulation for the term of "domicile" (which must be characterised, following mode (iii), referring to the legal systems of the United Kingdom and Ireland),¹² and under the system of Brussels I Regulations dealing with civil and commercial matters, for the same notion identified through the reference to the conflict of law rules of the *forum* State, as per mode (ii).¹³

In the absence of a specific definition in the Regulation, the present contribution aims at verifying whether a uniform notion of habitual residence of adults to be used under Brussels IIa can be construed on the basis of "basic principles among Member States, irrespective of limited and secondary divergences",¹⁴ taking into account both its *context* and the purpose of the relevant EU law, considered as a whole, with special regard to its state of evolution, following the clear path traced by the already mentioned golden rule of interpretation given by the CJEU.

2. ANALYSIS OF THE LEGAL CONTEXT

It is undisputed that the lack of a 'Europe-autonomous' definition of habitual residence, from one side, granted a certain degree of flexibility to the entire Brussels II system, leaving to the Member States' courts a margin of appreciation to weight all the circumstances and connections of the party/parties with different fora in order to determine the jurisdiction with EU countries in compliance with the scope and objectives of the Regulation(s) in favour of "the higher mobility of cross-border couple and their specific needs".¹⁵

Nonetheless, from another side, in more complex cases involving couples whose life has been connected (voluntary or involuntary) with many different States in variable

Law, 2007, 261 ff.; M. Pertegás, *Beyond Nationality and Habitual Residence: Other Connecting Factors in European Private International Law in Family Matters*, in J. Meeusen, M. Pertegás, J. Straetmans, F. Swennen (eds.), *International family law for the European Union*, Antwerp-Oxford-New York, 2007, 319-340; A. Richez Pons, *Habitual Residence considered as a European Harmonization Factor in Family Law (regarding the "Brussels II-bis" Regulation)*, in K. Boele-Woelki (ed.), *Common core and better law in European family law*, Antwerp-Oxford-New York, 2005.

12. P. Stone, *EU Private International Law. Harmonisation of laws*, 2006, Cheltenham-Northampton, 419-440; Id., *Stone on Private International Law in the European Union*, 4th edn., Cheltenham-Northampton, 2018, 605-610.
13. A. Dutta, *Chapter D.8: Domicile, habitual residence and establishment*, in J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari and P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham-Northampton, 2017, 555-561; P. McEleavy, *The Communitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, 623; F. Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, in S. Bariatti, C. Ricci (eds.), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007, 3-28.
14. Cf. L. Tomasi, C. Ricci, S. Bariatti, *Characterisation in family matters*, cit., 358-388, 380.
15. MPI Luxembourg, *Chapter 3. Jurisdiction*, in I. Viarengo, F.C. Villata (eds.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, published online at: <http://www.eufams.unimi.it/wp-content/uploads/2017/12/EUFams-Final-Study-v1.0.pdf>, spec. at 136.

manners, such a lack has proved to be challenging.¹⁶ This conclusion is confirmed by the analysis of the case-law of Member States' judges trying to apply the unified grounds of jurisdiction provided by Brussels IIa to the matrimonial breakdown of spouses having fragmented relations with multiple fora, with a specific intention (if not fraud) or by accident.¹⁷ Even in these cases, a guidance in interpreting the concept of habitual residence for matrimonial disputes must be first looked for within the legal context in which it is inserted, both the specific one (Brussels IIa) and in the relevant EU law, considered as a whole.

2.1. The role of habitual residence of adults within the context of Brussels IIa Regulation

The CJEU has given no guidance for determining spouses' habitual residence so far within the meaning of Brussels IIa Regulation, while it has rendered specific judgments interpreting children's habitual residence,¹⁸ observing though that the

-
16. See *Borrás Report*, paras 27-64. Cf., for a partially different opinion, R. Lamont, *Habitual Residence and Brussels II*, cit., 268-273. Cf. F. Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, cit., 63, referring to the *Leffler* case on Regulation No 1348/2000 (Case C-443/03, *Leffler v. Berlin Chemie AG*, ECR 2005, I-9611, para. 43) to justify the necessary independent and autonomous character of the Regulations having their basis on Article 65 EC. This could imply the irrelevance of the mentioned explanatory report to the 1998 Convention based on Article K3 TEU from which the same Regulations originated.
17. Cf. I. Viarengo, *International Divorce Proceedings in Italy: Issues Arising in the Case Law*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, 701-724; J. Hodson, *What is jurisdiction for divorce in the EU? The contradictory law and practice around Europe*, in *International Family Law*, 2014, 170-174; R. Hausmann, *Commentaires des dispositions du Règlement 2201/2003 Bruxelles II bis relatives au divorce. Articles 3, 4 and 5*, in S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce*, cit., 235-260; M. Fallon, *Commentaires des dispositions du Règlement 2201/2003 Bruxelles II bis relatives au divorce. Articles 6 and 7*, in S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce*, cit., 261-282; C. Campiglio, *Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2010)*, vol. 2, n. 2, 242-249; A. Borrás, *Competencias exclusivas y competencias residuales de Bruselas II a Roma III*, in *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, vol. 1, 2009, 165-181; A. Borrás, "Exclusive" and "Residual" Grounds of Jurisdiction on Divorce in the Brussels IIbis Regulation, in *IPRax*, 2008, 233-235; S. Corneloup, *Les règles de compétence*, in H. Fulchiron, C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce*, cit., 69-86; P. McEavey, *The Communitarization of Divorce Rules*, cit., 622; V. Gaertner, *European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters against the Background of Private International Law Developments*, JPIL, 2006, 128; R. Lamont, *Habitual Residence and Brussels II bis*, cit., 261; P. Stone, *EU Private International Law. Harmonization of Laws*, cit., 400; F. Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, cit., 72.
18. Two EUCJ judgments are particularly relevant to this extent: 2 April 2009, case C-523/07, *A*, paras. 37-40 (ECR 2009, I-2805); 22 December 2010, case C-497/10 PPU, *Mercredi*, paras 53-55 (ECR 2011, I-70). See for an in-depth analysis of the determination of habitual residence of the child in the light of his or her best interest: A. Limante, I. Kunda, *Jurisdiction in Parental Responsibility Matters*, in C. Honorati (ed.), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility on International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels IIa Regulation in National Courts*, Torino-Frankfurt am Main,

latter notion is very peculiar because of the typical scope of protection of their ‘best interests’ of the minors indicated in the Regulation for parental responsibility and child abduction cases.¹⁹ Thus, the interpretation of a child’s habitual residence cannot be directly transposed for the assessment of jurisdiction in divorce, legal separation and annulment of marriage,²⁰ leaving the interpreter without a guiding principle to determine adults’ one. Moreover, the latter is particularly relevant in Brussels IIa because such an instrument is referring always to habitual residence while listing six²¹ (out of

2018, 64-91; while for the definition of the best interest of the child in the light of return proceedings see C. Honorati, A. Limante, *Jurisdiction in Child Abduction Proceedings*, *ibidem*, 133-136.

19. With regard to parental responsibility, habitual residence has seldom constituted a problem in the application of the relevant Hague Conventions, that represent the model to which the Community acts (both EC Regulations No 1347/2000 and No 2201/2003), and even before the 1998 Convention, referred to. Even The Hague Conference on Private International Law has deliberately refrained from giving a definition thereof, so that the same concept could be flexible and adaptable to the practical circumstances of each case. It is left to the interpreter to determine the forum State through the quantitative and qualitative evaluation of all the connecting factors that can be relevant in order to grant the “best interest of the child”. See generally: B. Ancel, H. Muir Watt, *L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: Le Règlement de Bruxelles II bis*, in *Revue critique du droit international privé*, 2005, 569-605; P. Beaumont, P. McElevay, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999. Cf. for example the debate held during the drafting of the 1996 Convention on the international protection of children in *Proceedings of the Eighteenth Session (1996), II, Protection of children*, 226, 319-323, 552. The issue is expressly considered in the *Report of the Special Commission drawn up by Peter Nygh and Fausto Pocar* to the preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, *Preliminary Document No 11 of August 2000 (Nineteenth Session of June 2001)*, published in F. Pocar, C. Honorati (eds.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, 2005, 228 and 302. Cf. K. Siehr, *General Problems of Private International Law in Modern Codifications – De lege lata and de lege europea ferenda*, in *Yearbook of Private International Law*, 2005, 33.
20. See again ECJ judgment, *Mercredi* (para. 53), mentioned *supra*, note 17, mostly with the effect of child’s age on the weight to be attributed to the habitual residence of the adult primary carer: when the child is just an infant of few days or months, the criterion of physical presence and intention to integrate in social and family environment must be referred to the care-giver and the factual circumstances showing the steps followed by the same parent to settle down, such as finding a house, looking for a job, etc. See A. Limante, I. Kunda, *Jurisdiction in Parental Responsibility*, *cit.*, 68-70, 75. In favor of the extension of the case-law on habitual residence of children to adults’, see T. Kruger, *Chapter 2. Finding a habitual residence*, in I. Viarengo, F.C. Villata (eds.), *Planning the future of cross border families*, *cit.*, 78 ff.
21. Under Article 3(1)(a) the Regulation includes the following six alternative grounds of jurisdiction (in six distinguished indents) based on habitual residence either of both spouses or of only one partner, and linked to other factors:
 - either common actual habitual residence of the couple: in this case, it is sufficient that the spouses live within the same State even if in different places, since it is highly probable they do not cohabit anymore;
 - or last common habitual residence of the couple, insofar as one of them still resides there, in order to facilitate the one who remained, he/she being familiar with the language of the State and able to have the benefit of all the contacts necessary to undertake an action;
 - or habitual residence of the respondent, in application of the well-known common principle actor sequitur forum rei;

seven, including common nationality) equally alternative²² grounds of jurisdiction for divorce, legal separation and annulment proceedings (Articles 3(1)(a), 4 and 5). The same grounds of jurisdiction are referred to as “exclusive” (as it reads in the title of Article 6), since they are the only ones that can be used for the matters covered by the Brussels IIa Regulation. This implies that, whenever there is a court in one Member State having jurisdiction under Articles 3-5, there is no room for application of other rules, in particular of the national rules, including the internal rules on *lis pendens*.²³

-
- or habitual residence of either of the spouses, in the event of a joint application, if *lex fori* admits it, being this the only (limited) case which gives the spouses certain choice of forum;
 - or habitual residence of the applicant, where the applicant resided there for at least a year immediately before the application was made;
 - or habitual residence of the applicant, where the applicant resided there for at least six months immediately before the application was made and either is a national of the Member State in question or, in the case of the United Kingdom and Ireland, has his/her ‘domicile’ there.

The last two criteria are based exceptionally on the *forum actoris* in conjunction with other conditions and have been long debated among the Member States, in contrast with the first four that did not raise much doubt. They are less favorable to the spouse who had moved away because he/she had to wait up to six or twelve months to start an action. On the other hand, such jurisdictional rules work to the benefit of the spouse who is still living in the last common habitual residence: he/she can immediately start a divorce action (under the second indent of Article 3(1)(a)). It should be noted that, as the CJEU has recently specified, the *forum actoris* included in the fifth and sixth indents of Article 3(1)(a) ‘is provided to protect the interest of the spouses’ only, by adding a forum in favour of one of them when bringing to court an action dealing with their marriage. As a consequence, the court stated that “A third party may not rely on such grounds of jurisdiction.” This is the interpretation followed by the CJEU, 13 October 2016, C-294/15, *Mikołajczyk*, para. 49-52, in affirming that the daughter born from a previous marriage, and resident in Poland, cannot bring in that State an action for annulment of the second marriage celebrated by the father in France, since Poland never constituted the residence of the spouses during the second marriage. Nonetheless, the CJEU said that such an interpretation “does not deprive that third party of access to the courts, since such party may rely on other grounds of jurisdiction provided for in Article 3” that are not specifically set forth in the interest of the spouses. S. Corneloup, *L’action en annulation du mariage intentée par un tiers après le décès d’un époux – Cour de Justice de l’Union européenne, 13 octobre 2016, aff. C- 294/15*, in *Revue critique de droit international privé*, 2017, 291-294; C. Ricci, *Jurisdiction in Matrimonial Matters (Articles 3-7)*, in C. Honorati (ed.), *Jurisdiction in Matrimonial Matters*, cit., spec. 45-47.

22. All the grounds of jurisdiction set out in Article 3 (and also, for specific cases in Articles 4 and 5) are alternative. There is no hierarchy among them, as specified by the CJEU in the *Hadadi* case (16 July 2009, C-168/08). In this case, the court clarified that the so-called ‘principle of *favor divortii*’ enshrined in the Brussels IIa Regulation (which should favour the possibility to obtain a divorce and have it recognized/enforced in the EU) allows the jurisdiction of the courts of a Member State to be determined in the presence of just one of the objective links indicated under Article 3 and thus also when the applicant ‘does not put forward other links’ (even more genuine) with that State (para. 45 and 57). As a result, even if the plaintiff is linked to the court seised only, for example, on the basis of the sole common nationality of the couple, that is enough to determine the jurisdiction of such a judge (no other links are required with the forum).
23. This simple statement nonetheless gave rise to tricky questions in practice, where a court of a non-EU State is seised but there is another court of a Member State having jurisdiction under Articles 3-5 of the Regulation. The question left partially open by the EU legislator is how to determine the moment of the commencement of the proceedings when two connected claims are pending

Member States' rules may only be used in those (few) cases where the Regulation is not applicable ('residual jurisdiction' under Article 7).

Such an interpretation of the ambiguous wording of Articles 6 and 7 was confirmed by the CJEU in the *Sundelind Lopez* case,²⁴ where the court specified that in the Brussels IIa Regulation there is no personal general forum (as in Regulation No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, the so-called Brussels I). Instead, the application of Brussels IIa Regulation, on one hand, does not depend on any characteristics of the respondent, and, on the other, is confirmed whenever there is a court of a Member State having jurisdiction under Articles 3-5, including situations where an action is brought against a respondent who is not a national of or resident in the EU.²⁵

Moreover, according to Article 17, the court of a Member State, lacking jurisdiction under the Brussels IIa Regulation and seised of a case over which the courts of another

simultaneously before a Member State and before a third State. Two similar decisions are indicative to this extent. The first case concerned the divorce of a French couple having their habitual residence in Switzerland. The divorce was claimed by the husband in France in April 2010, but challenged by the wife in June 2010 on the ground that Swiss courts had already been seised to take provisional measures concerning the marriage (*mesures de protection de l'union conjugale*). In July 2010, the French court of first instance – after considering that the Brussels IIa Regulation was not applicable because the couple had their habitual residence in a third State – declined jurisdiction in favour of the Swiss courts. The Court of Appeal reversed the decision, clarifying the absence of a *ratione loci* rule in the Regulation and stated that French courts had jurisdiction pursuant to Article 3(1)(b) – due to common French nationality. In addition, by referring to Article 16 of the Regulation, the Court of Appeal strictly applied the *lis pendens* chronological rule and came to the conclusion that, with regard to the merits, French courts were seised before the Swiss courts. Therefore, French courts had exclusive jurisdiction over the divorce proceedings (Cour d'Appel de Lyon, 11 April 2011, No 10/05347). Similarly, in the second case, the Tribunale di Milano in 2014 declared Italian jurisdiction in the proceeding for legal separation between an Italian husband and a Moroccan-Italian wife on the basis of the common Italian nationality of the spouses (pursuant to Article 3(1)(b)), applying also Articles 16 and 19 Brussels IIa Regulation in order to verify that the Italian judge was seised before the Swiss court, which was the forum of the State of their 'prevalent' habitual residence (Tribunale di Milano, 16 April 2014).

24. See *CJEU, 29 November 2007, Case C-68/07, Sundelind Lopez*, where on the basis of this reasoning, the CJEU affirmed French jurisdiction over the divorce claim brought by the Swedish wife against the Cuban husband, the two spouses having settled their common habitual residence in France while married, even if soon after the couple's break the husband went back to Cuba. At the same time, no space was left to Swedish internal rules on jurisdiction wrongfully applied by the Swedish judge first seised.
25. The misleading phrasing of Articles 6 and 7 caused much confusion for the first years of application of the Brussels IIa Regulation. For example, a Spanish court was petitioned by a Moldovan wife, habitually resident in Spain for several years, for divorce from her Moldovan husband, who was resident in Moldova. Instead of declaring its jurisdiction on the basis of Article 3(1)(a) fifth indent of the Regulation (habitual residence of the applicant protracted for more than one year in the forum State), the court declared its lack of jurisdiction over their divorce in accordance with Article 22(3) of the Spanish Judiciary Act (LOPJ) – affirming that, on the one hand, the defendant was not domiciled in Spain and, on the other, the claimant was not Spanish (*Audiencia Provincial de Barcelona*, 15 December 2005, No 821).

Member State have jurisdiction pursuant to the same act, has to declare of its own motion that it has no jurisdiction.²⁶

From this brief analysis of the specific legal *context* in which it is inserted, it is evident that habitual residence and its identification is fundamental for different reasons: firstly, to define the subjective scope of application of the Brussels IIa Regulation and thus assess jurisdiction within the EU under Articles 3-5, excluding applicability of Member States' internal criteria.

Secondly, such a uniform jurisdictional ground is functional to encourage trust between all Member States' courts "for the creation of a genuine judicial area" (recital no 2 of the same Regulation), since it forms "the basis of the simplified recognition and enforcement regime" of divorce, separation and annulment decisions within the EU. With this regard, in fact, even if Brussels IIa prohibits the review the jurisdiction of the rendering court (Article 24), each national judge must "*assume that there was an appropriate connection between the Member State court and the dispute*".²⁷

Finally, all the above mentioned results would be relevant to spouses who are not 'significantly' linked to the EU to know in advance with a certain degree of *predictability* which court could settle the disputes over their matrimonial crisis and all the other connected claims.

These are the same reasons requesting a clearer guidance to determine habitual residence in complex cases where it is not so easy to detect the "appropriate" and significant connection with a Member State jurisdiction for matrimonial disputes. Since Brussels IIa is not helping to this extent, it has been affirmed that the interpreter

26. Consequently, many States corrected their previous practice. Nonetheless, unfortunately, even afterwards some (few) national courts have still wrongfully grounded their jurisdiction on national rules in cases to which the Brussels IIa Regulation has to be applied. It should be noted, however, that at least in some instances the application of national rules has produced the same final practical result that the Regulation would have brought, as national rules and the Regulation often use similar grounds of jurisdiction. See Tribunale di Ravenna, 31 March 2016, deciding over two Moroccan nationals that got married in Morocco in 1992 and had three children. The family was habitually resident in Italy. In 2015 the wife, due to the violent behaviour of the husband, applied for divorce before the Tribunal of Ravenna. The court grounded its jurisdiction not on Article 3 Brussels IIa Regulation, but – wrongfully – on Article 3 of the Italian Private International Law Statute (Law No 218/1995) according to which the jurisdiction shall lie with the Italian judges if the defendant is *simply* resident in Italy. Similar harmless misapplications were made by: Audiencia Provincial de Murcia, 10 October 2013 No 598, confirming Spanish jurisdiction *also* in accordance with Article 22(3) of the Spanish Judiciary Act (LOPJ) over divorce proceedings initiated in Spain by the Spanish husband against the Spanish wife still residing in France, where their common habitual residence used to be before the return to Spain of the former; Tribunale di Milano, 22 December 2011, improperly affirming Italian jurisdiction over a divorce action on the basis of the sole Italian nationality of the claimant (under Article 32 of the Italian PIL No 218/1995) against the Dominican spouse, without realizing that, since the couple had been habitually resident in Italy, the Brussels IIa Regulation had to be applied.

27. R. Lamont, *Habitual Residence and Brussels II bis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, JPIL, 2007, 261 (emphasis added).

could draw inspiration from the same notion as applied in different contexts by the EU legislator, because “individuals do not compartmentalise their lives into sections such as tax, social security and family” and thus “it would make sense to simplify and converge approaches across legal fields rather than to needlessly complicate them”.²⁸

2.2. The concept of habitual residence developed by the EU Court of Justice in other contexts

In the interpretation of notions used in EC acts in other fields, such as namely fiscal matters, social security and Staff Regulation, the Court has considered that habitual residence refers to the State “where the habitual centre of their interests was to be found”²⁹ or, more precisely, “in which the official concerned has established, with the *intention* that it should be of a lasting character, the permanent or habitual centre of his interests. However, for the purposes of determining habitual residence, all the factual circumstances which constitute such residence must be taken into account.”³⁰

More recently in *Swaddling* the Court specified the relevance to be attributed to the intentional factor, stating that, to determine where the habitual centre of their interests is to be found under Article 10(a) of Regulation No 1408/71, “account should be taken in particular of the employed person’s *family situation*; the *reasons* which have led him to move; the *length* and *continuity* of his residence; the fact (where this is the case) that he is in stable employment; and his *intention as it appears from all the circumstances*.”³¹ In that case, eight weeks were considered enough for a worker to regain the habitual residence status in his State of origin where he come back and reside again together with all his family (that had never moved) after a long period spent in another Member State only for working reasons.

28. T. Kruger, *Chapter 2. Finding a habitual residence*, cit., 78.

29. Cf. Case C-169/03, *Wallentin v. Riksskatteverket*, ECR 2004, I-6443, para. 15, recently confirmed in the judgment of 25 January 2007, Case C-329/05, *Finanzamt Dinslaken v. Meindl*, para. 23, nyr (cf. <http://curia.europa.eu>).

30. Case C-452/93, *Fernández v. Commission*, ECR 1994, I-4295, para. 22, mentioned by A. Borrás in the *Explanatory Report*, cit., para. 38 (emphasis added): “However, although not applicable under the 1968 Brussels Convention, particular account was taken of the definition given on numerous occasions by the Court of Justice, i.e. ‘the place where the person had established, on a fixed basis, his permanent or habitual *centre of interests*, with all the relevant facts being taken into account for the purpose of determining such residence”. Cf. the consistent previous decisions of the Court: Case 13/73, *Angenieux et al. v. Hakenberg*, ECR 1973, 935; Case 76/76, *di Paolo v. Office nationale de l’emploi*, ECR 1977, 315; 14 July 1988, Case 284/87, *Schäeflein v. Commission*, ECR 1988, 4475; Case C-297/89, *Rigsadvokaten v. Ryborg*, ECR 1989, I-1943, para. 19; but also Case T-63/91, *Benzler v. Commission*, ECR 1992, II-2095, paras. 17 and 25.

31. Cf. Case C-90/97, *Swaddling v. Adjudication Officer*, ECR 1999, I-1075, para. 29, referring, *mutatis mutandis* in relation to Article 71, para. 1, lit. b, ii of Regulation No 1408/71, to the previously cited case 76/76, *di Paolo*, paras. 17 to 20, and to the decision of 8 July 1992, Case C-102/91, *Knoch v. Bundesanstalt für Arbeit*, ECR 1992, I-4341, paras. 21 and 23.

From these decisions it follows that, on the one hand, the intention of residing in a certain place could be relevant only when the factual situation would confirm it but, on the other hand, it could also allow *immediate* acquisition of habitual residence, without a specific length of time being required.³²

Therefore, the analysis to determine an adult's habitual residence in the EU Court's view should *preeminently* refer to the *objective* circumstances; the *subjective* element (*i.e.* the intention of the spouses) can be of a certain importance as well, even though it would not be enough *per se*. In practical terms, the requirement of *stability* and *regularity* can be discretionarily evaluated on a case-by-case analysis by each different Member State's courts.

Against this background, it is still not clear whether the rule of interpretation given in these decisions in other context can be used extensively for the interpretation of Brussels IIa on matrimonial proceedings. In this sensitive area of law, other EU principles elaborated by the Court could not entirely be applicable. Nonetheless, the same meaning is usually attributed to a notion used in different instruments "with the precise aim of *coordinating* their respective scope of application".³³

From the previous considerations it follows that an intervention of the Court would be desirable or even necessary (waiting for a future specific action of the EU institutions) to clarify the extent to which the analysed case-law on habitual residence can be exported to family law instruments and/or to give an autonomous notion of habitual residence or to indicate all the common factors that should be considered relevant,³⁴ as emerged from the comparative overview of the national practice (but far from the single divergences).³⁵

32. P. McEleavy, *The Communitarization*, cit., 623.

33. L. Tomasi, C. Ricci, S. Bariatti, *ibidem*, 380 (emphasis added) and further *infra*, in the last paragraph.

34. This seems to be the approach assumed by E. Gebhardt in the *Working Document on the Law Applicable in Matrimonial Matters* (PE 391.952v01-00), presented to the Parliament by the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, where it can be read: "One wonders whether it would not be useful to add a definition of the concept of the 'common habitual residence' ..., no definition being included at present. If there is to be a definition, we need to think about what should be included in the definition... this could go beyond the objective facts to include the spouses' intentions, to make the residence a permanent, or at least a long-term one".

35. In the opinion of F. Salerno, *I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale*, cit., 14-17, a broad interpretation of the ground of jurisdiction represented by habitual residence could be justified following Opinion No 1/2003, where the Luxembourg Court affirmed its preference for an extensive interpretation of 'domicile' within the Brussels I system, to avoid "the concurrent jurisdiction of several courts to resolve the same dispute, but also... a complete lack of judicial protection, since no court may have jurisdiction to decide such dispute" (Opinion of the Court of 7 February 2006 on the competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, ECR 2006, I-1145, para. 141, also published in F. Pocar (ed.), *The External Competence of the European Union and Private International Law*, Padova, 2007, 141 ff., spec. at 171). As a consequence, the same Author affirms that the identification of a "prevalent" residence in one of the different Member States of

At the present stage, however, in the silence both of the Court and of the EU legislator, the Regulation could be interpreted by some national judges in an excessively broad way, so that an immediate acquisition of habitual residence, determined only by the *mere* intention of a party to reside in a certain Member State to which he/she is not anyway else connected, would be enough to assess jurisdiction by the judge of said country (under at least four of the bases of jurisdiction set forth in Article 3, read in conjunction with Article 6).³⁶ The result will turn out to be unfair to other couples and circumvent predictability and certainty of law allowing *forum shopping* to a higher degree, since the grounds of jurisdiction would depend only from a subjective factor (the fraudulent will to obtain a false residence) not accompanied by any other effective link with the forum State.³⁷ To avoid such a misleading practice, the continuous reference to the objectives and scope of the Regulation is of paramount importance.

3. TELEOLOGICAL INTERPRETATION

3.1. The original scope: objective connection of the adults with the forum State, flexibility and predictability vs. national divergences

In the original idea which justified the necessity of identifying the alternative uniform grounds based on habitual residence was that they have to “meet *objective* requirements, are in line with the interests of the parties, involve *flexible* rules to deal with mobility and are intended to meet individuals’ needs without sacrificing *legal certainty*”; they are in fact “based on the principle of a *genuine connection* between the person and a Member State”.³⁸

Thus they were meant initially in a way as to consent, at the same time, both *predictability* and a certain degree of *flexibility* to the interpreter in order to evaluate habitual residence on the basis of a *case-by-case analysis*.³⁹ In fact, such a connecting

the “fragmented” residence during a given period, would allow the assessment of jurisdiction under Brussels IIa through a quantitative and qualitative evaluation of all the connections (both objective and intentional) with that State, without avoiding predictability of results and certainty. On the effects of a more far-reaching approach as to jurisdiction rules deriving from Opinion No 1/2003, see: A. Malatesta, *The Lugano Opinion and its Consequences in Family and Succession Matters*, in A. Malatesta, S. Bariatti, F. Pocar (eds.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, cit., 19-31, spec. 26-27.

36. P. McEleavy, *The Communitarization*, cit., 623.

37. Cf. O. Lopez Pegna, *Collegamenti fittizi o fraudolenti di competenza giurisdizionale nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, spec. 437-439, and further *infra*, at para. 3.2.

38. See *The Explanatory Report on the Convention drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters*, prepared by A. Borrás, OJ 1998 C221/27, at para 24 [hereinafter: ‘Borrás Report’].

39. *Ibidem*, para 27.

factor has traditionally been considered, in the majority of courts, mainly as “a question of fact, to be decided by reference to all the circumstances of any particular case”.⁴⁰

Nevertheless, both some scholars⁴¹ and some national courts have added “legal ‘gloss’ on the factual concept of habitual residence”, evidencing that sometimes “the qualitative requirement denoted by the word ‘habitual’...” may be not sufficient,⁴² depending also on the nature and the scope of the rules of jurisdiction in which it is used. It has a “caractère fonctionnel qui la prive d’un véritable contenu uniforme”.⁴³ That is why the same notion used to exercise jurisdiction in child protection cases cannot most of the time be appropriate to identify the forum of the alimentary obligations or that of the divorce proceedings, even if sometimes they can coincide.⁴⁴

In other areas of law different from matrimonial matters, before the entry into force of Brussels II Regulation, the ground of jurisdiction based on habitual residence contained in substantive law provisions of the Member States was widely interpreted by national judges as implying the physical presence of an adult in a country for a

40. L. Collins, J. Harris (eds.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15th edn. mainwork & 5th supplement, 2018, 867, para. 18-005; D. McClean, *De Conflictu Legum. Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century. General Course on Private International Law, Collected Courses*, vol. 282, 2000-I, 81 ff.; A. Richez-Pons, *La notion de “résidence”*, in H. Fulchiron, C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce*, cit., 149-156.

41. See generally: E. M. Clive, *The Concept of Habitual Residence*, *JurRev*, 1997, 137-147; A. Bucher, *La famille en droit international privé*, RCADI, vol. 283, 2000-II, 38.

42. These are the expression critically used by D. McClean, *De Conflictu Legum*, cit., 82 (quoting as an example the House of Lords decision on social security, *Nessa v. Chief Adjudication Officer*, 1999, 4 All ER 677), even if the Author himself believes in the opportunity to introduce a quantitative requirement in terms of length of time to this factual concept (cf. 86).

43. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, cit., 39.

44. See generally, C. Honorati, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II: la nozione di residenza abituale del minore*, in *Studium Iuris*, 2012, n. 1, 24-34 and 162-171; I. Queirolo, *La disciplina della responsabilità genitoriale: il regolamento 2201/2003*, in L. Schiano di Pepe, I. Queirolo, *Lezioni di diritto dell’Unione europea e relazioni familiari*, cit., 301 ff.; M.C. Baruffi, *La responsabilità genitoriale: competenza e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, 2008, 257-281; R. Espinosa Calabuig, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid-Barcelona, 2007; I. Viarengo, *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato comunitario*, in S. Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, 2007, 227-265, spec. 244; J.J. Vara Parra, *El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003*, in *Revista española de derecho internacional*, 2006, vol. 58, 2. Aufl., 797-820; S. Corneloup, *Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale*, in H. Fulchiron, C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce*, cit., 69-86; C. Gonzales-Beilfuss, *EC Legislation in Matters of Parental Responsibility and Third States*, in A. Nuyts, N. Watté (eds.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruylant, Bruxelles, 2005; R. Espinosa Calabuig, *La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de “Bruselas II-bis”: entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, 735-782.

somewhat prolonged period of time. Its character of stability⁴⁵ was often affirmed as not being challenged by occasional absence.⁴⁶ In some jurisdictions there was also the reference to a kind of factual presumption,⁴⁷ namely a specific minimal duration required to assume the existence of habitual residence, such as the six months term considered as sufficient permanence in Germany and Austria.⁴⁸ On the opposite, the mere inscription on public registers was deemed to be not relevant to prove it.⁴⁹

Yet, exceptions or divergences from this common *factual* interpretation in national practice could be found with regard to the relevance to be given to other *subjective* and/or *legal* factors. The House of Lords, for example, held that the *intention* of continuing to reside either indefinitely or for a substantial period of time (at least some years)⁵⁰ can be enough *per se* to acquire the habitual resident status even if there is only a short term physical presence (just some weeks)⁵¹ at a given time. Moreover in *Mark* decision it has been affirmed that, on the one hand, habitual residence may arise even when a person is resident *unlawfully* and that, on the other, it could have *different meanings* in different statutory contexts.⁵²

-
45. Corte di Cassazione, 25 July 1997 No 6975, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, 437, especially at 439 (where the Court stress the peculiar “carattere di serietà e definitività” of habitual residence).
46. E. M. Clive, *The Concept of Habitual Residence*, cit., 137; P. Rogerson, *Habitual Residence: The New Domicile?*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, 86-107.
47. Cf. the Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973, section 5(2) (England & Wales), section 7(2) (Scotland), that accepted as a basis of jurisdiction the habitual residence of one of the spouses in England and Wales throughout a period of one year before the beginning of the action; P. McElevay, *The Communitarization*, cit., 622 and D. McClean, *De Conflictu Legum*, cit., 86, who was involved in the works of the Law Commissions of England and Scotland for the reform of the law of domicile and was in favour of the introduction of a similar presumption in some contexts where it is used (87-88). On the issue see recently P. McElevay, *Regression and Reform in the Law of Domicile*, *ICLQ*, 2007, 453-462.
48. See respectively: Bundesgerichtshof, 29 October 1980, *IPRax*, 1981, 139 and Oberster Gerichtshof, 30 November 1982, *ivi*, 1984, 159.
49. See in Italy, Corte di Cassazione No 791/1985, No 8019/1992, No 4492/1999, No 6012/2001; see for a comment: P. Venturi, *Osservazioni sulla residenza dell’attore quale criterio giurisdizionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, 999.
50. *Dickson v. Dickson*, 1990, *SCLR*, 692 (Inner House). For a complete reference of the case-law indicating three years as a minimum period of time to be considered “substantial”, cf. P. Stone, *EU Private International Law. Harmonisation of laws*, cit., 401, note 79.
51. Even one month only (but no shorter period) was held to be a sufficient permanence to acquire the habitual resident status by the House of Lords: *Re J*, 1990, 2 AC 562; *Friedrich v. Friedrich*, 983 F2d 1369 (C6 1993) confirmed by the previously mentioned decision *Nessa v. Chief Adjudication Officer* and other cases referred by P. Stone, *ibidem*, 402, note 80.
52. *Mark v. Mark*, 2005, 3 WLR 111; see the comment of Forsyth, *The Domicile of the Illegal Resident*, *JPIL*, 335-343. See also the previous decision of the English Court of Appeal *Ikimi v Ikimi* (2001, 2 *Family Law Report* 1288) holding that for the purposes of jurisdiction a person may have two concurrent habitual residences, as confirmed later in *Mark* where it was also stated that an adult may have no habitual residence at all.

The intentional factor appeared also in Italy but only with an incidental and not essential role.⁵³

The temptation to interpret the concept of habitual residence contained in the Brussels IIa Regulation, adjusting it to national concepts, is evidently not in line with EU law. Nonetheless, such misleading adjustment could be detected in other internal decisions, especially in the first years of application of the Regulation. For example, in England and Wales courts in several cases referred to the test or ‘ordinary residence’ used for fully-internal tax and migration claims.⁵⁴ In Bulgaria judges tended to presume that residence exceeding six months was ‘habitual’, taking for granted the applicability of the national standard test to habitual residence under the Regulation (however, a shorter period cannot be automatically excluded from the possibility of being considered as habitual residence under the Regulation, mostly if accompanied by other relevant ‘quality’ connections). In Lithuania, the main obstacle for a uniform interpretation was the Lithuanian linguistic version of the Regulation, which translates habitual residence as ‘permanent residence’ (*nuolatinė gyvenamoji vieta*). Recently, the Supreme Court of Lithuania clarified that habitual residence under the Brussels IIa Regulation should not be linked to the national concept, as has previously been done by Lithuanian judges, but must be seen as an autonomous notion.⁵⁵

These divergences from the golden rule of interpretation of EU law should be considered irrelevant in depicting a uniform notion of habitual residence.

3.2. The original scope unattended: ‘forum shopping’ and unpredictability

The above mentioned temptation of ‘nationalizing’ the concept of habitual residence should be avoided in order to enhance the uniform application of the Regulation throughout EU, the predictability of results and ultimately the mutual trust among all the Member States’ courts. Nonetheless, the original objectives of the Brussels II system have proved to be often circumvented in practice by those parties who profited of the same structure of the Regulation to concentrate the action before the more favorable forum.

53. Corte di Cassazione, 3 February 2004 No 1994, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, 1390.

54. Cf. *Re H-K (Habitual Residence)* [2012] 1 *Family Law Reports* 436.

55. Cf. the report lately presented by the Supreme Court of Lithuania on jurisdiction in family law matters in the EU, *Tarptautinės ir Europos Sąjungos teisės taikymo sprendžiant jurisdikcijos nustatymo klausimą šeimos bylose apžvalga*, Teismų praktika (43), 2016. It clarifies to lower instance courts on the application of private international law in family law matters. See A. Limante, *Establishing habitual residence of adults under the Brussels IIa regulation: best practices from national case-law*, in *Journal of Private International Law*, 2018, 14:1, 160-181, spec. notes 19 and 31-32, quoting national case-law on the concept: Regional Court of Panevėžys, judgment No. 2S-145-227/2014 of 27 February 2013 and (Lithuania) Regional Court of Kaunas, judgment No. 2S-2412-260/2012 of 22 November 2012.

In fact, the (maybe excessive) multiplicity of alternative fora, coupled with *lis pendens* rules⁵⁶ and the *diversity of substantive law regimes* on divorce, legal separation and annulment in each Member State⁵⁷ gave rise to a ‘rush to the forum’ by those spouses searching for the most profitable substantive rules to be applied to their marriage breakdown. This ‘forum shopping’ phenomenon is directed at being the first to bring the action before the court whose law is more advantageous in order either to *put a faster end* to the marriage or, on the opposite, to *postpone* that moment.

For example, from the perspective of forum shoppers, the spouse who would like to delay the divorce should rush and be first to ask for legal separation in those courts that would apply a substantive law requiring couples to go through some years of separation before starting the divorce proceedings. On the other hand, the forum shopper interested in a faster divorce would do the opposite and try to avoid systems requiring going through separation before the divorce. No surprise that in Italy, before the recent legal reform (providing for faster divorce actions),⁵⁸ many Italian couples residing in Italy that had agreed to put an end to a marriage were looking for fast-track divorce possibilities. Therefore, instead of starting the proceeding in Italy (knowing that they would need to go through a separation period), they sought to establish a ‘pretended’ habitual residence in a Member State whose law provided for immediate divorce. The *Rapisarda v Colladon* case decided by the Family Division of the High Court of Justice, so called ‘P.O. box saga’, is exemplary in this regard. Between 2010 and 2012, a bold lawyer had managed to register the residence of one of the two spouses of a large number of Italian couples in the UK, where the judges – having declared their jurisdiction pursuant to Article 3(1)(a) Brussels IIa Regulation – applied unilaterally English substantive law allowing immediate divorce on the basis of the proof of ‘adultery, unreasonable behavior, desertion’, without previous separation. Following this scheme, 180 Italian couples claimed that one partner of each couple had habitual residence at ‘Flat No. 201, 5 High Street, Maidenhead – Berkshire’ before 137 different judges in Britain. As a matter of fact, ‘No. 201’ was not a flat, but one of the small post office boxes in a Berkshire Mailboxes Etc. branch. Since the divorce proceedings in the UK are paper-based, no check had been

56. See A. Malatesta, *Article 16 and Article 19*, in S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, cit., 283-292; 321-338; C. Rosende Villar, *Lis Pendens and Related Actions. Latest European and Spanish Legislative Reforms*, in *Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*, 2016, vol. 16, 347-374.

57. K. Boele-Woelki, T. Sverdrup, *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp-Oxford-New York, 2008;

58. See Law dated 6 May 2015 no 55 and entitled: “Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi” (*Gazzetta Ufficiale*, 11 May 2015 no 107), in force since 26th May 2015 and Law-decree of 12 December 2014 no 132 on consensual separation (converted into Law no 162/2014) assisted by lawyers (art. 6) and public officials (art. 12); cf. G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 8th edn., 2018, 256-260 and 263-301, spec. 280-285 on the new procedures; U. Giacomelli, *Separazione, divorzio e scioglimento dell’unione civile*, in S. Armellini, B. Barel, U. Giacomelli (eds.), *La famiglia nel diritto internazionale. Giudice competente, diritti e tutele*, Milano, 2019, spec. 140-141 and note 96.

made, and in just a few months they all obtained divorce from UK courts. Almost two years later, when the deceitful scheme was discovered, all of the 180 divorce judgments were declared ‘void’ by the High Court of Justice. The court concluded that they were all obtained by “using systematic fraud and forgery”, a “conspiracy to pervert the course of justice on an almost industrial scale”.⁵⁹

The ‘P.O. box saga’ showed the alarming potential effect of the forum shopping generated by a multitude of possible fora of the Brussels IIa Regulation based on a missing common notion of habitual residence, coupled with a non-unified European system of conflict of law rules on divorce and legal separation. On this and other critical issues involving the Regulation, the Commission presented on 14 March 2005 a Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters which launched a wide-ranging public consultation on possible solutions,⁶⁰ followed by a proposal (on 17 July 2006) for a regulation both amending the Brussels IIa Regulation as regards jurisdiction and introducing new rules concerning applicable law in matrimonial matters.⁶¹ Unfortunately, at its meeting held in Luxembourg on 5-6 June 2008, the Council concluded that there was a lack of unanimity on the proposal and that there were “insurmountable difficulties that made unanimity impossible”.⁶² Nonetheless, a group of Member States addressed a request to the Commission indicating that they intended to establish enhanced cooperation among themselves in the area of applicable law in matrimonial matters in order exactly to prevent a situation from arising where one of the spouses applies for divorce before the other one does in order to ensure that the proceeding is governed by a given law which he or she considers more favorable to his or her own interests.⁶³ After the authorization by the

59. Sir James Munby, President of the Family Division, Family Court of England and Wales, Family Division, 30 September 2014, *Rapisarda v Colladon (Irregular divorces)*, (2014) EWFC 35, Case No: AL11D00099 and 179 other petitions; O. Lopez Pegna, *Collegamenti fittizi o fraudolenti*, cit., 439; C. Ricci, *Jurisdiction in Matrimonial Matters*, cit., spec. 51-53; A. Limante, *Establishing habitual residence of adults*, cit., 166.

60. Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, COM (2005) 82 fin. of 14 March 2005 on which see S. Tonolo, *Il Libro Verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, 767 e

61. Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, COM (2006) 399 fin. of 17 July 2006: see F. Pocar, *Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in S. Bariatti (ed.), *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Milano, 2006, 267 ff.; J. Carrascosa Gonzàles, F. Seatzu, *Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento “Roma III”*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, 567 ff.

62. Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, COM (2010) 105 fin. of 10 March 2010; O. Lopes Pegna, *La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, 126 ff.

63. *Ibidem*, preamble, note 4 and para. 2.3.

Council⁶⁴ the so-called Rome III Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implemented the enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation,⁶⁵ up now applicable to seventeen participating Member States: Austria, Belgium, Bulgaria, Estonia (as from 11 February 2018), France, Germany, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Portugal, Romania, Slovenia and Spain. Other EU countries are free to join this Regulation at any time according to Article 328(1) TFEU.

The new set of uniform rules on applicable law will certainly lessen the phenomenon of forum shopping (at least in those Member States where they are binding), but they are not sufficient *per se* to overcome the problems that have been detected in years of practice in the application of the Brussels IIa Regulation.

4. THE GUIDANCE OFFERED BY COMMON TRENDS IN MEMBER STATES' BEST PRACTICE ON BRUSSELS IIA REGULATION

The analysis of national case-law reveals that the Member State courts generally confirm the just mentioned approach by the CJEU, upholding that it is mainly a substantially factual evaluation referring both to the place of personal and to the place

-
64. Council Decision 2010/405/EU of 12 July 2010, authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (OJ 189 of 22 July 2010); F. Pocar, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato*, in N. Parisi, M. Fumagalli Meraviglia, A. Santini, D. Rinoldi (eds.), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2010, 569 ff.; K. Boele-Woelky, *For Better or for Worse: The Europeanization International Divorce Law*, in *Yearbook of Private International Law*, 2010, spec. 6 ff.; S. Peers, *Divorce European Style: Authorization of Enhanced Cooperation*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, 340 ff.
65. See the early comments by: M.C. Baruffi, *La legge applicabile ai divorzi europei*, in L. Panella, E. Spatafora (eds.), *Studi in onore di Claudio Zanghì. Diritto dell'Unione europea*, vol.3, t. II, 2011, 387–408; Ead., *Le nuove regole per i divorzi in Europa*, in *Guida al Diritto*, 2011, 2 ff.; E. Bergamini, *Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 181-201; R. Clerici, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Famiglia e diritto. Mensile di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2011, 1053-1065; De Marzo, *Il regolamento (UE) 1259/2010 in materia di legge applicabile al divorzio e alle separazioni: primi passi verso un diritto europeo uniforme della famiglia*, in *Foro It.*, 2011, I, 917 ff.; P. Franzina, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (UE) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, 90 ff.; L. Idot, *Le divorce international, première utilisation du mécanisme des coopérations renforcées*, in *Europe*, Feb. 2011, 2; P. Hammje, *Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 de Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la separation des corps*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, 291-338; M. Velletti, E. Calò, *La disciplina europea del divorzio*, in *Corriere Giuridico*, 2011, 719 ff.; I. Viarengo, *Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, 601-624; A. Zanobetti, *Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 250-261.

of professional life. Namely, reference shall be made to the place of “main relevance of affective relations”, “the habitual centre of interest and relations” on the basis of “the analysis of a factual evaluation of all the elements, irrespective of the registered residence in the public records, in order to find the place where personal life develops during the lifetime”. This is the definition given by the Italian Supreme Court in a divorce claim brought before Italian judges by the Italian wife against her German husband, who had been habitually resident for 30 years in Belgium together with their child. Although she was still formally registered as habitually resident in Belgium in the Belgian public records, the court declared Italian jurisdiction in the case, giving a decisive weight to the fact that she had already moved to Italy more than one year prior to the commencement of the proceedings in order to follow and support their grown-up son who was attending an Italian university.⁶⁶

Since habitual residence is to be established based on all the factual circumstances, the question might arise as to what particular circumstances should be taken into account. The CJEU guidance as well as the common trends registered in national jurisprudence allow one to claim that national courts should consider such facts as *duration* of the stay, *regularity* of the presence in each State, *conditions* and *reasons* of stay, the person’s *nationality* and *linguistic* knowledge, place of *employment*, *social and family ties*, including *doctors* visited, *friends* and *integration* into the local community. That is also why habitual residence cannot be found only as referring to the centre of economic interests.⁶⁷

66. Italian Corte di Cassazione, joint sessions, order 17 February 2010 n. 3680, also confirmed in subsequent decisions, as in judgments of 25 June 2010 n. 15328 and 13 February 2012 n. 1984.

67. These are the findings of Court of Appeal of England and Wales (Civil Division), on appeal from the principal Registry, Family Division, 2 July 2013, *Saward v Saward* [2013] EWCA Civ 1060, Case No: B6/2013/0328. In the case, the husband was a British national and the wife was a national of Romania and Canada. The husband had been living in Spain since 2002; in 2005 the couple met there and married in Gibraltar in 2009. The family lived in Spain, but when the marriage broke down two years later the wife petitioned for divorce before UK judges under Article 3(1) Brussels IIa Regulation on the basis of the habitual residence of the husband in the UK. The husband contested this, declaring he was also habitually resident and domiciled in Spain. The court of first instance dismissed the case, affirming its lack of jurisdiction due to the prevalence of the links with Spain. Upon appeal, the wife asserted that the first instance judge had focused too heavily on the husband’s intention as to where he resided. She claimed that the judge should instead have given more weight to factors pointing to the centre of his interests, such as the sources of his *income* and the *majority of his assets* that were in the UK, the transfer of a portion of the *damages* received from some Spanish litigation and the proceeds of a *property* which he sold in Spain to the UK; the *payment of taxes* as if he were domiciled in the UK; the continued use of an *address* in the UK for *significant legal documents* and finally the declared *intention* to return to the UK. The Court of Appeal noted that habitual residence has an autonomous meaning for the purposes of the Brussels IIa Regulation and it is not the same as habitual residence under domestic law. A person’s habitual residence is the place where he/she has established on a fixed basis the permanent or habitual centre of his/her interests, with all the relevant factors being taken into account for the purpose of determining such residence. However, all the factors relied upon by the wife had actually been considered by the trial judge. The Court of

The comparative analysis of national case law shows how fact-finding and fact-weighting analysis in determining habitual residence is sometimes challenged either (i) by certain complex family ties involving several jurisdictions or (ii) by proofs created or ‘selected’ on purpose by one spouse or by both spouses. For such situations no uniform solution has been found yet.

4.1. Fact-weighting in complex family ties involving several jurisdictions

A typical situation in this regard concerns spouses who spend their life in more than one jurisdiction for almost the same duration, generally when one of the two is posted frequently in different States. In one such case, an Italian court decided to make use of the idea of a ‘prevailing’ habitual residence.⁶⁸ In proceedings for legal separation between an Italian husband and a Moroccan-Italian wife, the court had to ascertain the habitual residence of the couple under Article 3(1)(a) Brussels IIa Regulation. The court found that before and after the wedding the couple used to spend five months a year in Santo Domingo in the husband’s house, three summer months on board the husband’s private vessel on the Mediterranean Sea between Italy, France and Spain, and the remaining months between Italy (Milan) and Switzerland (Lugano). The court chose to define as relevant the *prevailing* habitual residence (“residenza abituale prevalente”) of the family, which is to be identified on the basis of the combined use of quantitative and qualitative connections with a certain State, a criterion of actual prevalence (“un criterio di attualità e prevalenza”), taking into account not only the couple’s but also the kids’ family life (“il nucleo familiare”). The connections with Switzerland were prevalent since in Lugano there could be found: the constant *attendance at elementary school* by the minors, the *presence of the babysitter* to look after the kids, the *applications for domicile permit and driving license*, and the subscription to a *household social security plan* in favour of the wife. All the factors implied an agreed choice of the couple on their principal centre of interests (while the presence of clothes and toys, bills and receipts found both in Milan and Lugano apartments were considered less relevant).

In some other cases the *stability* and *duration* of the permanence as well as the *intention* to reside in a Member State is compared with the nature of a temporary posting for professional reasons. This happens typically for employees of larger multinational companies or international organizations who often move with their families between different States in a relatively short span of time. The French courts had decided several such cases, with opposite outcomes as to jurisdiction, by detecting

Appeal on this basis confirmed the lack of UK jurisdiction – and hence the Spanish jurisdiction – since apparently his family life was developed in Spain.

68. Tribunale di Milano, order 16 April 2014. It is worthy of notice, nonetheless, that after this detailed analysis, the Italian jurisdiction was affirmed on the basis of the common nationality (pursuant to Article 3(1)(b) Brussels IIa Regulation).

from all the relevant factual circumstances the intention of the couple (or of one spouse) either to remain in the host State or to return to the State of origin.⁶⁹

4.2. The (unveiled) abuse of voluntary manipulation or omission of factual elements by the parties

It has emerged from several decisions rendered by national judges in divorce cases that, in order to attract jurisdiction from the most favourable court, a party may manipulate (or omit) some factual elements so as to affirm the existence of habitual residence in a certain more 'convenient' forum State.

This has been proved likely to happen to avoid time-consuming and/or very expensive divorce proceedings. As has already been described in the 'P.O. box saga' decided by the UK High Court in 2014,⁷⁰ a 'shortcut' had been tried through the registration of (fake) habitual residence in the UK by 180 Italian couples in a two-year time period. The supposed 'fast track' to divorce in the UK proved to be not a success story but, indeed, a tragedy, given the subsequent annulment of *all* the divorce judgments and, what is more, the High Court decision caused additional voiding effects on the new marriages celebrated in the meanwhile with new partners.

In other cases, the claimant seems to manipulate the fact-weighting operation to determine a certain habitual residence, aiming to obtain a higher financial award.

In two successive judgments, *Chai v Peng*,⁷¹ the High Court of Justice, Family Division, affirmed the UK jurisdiction over a divorce claim which was brought by the Malaysian wife against her Malaysian husband (who was living in Malaysia). She succeeded in proving her habitual residence in the UK for the twelve months prior to the issue of her petition for divorce even though before moving to the UK she lived at the family home in Canada for 20 years and all the time kept moving between several jurisdictions. This decision was made on a lengthy and close

69. In a case involving two Australian nationals posted in France for almost two years by a fixed-term contract, the Court of Appeal of Aix-en-Provence considered irrelevant the presence of a house in France since it was paid for by the Australian government. The court held that the couple's centre of interest remained at their marital home in Melbourne, therefore referring jurisdiction to the Australian judges (Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 5 December 2007 No 07/11782). In a more recent case (Cour de Cassation, 24 February 2016-15 October 2016 No 15-10.288, confirming first and second instance decisions, respectively, of the Juge aux affaires familiales and the Cour d'Appel de Versailles), the purchase of immovable property in France by a couple, both Azerbaijani nationals, settled in France together with their children since their birth in that State, has been interpreted as being evidence of the spouses' common intention to establish their habitual residence in France, even though one spouse was formally posted in France for only three years.

70. See *Rapisarda v Colladon* case *supra*, at para 3.2.

71. *Chai v Peng* [2014] High Court of England and Wales, EWHC 3518 (Fam), Case No FD 13 D00747D, and *Chai v Peng* [2014] EWHC 3519 (Fam).

examination of the facts, a very detailed analysis of her travel movements from various sources (passport entries, e-tickets, medical appointments, petty cash purchases, etc.), the number of rooms in their UK home and so on. The judge evaluated “a titanic quantity of evidence”,⁷² including even the clothes and number of shoes present in the British and Malaysian properties as proof of the wife’s intention to settle her habitual residence. “The *quality* of the time spent, including the *reasons* for it, is crucial”, for the judge affirmed that: “The person’s *motives* or intentions about where he or she lives are part of the factual matrix which the court must evaluate”.⁷³ The judge refused the submission advanced on behalf of the husband that the wife’s uncertain immigration *status* was a telling factor in the determination of habitual residence. Relying on the above mentioned famous precedent, in fact, the court stated that the *unlawful presence* in the UK does not exclude habitual residence, since “residence does not need to be lawful residence; and the question of whether residence was habitual was *ultimately a question of fact*”.⁷⁴ Nonetheless the judge was aware that: “In making an assessment of the party’s motives in living within a particular jurisdiction, account can be taken of his or her own evidence; but the question is an objective one, to be viewed and tested alongside all the other various factors and pointers. The party’s own statements are clearly in the nature of ‘special pleading’ ...and so, such evidence is to be looked at with considerable *skepticism* and *caution*”, mostly in cases where the hidden real motivation for living in the UK and invoking jurisdiction there could be to obtain a higher financial award than in Malaysia.⁷⁵

Forum shopping is always a shortcoming inherent to the flexible nature of habitual residence, but it is up to the judge to be cautious in evaluating all the relevant factors in determining the quality of the time spent and the reasons of the stay and to eventually apply “mechanisms designed to tackle the evasion of the law, such as *fraude à la loi* in the context of private international law”, as suggested in the more recent Regulation No 650/2012 on successions (recital no 26). Against this background, habitual residence can indeed favor the mobility of couples within EU also because it also allows them the possibility to profit of the advantages offered by the divergences among the legal systems of the Member States without jeopardizing the exercise or their fundamental rights. To this extent, it can significantly contribute to social integration in a judicial area beyond the territorial borders of a single State,⁷⁶

72. Cf. para. 5 of the first judgment, [2014] EWHC 3518 (Fam).

73. *Ibidem*, para. 2 (emphasis added).

74. See para. 26, quoting [House of Lords] *Mark v Mark* [2006] 1 AC 98, referred to *supra*, at para. 3.3, note 51.

75. *Ibidem* (emphasis added).

76. A. Davì, A. Zanobetti, *Il nuovo diritto internazionale private europeo delle successioni*, Torino, 2014, spec. 45-46.

safeguarding at the same time the basic values both of the forum State⁷⁷ and of the EU, capable of protecting those migrants fleeing from unbearable situations of compression of their rights in the foreign States of origin.

5. THE INTERPRETATION LINKED TO THE STATE OF EVOLUTION OF EXISTING LEGISLATION

The preferential adoption of habitual residence as a fundamental factor by the EU legislator in all the recent private international law acts, both to assess jurisdiction and to determine the law applicable to matrimonial matters,⁷⁸ demonstrates clearly its ‘functional’ nature. In fact, due to its flexibility, it allows the valorisation of all the factual and intentional elements characterising a complex situation in order to adapt such a notion to the specific legal context and scope of the act in which it is inserted.⁷⁹ Therefore, legal technicalities (that are typical of the concept of ‘domicile’) and ideological choices (implied in the recourse to citizenship) can (and should) be avoided to ensure a genuine connecting factor within the framework of increasing mobility of citizens and migration fluxes.

Moreover, the further tendency of the EU legislator of referring to habitual residence both as a ground of jurisdiction and as a connecting factor in all the recent Regulations in family matters aims at the scope of simplifying the interpreter by providing for a general coincidence between forum and *ius*.⁸⁰ This practical result is particularly evident in the different Regulations dealing with all the connected complexities deriving from the end of a matrimonial tie (subsequent to a judicial decision or to the death of one of the spouses), such as alimentary obligation, matrimonial property regimes and successions, all referring to the same preferred connection.

The advantages of such a uniform reference are manifest also in terms of both coordinating these acts and facilitating the ‘family planning’ for couples having different nationalities (even of third States) but common habitual residence, since both the Regulation No 650/2012 on Successions and Regulations No 1103/2016 and 1104/2016

77. See F. Mosconi, *Introduzione*, in C. Campiglio (ed.), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Milano, 2019, XV-XIX and R. Clerici, *Alcune considerazioni sull’eventuale ampliamento del ruolo della residenza abituale nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, *ibidem*, 55-78, spec. 61-64, who pointed out, on occasion of the re-thinking a future reform of the Italian system of private international law, the advantages of the substitution of the criterion of citizenship with habitual residence in different provisions of Law 31 May 1995 no 218.

78. See *supra*, note 1.

79. See F. Mosconi, *Introduzione*, cit., spec. XVIII-XIX and R. Clerici, *Alcune considerazioni sull’eventuale ampliamento del ruolo della residenza abituale nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, *ibidem*, 55-78, spec. 61-64, who pointed out, on occasion of the re-thinking a future reform of the Italian system of private international law, the advantages of the substitution of the criterion of citizenship with habitual residence in different provisions of Law 31 May 1995 no 218.

80. Cf. again F. Mosconi, *ibidem*, and R. Clerici, *Alcune considerazioni*, cit., spec. 60.

respectively on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships refer to habitual residence to determine jurisdiction and applicable law.⁸¹

A desirable clarifying intervention on the notion of habitual residence within Brussels IIa by the EU legislator or by the EUCJ, would not correspond to a rigid normative definition but rather to a general indication of those connecting factors that should be relevant to determine the habitual residence of the spouse (later the deceased), in order to foster the flexible and functional nature of such a connection. Therefore, the proper model to follow also matrimonial matters should be similar to the one indicated in the Succession Regulation. As specified by recital no 23, the interpreter should make “an overall assessment of the *circumstances of the life*” during a period of life which would be pertinent for the specific Regulation, taking into account “all relevant factual elements, in particular the *duration* and *regularity* of the *presence*... in the State concerned and the *conditions* and *reasons* for that presence. The habitual residence thus determined should reveal a *close* and *stable* connection with the State concerned taking into account the specific aims” of the Regulation at stake. The EU legislator has also provided for “special factors”, as the “place where the *centre of interests* of his family and his *social life* was located”, to be considered in complex cases, depending on the circumstances of the case. To this extent even the State of origin and the nationality could become relevant factors to

81. A. Davì, A. Zanobetti, *Il nuovo diritto internazionale private europeo delle successioni*, cit., 42-46, spec. 43; F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II. *Statuto personale e diritti reali*, 4th edn., 2016, Milano, spec. 109, 134-135, 265; P. Lagarde, *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 676-687, spec. 687; A. Dutta, *Das neue internationale Ehegüterrecht der Europäischen Union*, in *FamRZ*, 2016, 1973; S. Godechot-Paris, *Commentaire du Règlement du 24 juin 2016 relatif aux Régimes Matrimoniaux: Le Changement dans la Continuité*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 2292; C. Kohler, W. Pintens, *Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2015–2016*, in *FamRZ*, 2016, 1509; C. Nourissat, M. Revillard, *Règlements Européens du 24 Juin 2016 sur les Régimes Matrimoniaux et les Effets Patrimoniaux des Partenariats Enregistrés*, in *Deffrénois*, 2016, 878; H. Péroz, *Le Nouveau Règlement Européen sur les Régimes Matrimoniaux*, in *JCPN*, 2016, 1241; Ead., *Effets Patrimoniaux des Partenariats Enregistrés: Le Règlement du 24 Juin 2016*, *JCPN*, 2016, 949; L. Perreau-Saussine, *Le nouveau Règlement Européen: Régimes Matrimoniaux*, in *JCP*, 2016, 1926; P. Twardoch, *Le Règlement Européen en Matière de Régimes Matrimoniaux de la Perspective du Droit Polonais*, in *Revue critique de droit international privé*, 2016, 465; L. Usunier, *Libre, Mobile, Divers: le Couple au Miroir du Droit International Privé de l'Union Européenne*, in *RTD civ.*, 2016, 806; H. Péroz, *Le Notaire et le Droit International Privé*, in H. Péroz, É. Fongaro (eds.), *Droit International Privé Patrimonial de la Famille*, 2017, 2nd edn., Paris, 25; F. Maoli, *International Couples, Property Relations and Succession Matters in the New European Regulations*, in B. Heiderhoff, I. Queirolo (eds.), *Current Legal Challenges in European Private and Institutional Integration*, Roma, 2017, 144 ff.; I. Viarengo, *Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, 33-58, spec. 41-44; P. Franzina, *Jurisdiction in Matters Relating to Property Regimes under EU Private International Law*, in *Yearbook of Private International Law*, 2018, 159-194, spec. 165-176; P. Bruno, *I Regolamenti sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate. Commento ai Regolamenti (UE) 24 giugno 2016, nn. 1103 e 1104 applicabile dal gennaio 2019*, Milano, 2019, spec. 75-92; S. Marino, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea*, Milano, 2019, spec. 126-145.

be evaluated together with all the others (but *per se*).⁸² Contrary to what is provided for the Succession Regulation, instead, no space should be left in such a proposed system to a ‘manifestly closest connection’ because it would nullify all the efforts of finding a stable and predictable connection.⁸³

With the regard to the possible spread of the malpractice of ‘evasion of the law’, such as *fraude à la loi* in the context of BIIa Regulation should be hampered: as already mentioned, each national authority should be expressly authorized to make recourse to all the appropriate means, including the reference to the procedural public policy exception.

Finally, the hypothetical general indication of the relevant factors to determine habitual residence must consider that the uniform EU rules defining jurisdiction in matrimonial matters are anyway subject to the limits imposed by the Treaties and the general principles of EU law, including the Charter of Fundamental Rights and the European Convention of Human Rights. To this extent it is indicative that a human rights compliance test of internal legislation has been introduced by the European Court of Justice with regard to the concept of ‘unlawful residence’, which could be enough to settle habitual residence if justified under Article 8 of the ECHR,⁸⁴ in accordance with the *Akrich*⁸⁵ and *Chen*⁸⁶ decisions, but also with some national practice.⁸⁷ In this

-
82. Precisely recital no 24 reads as follow: “In certain cases, determining the deceased’s habitual residence may prove complex. Such a case may arise, in particular, where the deceased for professional or economic reasons had gone to live abroad to work there, sometimes for a long time, but had maintained a close and stable connection with his State of origin. In such a case, the deceased could, depending on the circumstances of the case, be considered still to have his habitual residence in his State of origin in which the centre of interests of his family and his social life was located. Other complex cases may arise where the deceased lived in several States alternately or travelled from one State to another without settling permanently in any of them. If the deceased was a national of one of those States or had all his main assets in one of those States, his nationality or the location of those assets could be a special factor in the overall assessment of all the factual circumstances”.
83. See the critics already pointed with regard to the ‘exception clause’ provided in Article 21(1) and specified in recital 25 of the Succession Regulation by A. Davì, A. Zanobetti, *Il nuovo diritto internazionale private europeo delle successioni*, cit., 51-55.
84. H. Stalford, *EU Family Law: A Human Rights Perspective*, in J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen (eds.), *International Family Law for the European Union*, cit., 101-128, paras. 19-23, 28-35.
85. ECJ, judgment 23 September 2003, case C-109/01, *Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich*, ECR 2003, I-9607. Cf. S. Peers, *Family Reunion and Community Law*, in N. Walker (ed.), *Europe’s Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, 2004, 151 and 158; C. Ricci, *La ‘famiglia’ nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 112. See also, for critic comments on the introduction of the concept of “lawful” residence: R. Plender, *Quo vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l’affaire Akrich*, in *Cahiers de droit européen*, 2004, 261.
86. ECJ, judgment 19 October 2004, case C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department*, ECR 2004, I-9925; see the comment of J.Y. Carlier, in *Common Market Law Review*, 2005, 121-131; C. Ricci, *La ‘famiglia’ nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 135.
87. Cf. the previous paragraph 4.2, *supra*, at the end with regard to *Mark*, note 73.

context, the different rights alleged to the citizenship of the Union of one member of the family, including the spouse (as recently set in *Coman*)⁸⁸ would constitute the relevant juridical link with the European Union.

88. EUCJ, judgment 5 June 2018, case C-673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne, Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării* (intervener), ECLI:EU:C:2018:385. In its much-awaited judgment, the EUCJ ruled that the term ‘spouse’ for the purpose of the grant of family reunification rights under EU free movement law, includes the same-sex spouse of a Union citizen who has moved between different Member States. This implies that a Union citizen can require the State of destination to admit within its territory the same-sex spouse, irrespective of whether that State has extended marriage to same-sex couples within its legal system. The same compliance test with human rights and EU principles should be assessed in case of recourse to the method of full recognition of situations validly created abroad, especially whenever it was chosen by a Member State (*i.e.* Italy) to re-balance the asymmetry created by the conflict-of-law method, as pointed out by A. Davi, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero*, in C. Campiglio (ed.), *Un nuovo diritto internazionale privato*, cit., 28-53, spec. 32-35, note 3.