



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)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)

Editorial Board

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)
Dimitrios Tsikrikas (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)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)
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)
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)
Remo Caponi (University of Florence, Italy)
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

Daniela Bermudes (UFES)
Felipe Batista (UFBA)
Leandro Fernandez (PE)
Marcos Seixas Souza (UFBA)
Paula Pessoa (UNB)
Ravi Peixoto (UERJ)

Reviewers (this issue)

Bruna Guapindaia Braga da Silveira (USP)
Fabíola Utzig Haselof (UERJ)
Felipe Barreto Marçal (UFPA)
Frederico Koehler (UFPE)
Gabriela Exposito (UFBA)
Gisele Fernandes Góes (UFPA)
Matheus Casimiro Serafim (UFPE)
Renata Cortez Peixoto (UERJ)
Rodrigo Nery Cardoso (UNB)
Trícia Cabral (UFES)
Victoria Franco Pasqualotto (UFRGS)



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2025



FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



ProcNet

Rede Internacional de Pesquisa sobre
Justiça Civil e Processo Contemporâneo

Rua José Peroba, 123, Costa Azul, Salvador/BA. CEP: 41.770-235.
Tel: 3205-7744

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e ProcNet.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e da ProcNet. 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

Diane Carlyne Wagoue Tongoue

Ph. D. at the Universities of Nantes, France, and Ngaoundéré, Cameroon. Assistant Professor at the University of Ngaoundéré, Cameroon.

Jean Mallmann

Ph.D. candidate in Law at *Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa* (IDP) and at the Universidade Católica de Salvador (UcSal), Brazil.

Levi Teotônio de Souza

LL.M. Candidate in Legal Language at the Federal University of Minas Gerais, Brazil

Hugo Luz dos Santos

Professor at City University of Macau and at the University of Macau, China. Fellow of the Forum for International Conciliation and Arbitration (United Kingdom).

João Paulo Lordelo

Professor at *Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa* (IDP), Brazil. Federal Prosecutor.

Geisa Cunha Franco

Professor at the Federal University of Goiás, Brazil. PhD from the University of Brasília, Brazil.

Giovanni Martins de Araújo Mascarenhas

Master's degree from the Federal University of Goiás, Brazil. Lawyer.

Jéssica Maria de Lima Rocha

Master's candidate at the Federal University of Goiás, Brazil.

Sophia Fonsêca Moraes

Undergraduate student at the Federal University of Goiás, Brazil. Researcher at the Center for Global Studies (NEG-UFG).

Yago Nunes dos Santos

Ph.D. candidate at the Rio de Janeiro State University (UERJ), Brazil.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1

LE SACRÉ EN DROIT PROCESSUEL 15

"The sacred in procedural law"

Diane Carlyne Wagoue Tongoue

I- LA JUSTICIABILITÉ DU SACRÉ..... 21

A - Une certitude quant à la litigiosité du sacré 22

1 - Hier : une litigiosité contestable 22

2 - Aujourd'hui : une litigiosité constatable 24

B - Une incertitude quant à la juridictionnalisation du sacré 26

1 - La difficile identification de la juridiction compétente 26

2 - L'imprécision quant au mode de résolution du litige 29

II - LA PROCESSUALITÉ DU SACRÉ 32

A - La certitude tenant au procès en matière du sacré 33

1 - La recevabilité de l'action de groupe en matière du sacré..... 33

2 - La tenue de l'instance en matière du sacré 35

B - L'incertitude tenant à la décision du juge 38

1 - Une difficile détermination du contenu de la décision 38

2 - Une difficile exécution de la décision 41

• 2

CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NOS CARTÓRIOS DE NOTAS E REGISTROS PÚBLICOS: CRÍTICAS E SUGESTÕES AO ATO NORMATIVO DO CNJ 44

CONCILIATION, MEDIATION AND ARBITRATION IN NOTARY OFFICES AND PUBLIC RECORDS: CRITIQUES AND SUGGESTIONS

Jean Mallmann

1. INTRODUÇÃO, DELINEAMENTO DO TEMA E METODOLOGIA.....	46
2. A JUSTIÇA MULTIPORTAS E A ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL.....	47
3. CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM	52
3.1 Breve exposição dos conceitos e das principais características da conciliação e da mediação	52
3.2 Diferenças entre a conciliação e a mediação “judiciais” e a conciliação e a mediação “extrajudiciais”.....	55
4. CARTÓRIOS E AS TÉCNICAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	56
5. POR QUE O ATO NORMATIVO DO CNJ NÃO FUNCIONA NA PRÁTICA?	60
6. CRÍTICAS E SUGESTÕES PROPOSITIVAS AO ATO NORMATIVO DO CNJ	62
6.1 Necessidade de curso oficial de capacitação.....	62
6.2 Subordinação da conciliação e mediação nos cartórios ao NUPMEC e ao juiz do CEJUSC	64
6.3 Obrigação de realização de sessões não remuneradas para atender às demandas gratuitas do Poder Judiciário, como forma de “contrapartida” (?)	66
6.4 Restrição à conciliação e à mediação de acordo com a especialidade de cada serviço notarial e registral.....	68
6.5 Número máximo de conciliadores e mediadores por serventia e exigência de que o preposto seja escrevente.....	71
6.6 Restrição de terceiros como conciliadores e mediadores: da obrigação de contratação de “escreventes habilitados” do cartório para fazerem conciliação e mediação	72
6.7 Remuneração correspondente ao menor valor da escritura sem valor econômico	76

6.8 Inclusão no ato normativo do CNJ da arbitragem como meio alternativo de composição de conflitos.....	77
7. CONCLUSÃO.....	78
8. APÊNDICE.....	80
9. REFERÊNCIAS.....	85
10. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA.....	87

• 3

A POSSIBILIDADE DE INTERRUPÇÃO JUDICIAL DA PRESCRIÇÃO PELO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE, COM ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR..... 89

The possibility of judicial interruption of the prescription by filing the previous anticipatory protection action, with stabilization of the injunction.

Levi Teotônio de Souza

1. A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE.....	91
2. OS EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.....	93
3. A INTERRUPÇÃO JUDICIAL DA PRESCRIÇÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO	95
4. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE COM ESTABILIZAÇÃO LIMINAR E OS EFEITOS NA PRESCRIÇÃO JUDICIAL	98
CONCLUSÃO.....	102
BIBLIOGRAFIA	103

• 4

SHOULD WE BID A FOND FAREWELL TO THE LEGAL TRANSPLANTS 'THEORY? THE THEORY OF LEGAL POLLINATION THROUGH THE LENS OF A LEGAL SLEEPING BEAUTY (MEDIATION)..... 105

Hugo Luz dos Santos

1. INTRODUCTION.....	106
2. RESEARCH METHODOLOGY	110

2.1. The importance of the uses of history to premise the assertions made throughout the paper: Between a law-in-context methodology and originalism (st) methodology.....	110
2.1.2. An interdisciplinary methodology: The importance of an evidence-informed law and the rules of inference to bolster the creation of new doctrinal concepts	113
3. MATTERS AND SUBJECTS THAT FALL OUTSIDE THE BREADTH AND SCOPE OF THIS PAPER.....	114
4. SETTING THE STAGE: THE INCEPTION OF A TWO-LAYERED LAW AND SOCIAL REALITY IN MACAU	114
4.1. West meets East. Macau as a stage for an exquisite encounter between different civilizations and different cultural backgrounds (1513-1573): The era of the flourishing trade in the Far East.....	114
4.1.1. The outset of a <i>two-layered law and social reality and of a two-layered cultural originalism</i> (1557-1573): The dawn of the era of «what is mine is mine and what is yours is yours».....	119
4.1.1.1. The inauguration of a <i>two-layered law and social reality</i> mirrored on the coexistence of Chinese laws (Law of Great Ming) and Portuguese laws (the Ordinance period - Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas and Ordenações Filipinas) (1573-1849).....	121
4.1.1.2. A <i>two-layered law and social reality</i> in the administration of justice in Macau – The Captain Chief of Journey of China and Japan (<i>Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão</i>) and the Chinese Justice named Mandarin (1573-1623).....	124
4.1.1.3. The creation of the Senate of Macau (<i>Senado da Câmara</i>) (1583-1849): The beginning of an autonomous administrative path or the onset of the era of divide and conquer between Portuguese judicial actors?.....	130
4.1.1.4. The creation of the Procurate of Macau (Procurador) (1584): The beginning of an era of Sino-Portuguese judicial network cooperation: Two sides of the same coin or two coins instead?	131
4.1.1.5. The creation of the Chief Justice of Macau (<i>Ouvidor</i>) (1587-1720): One more judicial actor to fuel the tension between <i>Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão</i> , <i>Leal Senado</i> and the <i>Procurador</i> ?	134

4.1.1.6.	A temporary suppression of the two-layered law and social reality (1743-1804): The Creation of White House Mandarin (<i>Mandarim da Casa Branca</i>) and the temporary reinstatement of Chinese Penal Code in Macau.....	137
4.1.1.6.1	Bidding farewell to the <i>two-layered law and social reality</i> (1803-1999) via the (unlikely) influence of French Illuminism? The inception of legal pollination which has prompted <i>legal dormants</i> and <i>cultural divergence with law</i> in Macau.....	139
5.	THE INCEPTION OF A <i>TWO-LAYERED CULTURAL ORIGINALISM</i> IN MACAU	147
5.1.	Macau as a stage for a harmonious coexistence between Portuguese Christianity-based faith and Chinese Confucian-beliefs-based culture (1557-2023): Introduction	147
5.2.	The importance of culture (1557-2023) in shaping <i>cultural originalism</i> («society free from litigation»): How has the interplay between Confucianism and Mediation in ancient Imperial China shaped the first layer of cultural originalism of China and Macau.....	149
6.	LEGAL TRANSPLANTS.....	153
6.1.	Legal transplants: A bird's eye view on Alan Watson's seminal work.....	153
6.1.1.	How has Alan Watson appraised his own academic work: Between initial diffidence and subsequent overwhelming joy.....	155
6.1.2.	Legal transplants in a midst of an outpouring of praise and outrage: A snapshot on the literature review further the publication of Alan Watson's ground-breaking academic work	156
6.1.2.1.	Entering the grey area: The both panegyric and sceptical review penned by Sir Otto Kahn-Freund	161
6.2.	Legal Pollination in Macau	164
6.2.1.	The inception of the metaphor of legal transplants: «Can the Western pollen fertilize in the soil of Far-East»? Introduction	164
6.2.2.	The concept of legal pollination and its impact on mediation: Why do legal transplants are not applicable to Macau	166
6.2.2.1.	<i>Legal pollination</i> and <i>legal dormants</i> in dispute resolution (concretely Mediation): The importance of the «silent forces of law»	170
6.3.	The Test of Legal Pollination and Legal Dormancy.....	172

6.3.1. Legal dynamics of dispute resolution and legal pollination: The extent to which the legislative framework of a given jurisdiction mirrors its underlying cultural background, absent of which <i>legal dormants</i> are bound to sprout	172
6.3.2. Legal dynamics of dispute resolution and legal pollination: <i>Cultural divergence with law</i> and <i>cultural convergence with law</i>	173
6.3.2.1. Cultural divergence with law	173
6.3.2.2. Cultural convergence with law	174
6.3.3. Legal dynamics of dispute resolution and legal pollination: The concept of <i>legal sentiment</i> and the sub-concepts positive legal-real-feel and negative legal-real-feel	174
6.3.3.1. Legal sentiment and positive legal-real-feel	174
6.3.3.2. Legal sentiment and negative legal-real-feel: The theoretical part (connection with <i>cultural divergence with law</i> and <i>cultural convergence with law</i>) and the functional part (the set of impressions that the citizens have on how the civil procedure system of justice works)	175
7. CONCLUDING REMARKS	175

• 5

ENTIDADES DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA EM DESASTRES AMBIENTAIS: LIÇÕES EXTRAÍDAS DO CASO RIO DOCE..... 177

Claim resolution facilities in environmental disasters: lessons from Rio Doce case

João Paulo Lordelo, Geisa Cunha Franco, Giovanni Martins de Araújo Mascarenhas, Jéssica Maria de Lima Rocha, Sophia Fonsêca Morais

1 INTRODUÇÃO	178
2 IMPACTOS DO DESASTRE DE MARIANA (CASO RIO DOCE) E COMPLEXIDADE DO CONFLITO	180
3 A DELEGAÇÃO DE ATIVIDADE EXECUTIVA A ENTIDADES DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA (<i>CLAIM RESOLUTION FACILITIES</i>)	183
3.1 Conceito e fundamentos das entidades de infraestrutura específica.....	183
3.2 A experiência norte-americana das <i>claim resolution facilities</i>	186
3.3 A fixação de indenizações mediante matrizes de danos (<i>damage assessment</i>) ..	189

4 A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS COLETIVOS E O SISTEMA DE GOVERNANÇA NO CASO RIO DOCE	192
4.1 A instituição da Fundação Renova no Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC).....	193
4.2 A correção de rumos no TAC-Governança	196
4.3 A insuficiência do TAC-Governança e a homologação do “Acordo de Repactuação” no Supremo Tribunal Federal	198
4.4 O destino da Fundação Renova no “acordo de repactuação”.....	200
5 CONCLUSÃO: LIÇÕES EXTRAÍDAS DO USO DE ENTIDADE DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA NO CASO SAMARCO E PERSPECTIVAS FUTURAS À JUSTA INDENIZAÇÃO DAS VÍTIMAS.....	201
REFERÊNCIAS.....	203

• 6

PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS PARA O ESTUDO COMPARATIVO DO MONITORAMENTO DE PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL E NA COLÔMBIA **206**

Methodological assumptions for the comparative study of the monitoring of structural injunctions in Brazil and Colombia

Yago Nunes dos Santos

1 INTRODUÇÃO	207
2 O CAMINHO METODOLÓGICO ADOTADO: RAN HIRSCHL E OS PRINCÍPIOS DE SELEÇÃO DE CASOS EM ESTUDOS COMPARATIVOS COM PEQUENO NÚMERO DE PAÍSES	209
3 A ANÁLISE DAS VARIÁVEIS NO CONTEXTO DO BRASIL E DA COLÔMBIA.....	211
3.1 A constitucionalização do Direito e o reconhecimento da força normativa das Constituições	211
3.2 Poder Judiciário independente e responsivo às demandas de elevada carga política	214
3.3 Presença de problemas sociais complexos: autoritarismo, desigualdades e violência.....	217

3.4	Diferenças quanto à forma de Estado e o impacto na execução de políticas públicas resultantes de decisões estruturais	219
3.5	As competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Corte Constitucional Colombiana.....	223
4	CONCLUSÕES.....	230
	REFERÊNCIAS.....	231



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

LE SACRÉ EN DROIT PROCESSUEL

The sacred in procedural law

Diane Carlyne Wagoue Tongoue

Ph. D. at the Universities of Nantes, France, and Ngaoundéré, Cameroon.
Assistant Professor at the University of Ngaoundéré, Cameroon.

« ... à l'évidence, notre temps est celui d'un retour à l'interrogation sur le sacré y compris dans le droit. »¹

1- Selon Roger VAILLAND, tout le progrès de l'homme, toute l'histoire des sciences est l'histoire de la lutte de la raison contre le sacré². À l'évocation, le « sacré » est un vocable qui semble provocateur eu égard à la laïcité³ hautement proclamée par les démocraties. Avant même de se poser la question de son existence, d'emblée la notion fait intuitivement référence à un domaine du non-droit⁴. Pourtant, traversant le temps, ce concept dont la mysticité pourrait faire penser à un irréalisme juridique, apparaît

1 F. TERRE, *Introduction générale au Droit*, Dalloz, 1998, n° 9.

2 R. VAILLAND, *Le Surréalisme contre la révolution*, 1948.

3 A. FRANÇOIS, « La laïcité constitutionnelle : définition, dérogations. Réflexions autour d'un principe constitutionnel ambivalent », *Sacré et Droit*, Dir. J. DOUILLARD et D. JEUSEL, institut francophone pour la justice et la démocratie, 14 sept. 2021, p. 190.

4 J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, p.71; R. RICCI, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non-droit ». *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, édité par Raymond Verdier, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012.

comme une réalité prégnante dans les sociétés contemporaines. Trois exemples au moins peuvent illustrer cette réalité. Il s'agit des affaires de l'Afo-A-Kom, du *Our body* et du site de la construction du siège de magasin Amazone pour l'Afrique.

2- Le premier, exemple, qui date des années 60, est celui de l'Afo-A-Kom, sculpture sacrée représentant le pouvoir spirituel du royaume *Kom* de la région du Nord-Ouest Cameroun en Afrique noire francophone. Selon les récits, cet objet aux pouvoirs mystiques, volé dans son bosquet à Laikom et vendu en Amérique, fut reconnu, racheté, retourné et restitué au peuple KOM qui aurait connu considérablement de malheurs depuis sa perte⁵. Le deuxième exemple concerne, quant à lui l'affaire dite « *Our Body* » de 2010 dans laquelle la Cour de cassation française avait interdit l'exposition, à Paris, de cadavres chinois « plastinés » sur le fondement de la sacralité⁶. Enfin le troisième exemple met en évidence une espèce connue par un tribunal sud-africain en 2021. Dans ce affaire, le juge avait suspendu la construction du siège pour l'Afrique du géant américain de l'e-commerce Amazon, motif pris de la sacralité du site acquis⁷. Ces quelques exemples appellent à une interrogation sur le sens du sacré.

3- À l'observation, la définition du sacré semble avoir évolué au fil du temps. D'une conception jadis irrationnelle, elle semble aujourd'hui s'être rationalisée. C'est qu'en effet, le sacré, s'il renforce parfois un terme injurieux⁸ ou admiratif, est issu de la racine sanscrite *SAK*, puis du latin *sacrum* ou *sacer* qui signifie « vouer aux dieux ». Il est alors généralement, utilisé pour qualifier les œuvres considérées comme créatures de Dieu ou encore celles qui, créées par l'homme, lui sont consacrées. À première vue, tous les peuples connaissaient ce sacré traditionnellement ratta-

5 S. BLAKESLEE SPECIAL TO THE NEW YORK TIMES, « Return the Sacred Statue, The Ruler of Kom Pleads », *The New York Times*, [30 October 1973 (ISSN 0362-4331, lire en ligne [archive])]. L'Afo-A-Kom qui signifie « chose de Kom », est une sculpture en bois sacrée de près de 1,59 m, représente un homme nu et couronné, tenant un sceptre dans sa main. Ce dernier se tient derrière un tabouret soutenu par trois têtes de buffle. Afo Akom est en réalité le siège - totem d'intronisation du « Fon » depuis la nuit des temps. Selon les récits, cet objet mystique, une fois chez ses acquéreurs, s'était mise à couler des larmes et à perturber en détruisant tout autour d'elle. Ces derniers auraient tout fait pour s'en débarrasser notamment, ils ont voulu la détruire ou l'abandonner mais n'ont pas pu. Finalement, ils l'ont vendue à une galerie d'art à New-York. Sept ans plus tard en 1973, il a été reconnu dans une galerie d'art américaine par Warren Robbins, un célèbre collectionneur d'œuvres d'art américain, qui contactera plusieurs élites Kom aux Etats-Unis afin de réaliser une levée de fonds (30 000 dollars) en vue de l'achat. Finalement, la sculpture a été rendue au peuple Kom (Oku) au cours d'une cérémonie en présence du Don Nsom Ngwe et du Président de la République Ahmadou AHIDJO.

6 B. EDELMAN, « Entre le corps - objet profane - et le cadavre - objet sacré », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2754. Selon cette haute juridiction, « les restes des personnes décédées sont sacrés. Ils doivent être traités avec respect, dignité et décence. Dès lors, ils ne peuvent faire l'objet d'exposition à des fins commerciales ».

7 <http://www.dakar-echo.com/un-tribunal-sud-africain-suspend-la6construction-du-siege-damazon-pourl'afrique>. Consulté le 26 Novembre 2023. Le juge avait alors suspendu la construction, estimant que cet espace, considéré comme sacré par les peuples khoïsan, ne pouvait pas leur être arraché au mépris de leur droit fondamental à la culture et au patrimoine culturel.

8 F. NOEL et L.-J. CARPENTIER, *Dictionnaire étymologique, critique, historique, anecdotique et littéraire...pour servir à l'histoire de la langue française*, t. 2, Le Normant, 1839, p. 794 ; M. HIMY, « *Homo sacer* : du sanctionné au sanctifié », *op. cit.*, p. 37 et s.

ché à la divinité⁹. D'ailleurs, cette modalité irrationnelle, aujourd'hui opposable aux seuls croyants, demeure encore actuelle dans de nombreuses sociétés¹⁰. En Afrique plus particulièrement, plusieurs religions traditionnelles y demeurent fortement attachées. C'est ainsi par exemple que, chez les Bamilékés de l'Ouest du Cameroun, les crânes des défunts ancêtres demeurent hautement sacrés¹¹. Dans la même veine, l'on peut citer le temple des Pythons sacrés qui est un sanctuaire vaudou situé à Ouidah au Bénin¹².

Renforcée par les religions héritées de la colonisation¹³, cette conception de la sacralité, parfois jugée étrange ou mystérieuse, est souvent associée à des idées telles que l'ancestralité et la spiritualité¹⁴ qu'imposent les croyances d'un groupe¹⁵. Ici, on oppose généralement les choses du droit humain à celles du droit divin¹⁶ ou *res sacrae*, par essence inaccessibles à l'homme. *A priori*, cette sacralité confèrerait principalement une intouchabilité, à travers l'inviolabilité¹⁷, l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité, l'irrévocabilité, l'indisponibilité, l'irréfragabilité et l'immutabilité accordée à des personnes, à des choses matérielles¹⁸, à des valeurs et à des pratiques immatérielles¹⁹.

4- Sans doute, ces caractères auront séduit le législateur qui empruntera le concept de sacré en le rationalisant si bien que cette nouvelle catégorie, conçue par le droit moderne et désormais imposable à tous, serait utilisée dans un sens non religieux pour faire référence aux valeurs jugées essentielles²⁰. Dans cette perspective, la

9 E. DURKHEM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Presses Universitaires de France, 1912 ; M. ELIADE, *Le sacré et le profane*. Editions Gallimard, 1965 ; M. TROPER, *Les Fondements Juridiques de la Démocratie*. LGDJ, 1994 ; M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, 1905.

10 P. LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu. Étude sur le montage de l'État du Droit*, Fayard, 2005, pp. 262-263.

11 P.-G. POUGOUE, *Il fallait en dire un mot*, Les Impliqués Editeur, Paris, 2023, p. 229.

12 C. VLADIMIR, « Temple des pythons : haut lieu du vaudou, cénacle de reptiles sauveurs », *La Nouvelle Tribune*, 28 juillet 2015.

13 R.-M. RAMPENBERG, « Du religieux au laïc dans le droit romain », *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, J.-L. THIÉREAU (dir.), Paris, PUF, 1997, pp. 49-59 ; P. SOUTY, « Le conseil d'État et les traditions religieuses », *Mélange de littérature, philologie et histoire offerts à A. LOUIS par ses élèves et ses amis*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1934, p. 327. J. PRADEL, « L'appréhension du fait religieux par le juge pénal », *RPDP*, n° 1, 2009, p. 18 ; P. TALLIO, « Le droit face à l'éternité : les enjeux juridiques de la sacralisation du droit », *Sacré et droit, op. cit.*, p. 24.

14 M. HIMY, « *Homo sacer* : du sanctionné au sanctifié », *Sacré et Droit, op. cit.*, p. 37 et s.

15 J.-S. CHAPTEAU, « Les liens entre culture et sacré à l'épreuve du droit pénal », *Sacré et Droit, op. cit.*, p. 190.

16 PLATON, Cité par P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, p. 17. Selon l'auteur, il existe deux sortes de bien : les biens humains et les biens divins. Les *res divini iuris* (« choses de droit divin ») sont soit des *res sacrae* (« choses sacrées »), soit *res religiosae* (« choses religieuses »), soit des *res sanctae* (« choses saintes »). Les *res sacrae* sont les lieux+ et choses consacrés aux dieux célestes.

17 P. TALLIO, « Le droit face à l'éternité : les enjeux juridiques de la sacralisation du droit », *Sacré et droit, op. cit.*, p. 24.

18 M. ELIADE, *Le sacré et le profane*, Gallimard, coll. « Idées », 1965, 1^{er} éd., p. 17.

19 J. S. CHÂTEAU, « Les liens entre culture et sacré à l'épreuve du droit public », *op. cit.*, p. 81 et s.

20 P. LEGAL, « A chacun le sien. Droits pénal et droit du travail et normes religieuses », *Sacré et Droit, op. cit.*, p. 77 et s.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 proclamera après la Révolution française : « *les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme* ». Plus encore, depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale et suite aux atrocités auxquelles a fait face l'homme, la tendance juridique est à la sacralisation de cet être. Suite à cela, de nombreuses législations reprendront cette idée. En Afrique par exemple, les législateurs congolais²¹, centrafricain²² et malien²³, consacrent expressément la sacralité de l'homme²⁴. Ce mouvement conduit à une protection accrue des intégrités physique et psychique des individus, menacés par les potentialités de nouvelles atteintes. On assiste alors à une protection de l'espèce humaine, à travers d'une part l'inviolabilité du corps, l'inaliénabilité des éléments et produits de ce dernier vivant, en devenir²⁵ ou résiduel²⁶. D'autre part, au-delà de la personne humaine, le droit moderne sacralise les droits²⁷ et les choses indispensables à la subsistance²⁸ et à l'épanouissement de cette dernière²⁹. D'ailleurs, la croissante personnification des choses³⁰ semble en être la manifestation incontestable³¹.

5- Ainsi, sans toutefois se substituer à l'idée traditionnelle, assiste-t-on à une duplication contemporaine du sacré³². Concrètement, il peut être naturel ou d'affectation. Dans la première catégorie, l'on pourrait citer prioritairement l'être humain, traditionnellement considéré comme une œuvre créée par Dieu à son image³³. Dans cette même catégorie, on peut invoquer les choses communes ou « *res communes* »³⁴,

21 v. art. 4 du Code de la Famille.

22 v. art. 52 du code de la famille.

23 v. art. 4 du Code des personnes et de la famille.

24 Rapport public du Conseil d'État Français, 25 mars 1988, Les sciences de la vie, de l'éthique au droit. « Le corps, c'est la personne ».

25 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 3^{ème} éd., PUF, Paris, 2022., p. 3. La moralisation des comportements impose la nécessaire transmission des richesses culturelles à ceux qui viendront après. De ce fait, les générations futures sont protégées.

26 F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit Civil. Les personnes*, 8^{ème} éd., Dalloz, n°32, p. 37.

27 Au Cameroun, le préambule de la Constitution prévoit : « *l'être humain, sans distinction de race, de religion, de sexe, de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ».

28 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *Op.Cit*, p. 287.

29 H. GROTIUS, cité par P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, p. 76. Selon cet auteur, la mer est une chose commune qui échappe à toute occupation et à toute appropriation privée.

30 Cour constitutionnelle allemande dans sa décision du 24 Mars 2021 admet la protection des générations futures. Aussi, les robots et intelligences artificielles bénéficient de plus en plus des attributs liés à la personne.

31 S. P. KOUAM, « grandeur et décadence de la distinction entre les personnes et les choses en droit civil contemporain », *RDIDC*, n° 2, 2022, p. 73 ; C. CHATILLON, Les choses empruntent de subjectivité, thèse, Paris 1, 2008.

32 R. LAHER, « Introduction (Etat, justice et sacré) », *Sacré et Droit*, *op. cit.*, p. 190.

33 GENÈSE 1 : « Dans ce premier récit de la création, chaque jour, Dieu parle, fait exister les choses et les êtres puis prend le temps de contempler son œuvre. Dieu vit que cela était bon ». Il modèle l'homme à son image (de créateur).

34 M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, LGDJ, Paris, 2006.

non créées par l'homme, telles que l'air et la mer. La deuxième catégorie concerne les choses humaines, initialement profanes³⁵, érigées en valeur suprême par les autorités internationales, nationales, religieuses ou coutumières³⁶. Quoiqu'il en soit, la sacralisation apparaît de manière implicite ou explicite comme un mécanisme de protection de la personne humaine ou des choses à qui ou à quoi une communauté humaine doit un respect absolu et intangible³⁷ sur les fondements moraux, historiques et juridiques³⁸. Dès lors, le droit du patrimoine culturel protège le sacré³⁹. Dans ce contexte, toute violation devrait entraîner inéluctablement des condamnations judiciaires.

6- Dans cette perspective, les règles de droit substantiel tendent à la protection du sacré en ce sens que le droit pénal condamne par exemple toute forme d'atteinte à la personne humaine⁴⁰ ; les pratiques sexuelles sur les cadavres⁴¹, le trafic d'ossement humain⁴², la profanation de cadavre ou violation de tombe⁴³. En matière civile, la loi camerounaise de 2013 portant protection du patrimoine culturelle favorise la conservation et la protection du sacré⁴⁴. Dès lors, le droit processuel doit aussi concourir à une telle finalité. Pourtant, si les règles de droit commun applicables dans les procédures en matière pénale et administrative ne semblent pas faire obstacle à la protection efficace du sacré, celles relatives à la justice civile paraissent en revanche moins évidentes. En effet, le juge civil, par essence considéré comme le garant des droits subjectifs, n'intervient que dans les domaines où les particuliers sont titulaires des droits. Dans ce sens, l'action en matière civile n'est admise qu'aux bénéfices des personnes justifiant d'un intérêt direct et personnel⁴⁵ pour des contestations relatives à l'existence ou l'étendue de leurs droits⁴⁶. Or, à défaut d'une appropriation privée⁴⁷, le sacré ne saurait par hypothèse fonder une contestation appelant l'intervention du juge civil.

35 G. LHUILLIER, « Les œuvres d'art, *res sacrae* ? », *RRJ*, 1998. P. 513.

36 K. MARX, *Critique de la philosophie du droit de Hegel*, 1844. Cité par P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, p. 204. « La religion est l'âme du peuple ».

37 Le petit Larousse illustré, « sacré », Larousse, Paris, 2022, p. 1034.

38 R. LIBCHABER, « Bien », *Répertoire de droit civil*, 2016, n° 106 et s

39 J. S. CHÂTEAU, « Les liens entre culture et sacré à l'épreuve du Droit public », *Sacré et Droit*, *op. cit.*, p. 140.

40 T. ATANGANA MALONGUE, *Droits africains des personnes*, *op cit*, p. 178.

41 v. art. 274 al. 3 et 4 du Code Pénal Camerounais.

42 v. art. 193 al. 3 Code Pénal du Burkina ; art. 206 du Code pénal Malien ; art. 196 al. 4 du Code Pénal Togolais.

43 TGI Mbouda, 2 Juillet 2007, jugement n° 371/cor. MP c. pabapoh A et Autres, Inédit ; TGI, Mbouda, du 16 Mars 2009, Jugement n° 159/COR, MP c. Tafoudjo j et Folong J.

44 v. art. 3 al. 4b de la Loi n 2013/003 du 18 avril 2013 régissant le patrimoine culturel au Cameroun.

45 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *Op.Cit.*, p. 207.

46 P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, *juriscope*, 2002, p. 19.

47 A. COSTES, « Le motif religieux en droit pénal », *Sacré et Droit*, *op. cit.*, p. 139 et s. ; ALAIN, « La relation de l'homme et du sacré », *Porte*, Jacques (dir.), *Encyclopédie des musiques sacrées*, vol. I, Paris, Lagerie, 1970, p. 37 ; P. LEGENDRE, *Le désir politique de Dieu. Etude sur le montage de l'Etat du Droit*, Fayard, 2005, p. 262 et 263.

7- De ce qui suit, on se demande si ce juge devrait renoncer à statuer chaque fois qu'il est saisi d'un litige fondé sur le sacré. L'on semble répondre par la négative à cette interrogation. Un tel positionnement s'impose non seulement parce que, tout juge est tenu, sous peine de déni de justice⁴⁸, de statuer chaque fois qu'il est saisi, mais surtout parce que le juge civil est traditionnellement gardien des libertés fondamentales et de la propriété⁴⁹ ; ce dernier devra donc nécessairement statuer. Il semble par conséquent opportun de s'interroger dès lors, sur le déploiement du sacré en droit processuel, car, au regard des précédentes illustrations, semble se profiler un droit processuel spécial.

1- Cette préoccupation qui sera essentiellement analysée au regard des réalités sociales connues en Afrique Noire francophone, accordera davantage la primauté à la procédure civile. En logeant notre réflexion dans cette perspective, l'intérêt de cette étude semble plus marquant car elle accorde l'opportunité d'évaluer les règles de droit processuel au regard de l'évolution du Droit civil contemporain. De façon plus pragmatique, sous la forte influence des croyances traditionnelles, il est jusqu'ici admis la suprématie du Divin, placé au-dessus de la justice. Or, les réalités contemporaines, sous le sceau de la désacralisation, conduisent à une appropriation du sacré, dans la mesure où il est désormais possible de le réclamer devant le juge.

8- Deux aspects marquants l'évolution du droit civil peuvent fonder cette observation. Le premier concerne la progressive commercialisation ou réification du sacré⁵⁰. En effet, jadis insusceptible de juridicité, cette catégorie tend désormais à être considérée comme objet de commerce juridique. Néanmoins, on se demande si la commercialité du sacré conduirait à une désacralisation, qui peut rendre celui-ci profane. Répondre à cette préoccupation par l'affirmative entraînerait l'application des règles de droit commun du procès civil. Tandis qu'une réponse négative conduirait à rechercher des règles de droit processuel dérogatoires applicables au sacré. Au demeurant, si pour l'heure la législation ne permet pas de donner une réponse claire à cela, il importe de retenir que la commercialité du sacré semble jusqu'ici présenter d'énormes spécificités.

9- Le second aspect concerne la progressive admission d'une action en justice des groupements pour la défense de l'intérêt collectif. En effet, le sacré n'appartient généralement pas à un individu isolé ; mais à une communauté de personnes inter-

48 V. art. 4 du Code Civil.

49 X. ABBÉE, « La valeur de la dépouille mortelle chose sacrée », *Études sur la mort*, vol. n° 129, no. 1, 2006, pp. 69-77.

50 R. LIBCHABER, « Bien », *Rep. Dr. Civ.*, 2016, n°106 et s ; I. Moine, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, préf. E. Loquin, 1998, LGDJ ; F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du code civil*, préf. J. Ghestin, 2002, LGDJ ; J.-C. Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français », *Cah. dr.*, t. 30, n° 4, déc. 1989, p. 1011 ; M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Archives Phil. dr.*, t. 33, 1988, p. 323 ; I. Couturier, « Remarques sur quelques choses hors du commerce », *LPA* 6 sept. 1993, n° 107, p. 7, et 13 sept. 1993, n° 110, p. 7D. Mazeaud, *Introduction à l'étude du droit*, Tome 1, 3^{ème} Ed., 1962, p. 242.

dépendantes et indéterminées⁵¹. Il peut s'agir notamment de la famille, de la collectivité villageoise, de la nation, voire de l'humanité. Dans cette hypothèse, on se demande s'il est possible que ces groupements agissent en justice pour la protection du sacré. La réponse à cette question n'est pas évidente. En effet, en l'état actuel du droit processuel, l'action de groupe n'est ouverte que pour certains groupements dotés de la personnalité juridique⁵² et pour des matières précises⁵³. Pourtant, il convient de noter une attitude positive à la recevabilité des actions en justice des groupes pour la protection du sacré⁵⁴. Dans ce sens, le juge civil admet par exemple l'action en justice initiée par les familles ou les communautés villageoises dans le but de la protection de la chose sacrée, présentée comme leur propriété commune et indivise⁵⁵.

10- De ce qui précède, il semble utile de mesurer le poids de ces arguments nouveaux et éventuellement leur utilité aujourd'hui en renouvelant la réflexion sur le sacré dans la théorie et la pratique du procès civil. Cette analyse qui est basée sur le droit constant contient des éléments qui permettraient de bâtir un droit processuel prospectif fondé sur le sacré spécialement. Elle envisage l'étude de cette catégorie dont la justiciabilité (I) et la processualité (II) semblent s'imposer.

I- LA JUSTICIABILITÉ DU SACRÉ

11- La théorie générale du procès impose de vérifier la justiciabilité de la matière avant toute action en justice. En procédure civile, la justiciabilité peut être définie comme l'ensemble des règles qui énoncent dans quelles circonstances un différend peut être jugé⁵⁶. Autrement dit, il s'agit des cas dans lesquelles un différend est susceptible

51 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit. p. 163.

52 v. art 26 (3) de la loi cadre n° 2011/012 du 06 Mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun : « la défense collective est assurée par une association de consommateurs ou une organisation non gouvernementale œuvrant pour la protection des consommateurs. ». Pour le droit sénégalais, v. art. L98 du Code du travail. les dispositions sus-visé Les associations et les syndicats sont les seuls admis à ester en justice pour la défense d'un droit collectif. B. Allard, J. Jourdan-Marques, « Action de groupe », *Rép. D. Proc. Civ.*, 2021, n° 1.

53 v. art 26 (3) de la loi cadre n° 2011/012 du 06 Mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun. En France, l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs. L'action de groupe a été élargie au domaine de la santé, à la discrimination au travail, au dommage environnemental, à la protection des données à caractère personnel.

54 R. ASSONTSA, « Réflexion autour de l'action en justice des entités civiles sans personnalité morale en procédure civile au Cameroun », op. cit., p. 70. TPI Nkonsamba, jug. n° 01/COM/PI du 05 Oct. 2016, aff. La succession KEMADJOU Issac représenté par dame veuve YOUNBI Marthe et Mlle YOMI Kemadjou Hermine c/ sieur Nguetchue Ngahou Salomon, inédit ; PTPI – Badjoun, ord. N° 03/Ord/REF/CIV/2013 du 22 jan V. 2013, aff. Famille Tchassem Jérémie, Tchuente Mathieu et Noutsa Josué à Bayangam c/ Sohaing André, maire de la commune de Bayangam et commune de Bayangam, inédit.

55 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 152 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, Paris, 2010, p. 4.

56 J. CARBONNIER, *Hypothèses fondamentales pour une théorie sociologique du droit, flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Op.Cit., p. 17.

de se transformer en litige et recevoir par conséquent une solution juridique de la part des tribunaux. L'analyse du sacré dans le procès civil révèle désormais une certitude sur sa « litigiosité » (A) malgré la juridictionnalisation incertaine qui demeure (B).

A - Une certitude quant à la litigiosité du sacré

12- La litigiosité peut s'entendre comme la caractéristique de ce qui est litigieux. *A priori*, de nombreux rapports de droit, ne pouvant faire l'objet d'une appropriation privée, n'accèdent pas à la litigiosité⁵⁷. On se poserait alors la question de savoir si le sacré est relevant.⁵⁸ Et à cette préoccupation, la réponse proposée donne à constater une évolution. En réalité, d'une litigiosité contestable hier (1), le sacré semble aujourd'hui constituer une matière litigieuse (2).

1 - Hier : une litigiosité contestable

13- La contestation de la litigiosité du sacré semble liée à l'extra-commercialité⁵⁹ qui lui était attachée *ab initio*. En effet, comme les choses interdites ou dangereuses, le sacré fait partie de la catégorie de chose hors du commerce juridique qui, en raison de sa nature particulière ou de son importance sociale, culturelle ou environnementale, ne peut être acheté ou vendu⁶⁰. Visiblement, le renvoi que cette limite contient au système de valeur d'une société donnée la fait considérablement varier d'une culture à une autre et d'une époque à une autre. Dès l'origine, le droit romain par exemple rejetait du commerce, les choses considérées comme sacrées⁶¹. Il s'agissait des choses soustraites du pouvoir des hommes en ce sens qu'elles appartenaient à des dieux⁶². À cette époque, on opposait les *res in commercio* aux *res divini*, composés des *res sacrae*, *religiosae* et *sanctae*. De nos jours, de nombreux systèmes de droit civil conservent également les traces d'une affectation de droit privé qui borne l'extra-commercialité aux choses sacrées. Dans ce sens, l'article 2217 du Code Civil Québécois prévoit que les choses sacrées sont inaliénables et imprescriptibles. Selon ce texte, toute aliénation consentie à défaut de désacralisation préalable est nulle de nullité absolue. De même, les traditions africaines connaissent cette limitation à la commercialisation des choses sacrées, préservant ainsi leur nature spéciale, leur caractère inaliénable, ou leur importance collective.

57 L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 4.

58 J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 2013, pp. 9-103.

59 L. CADIET, *Jurisclasseur Civil*, 1988, n° 5, art. 1598.

60 M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Archives de philosophie du droit*, 1988, p. 322 ; Fr. ZENATI, « Choses hors commerce », *RTD Civ.*, 1996, p. 420 ; Gr. LOISEAU, « Typologie des choses hors commerce », *RTD Civ.*, 2000, p. 47.

61 P. MALAURIE, L. AYNÈS, M. JULIENNE, *Droit des biens*, 9^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2021, p. 75.

62 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 288.

14- Ces tabous qui s'imposent comme primordiaux dans la culture juridique font obstacle à la subjectivité du sacré. En effet, l'extra-commercialité entraîne ainsi l'indisponibilité, l'inaliénabilité et l'incessibilité de la chose sacrée. Cette dernière ne pouvant faire l'objet d'une convention, demeure dans un patrimoine. Dès lors, les particuliers, sujets du procès civil, ne pouvant par conséquent être titulaires des droits sur une chose sacrée, ne pourront fonder aucune prétention sur celles-ci. Il en résulte que le sacré semble échapper au domaine de la juridicité, d'où la remise en cause de sa litigiosité.

15- Pourtant, le maintien d'une telle conception, élargirait le champ des matières non litigieuses. De fait, le développement contemporain de l'humanisme du droit accroît le domaine de la sacralité aux personnes physiques et à certaines choses. Dans la première hypothèse, la Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit à titre d'exemple que : « *Tout homme peut engager son temps et ses services, mais il ne peut se vendre et être vendu* ». La personne humaine et les droits de la personnalité sont donc hors de commerce⁶³. Dans ce sens, la cession des produits du corps humain, tels que le sang et les organes, ne peuvent pas faire l'objet de contrepartie financière ; elle doit être gratuite⁶⁴. Cette sacralité semble d'ailleurs s'étendre à certaines choses. En effet, ignorant malheureusement les choses consacrées à la divinité, le droit admet une personnalisation⁶⁵ des choses qui semblent extraites de leur catégorie pour intégrer celle des personnes. Il s'agit d'abord généralement des choses qui justifient l'identité, la dignité ou le respect de la vie privée et familiale de la personne, notamment les souvenirs de familles⁶⁶. Les traditions africaines maintiennent cette catégorie. C'est ainsi que la case des crânes chez les bamiléks est une chose sacrée qui ne doit en principe pas faire l'objet de transaction commerciale. Ensuite il y a certaines entités relatives aux choses, qu'on sent bien ne pas être ordinaires. On peut citer dans ce sens l'embryon⁶⁷, le cadavre⁶⁸, le mort-né ; le placenta et le cordon ombilical⁶⁹. Plus encore, la tendance

63 v. arts. 5 et 6 Code de la famille du Congo ; art. 91 Code civil du Gabon ; art. 4 al. 3 du Code des personnes et de la famille du Mali ; art. 50 Code de la famille de la République Centrafricaine ; l'article 16-1 du Code Civil prescrit à cet effet que le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Paris, Edition du Seuil, 1993, p. 116 et s.

64 K. KOUASSI, « La mort en Afrique : entre tradition et modernité », p. 154 ; R. NAVARRO, « Rites funéraires et figures de la mort en Afrique et en Occident », *Ethnologie française*, 2007, HS, vol. 37, pp 83-87.

65 Le Littré la personification consiste à : « faire d'un être inanimé ou d'une abstraction un personnage réel ».

66 M. GRIMALDI, JCP G, 1995 II, 22477, note S. HOVASSE-BANGET, RTD CIV, 1996. 420, obs. F. ZENATI.

67 T. ATANGANA MALONGUE, *Droits africains des personnes, (Bénin, Burkina, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte-d'Ivoire, Gabon, Mali, Sénégal et Togo)*, Bruylant, 2022, p. 105.

68 PH., ARIES, *L'homme devant la mort*, Vol, I et II, coll., Points-histoire, Paris, Seuil, 1985 ; T. ATANGANA MALONGUE, *Droits africains des personnes, (Bénin, Burkina, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte-d'Ivoire, Gabon, Mali, Sénégal et Togo)*, Bruylant, 2022, p. 137 ; M. DOUCHY-LOUDOT, *DROIT CIVIL : INTRODUCTION, PERSONNE, FAMILLE*, PARIS, DALLOZ, 2019, p. 160 ; A. GAILLARD, *Les fondements du droit des sépultures*, préf. B. MALLET-BRICOUT, Varenne, 2017.

69 T. ATANGANA MALONGUE, *Droits africains des personnes, (Bénin, Burkina, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte-d'Ivoire, Gabon, Mali, Sénégal et Togo)*, op. cit. p. 137 ; M. DOUCHY-LOUDOT, *Droit Civil : introduction, personne, famille*, op. cit., p. 207.

à la sacralisation se poursuit avec la personnification des animaux⁷⁰ et des entités naturelles⁷¹. À l'avenir, l'on pourra même envisager la personnification des robots⁷² ou de l'intelligence artificielle⁷³.

16- De ce fait, exclure la litigiosité pour tous ces cas de sacralité serait très lourd de conséquence. Cela signifierait dans une certaine mesure que l'on ne peut pas par exemple saisir le juge civil pour la réparation d'un préjudice corporel subi, motif pris de ce que l'on n'est point propriétaire de son corps. Cette hypothèse ne semble pas concevable, car la réalité du prétoire laisse apparaître le contraire. Le juge civil semble favorable à la recevabilité en justice des actions dont l'objet porte sur la matière du sacré⁷⁴. Dans ces circonstances, la litigiosité du sacré semble s'affirmer de nos jours.

2 - Aujourd'hui : une litigiosité constatable

17- Contrairement au postulat précédemment posé, le sacré apparaît progressivement comme une matière juridiquement relevante. Cela trouve des explications sur le fait que le droit admet de plus en plus la patrimonialité et la commercialité du sacré. La litigiosité du sacré pourrait dans ce contexte découler de son appropriation envisagée au profit des particuliers. A titre d'illustration, la loi camerounaise de 2013 régissant le patrimoine culturel prévoit la possibilité que les biens culturels meubles et immeubles puissent appartenir à des particuliers⁷⁵. Ce même texte, tout en interdisant l'aliénation des biens culturels appartenant à une entité étatique, autorise une telle transaction pour ceux dont les particuliers sont propriétaires⁷⁶. Ce faisant, les forêts sacrées, les événements liés aux croyances, notamment les rites, les rituels, les objets, les vêtements et les lieux sacrés, peuvent faire l'objet d'appropriation et de cession entre

70 Quelques exemples peuvent être cités concernant la personnification des animaux : des grands singes ont été reconnus en Nouvelle-Zélande en 1999, puis en Inde ; des dauphins l'ont été en Inde en 2013 ; un orangoutan en Argentine en 2016 ; des ours...

71 La « terre mère » a été reconnue sujet de droit en équateur et en Bolivie, en 2007 et 2008 ; la forêt et le fleuve Whanganui en Nouvelle-Zélande en 2017, des glaciers en Inde ; l'Amazonie en Colombie en 2018

72 D. LEVY, *Love and sex with robots*, Harper Collins Publishers, 2008 ; X. LABBÉE, « Épouser une femme robot », *La Gazette du Palais*, 2014, n° 351-352, p. 5.

73 S. CANSELIER, « Les intelligences non humaines et le droit. Observations à partir de l'intelligence animale et de l'intelligence artificielle », *Archive de philosophie du droit*, 2012, n° 55, pp. 207-229 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Op.Cit, p. 46.

74 M. TIMTCHUENG, « La juridiction camerounaise compétente en matière de contentieux des obsèques et de l'inhumation opposant des membres de la famille du défunt », *RRJ*, 2015-1, p. 431.

75 v. art 6 de la loi n° 2013/003 du 18 avril 2013 régissant le patrimoine culturel au Cameroun. Aussi, selon al. 3 (3) Les biens culturels appartenant à des particuliers sont ceux : issus de leur génie individuel ou collectif, produits de manifestations sociales et de créations individuelles et collectives ; reçus à titre gratuit ; provenant d'échanges librement consentis ; achetés légalement avec le consentement des autorités compétentes du pays d'origine de ces productions.

76 v. art. 33 al. 1 : Les biens culturels immeubles du patrimoine culturel municipal, région ou national classés sont inaliénables et imprescriptibles. al. 2, les biens culturels immeubles classés appartenant à des particuliers peuvent être cédés.

particuliers. Ainsi, dans l'exercice de leur droit de propriété, les particuliers peuvent de manière volontaire user ou disposer de la chose sacrée. On assiste dès lors à une désacralisation de la chose sacrée qui pourrait justifier la circulation, le trafic et le piratage de celle-ci⁷⁷.

18- Dans le même ordre d'idées, une tendance contemporaine reconnaît à toute personne physique des droits de propriété sur son corps⁷⁸. Cette hypothèse conduit par voie de conséquence à une réification de la personne⁷⁹. A partir de là, des éléments traditionnellement constitutifs de l'humain s'en détachent et ont alors vocation à être attirés vers le marché⁸⁰. On peut citer à titre d'exemple la commercialisation des phanères, du sang, des cellules sexuelles, des organes, des gènes, etc. De même, on peut désormais mettre à disposition d'une autre personne une partie du corps humain dans le but de la procréation⁸¹. Plus encore, l'usage d'un nom peut être cédé à une entreprise⁸² ; l'image d'une personne peut désormais faire l'objet de contrat de cession ; les données à caractère personnel et des éléments de la vie privée se trouvent aujourd'hui monétisés⁸³. Ainsi, même si pour l'heure, de nombreuses législations maintiennent le refus de la marchandisation des éléments et produits du corps humain⁸⁴, il faut reconnaître que ceux-ci sont, indubitablement, mis à la disposition des bénéficiaires moyennant un prix.

19- De ce qui précède, la relativité de l'extra-patrimonialité et de l'extra-commercialité révélée à travers ces exemples ruine la catégorie du sacré en tant que telle. Le sacré peut à présent être cédé par son propriétaire, à titre onéreux ou gratuit et devient dans ce cas objet de commerce juridique. Dès lors, il semble possible d'envisager que des particuliers exercent sur lui des droits subjectifs ou des droits de propriété. Le sacré, entré dans la sphère juridique, constitue une matière litigieuse devant les juridictions civiles car les particuliers peuvent de ce fait valablement y fonder leurs prétentions. Pourtant, si la litigiosité de cette matière semble acquise, sa juridictionnalisation paraît incertaine.

77 En Guinée, le masque d'épaule *nimba*, sculpté par le peuple Baga au xix^e siècle, représentant la déesse de la fertilité et considéré comme le symbole de leur identité culturelle dudit peuple leur a été délogé. Marie Angélique Bangoura, « Culture : Et si le masque Nimba s'appelait Dimba ! Découvrez ce symbole mythique des Bagas et ses fonctionnalités! [archive] », Guinée People, 7 mars 2018 (consulté le 7 mai 2019).

78 J.P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, édition du seuil, 1993, pp.141-143.

79 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit. p. 41 ; A. GUESMI, « Volonté et réification du corps humain », in. Y. STRICKLER et F. SIRIAINEN, *Volonté et biens. Regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 213.

80 L. ROBERT, « Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues », *Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015.

81 J. BOUISSOU, « Les mères porteuses, un créneau indien », *Le Monde*, 4 Aout 2008.

82 Cass. Comm., 12 Mars 1985, Bordas, D. 1985, 471, note J. GHESTIN, *JCP G*, 1985, II, 204000, concl. Montagnier, note G. BONET ; 1^{er} Dec. 1987, *JCP G*, 1988, II. 21081, note E. AGOSTINI, *GAJC*, t. 1, 13^e éd. n° 24, p. 166.

83 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 42.

84 v. art. 16-5 du Code civil français.

B - Une incertitude quant à la juridictionnalisation du sacré

20- La juridictionnalisation s'entend comme le fait de confier à une juridiction le contrôle d'une situation. De fait, fondant leurs prétentions sur les droits qui leur sont juridiquement reconnus, les justiciables doivent avoir la possibilité de saisir un juge civil qui sera tenu de trancher le litige. Cependant, l'incertitude au sujet de la matière du sacré naît de la difficile identification de la juridiction compétente (1) et de l'imprécision quant au mode de résolution du litige (2).

1 - La difficile identification de la juridiction compétente

21- L'admission de la litigiosité du sacré suppose l'identification du juge institué à l'effet de trancher de tel différend⁸⁵. En effet, s'il est admis pour les justiciables la possibilité de saisir le juge civil afin qu'il tranche le litige portant sur une matière du sacré, la question qui sous-tend cette articulation porte sur la juridiction légalement apte à connaître un tel type de contentieux. Dans cette optique, s'interrogeant sur la juridiction camerounaise compétente en matière de contentieux des obsèques et de l'inhumation opposant des membres de la famille du défunt, un auteur avait alors relevé la disqualification du juge de droit commun et l'inaptitude du juge des référés⁸⁶. L'on se demande ici si cette observation peut se généraliser à toute la matière du sacré.

22- En règle générale, les critères de la compétence sont déterminés par la matière à juger et le lieu de rattachement du litige sur le territoire. Ceux-ci permettent la détermination de la compétence matérielle et territoriale respectivement⁸⁷. Or, si la dernière catégorie admet des dérogations, il va sans doute que la première quant à elle est d'ordre public en ce sens que nul ne peut y déroger. Dès lors, l'identification de la juridiction matériellement compétente pour connaître de l'action de groupe en matière du sacré se présente comme un impératif. Cette préoccupation semble moins prégnante pour les voies de recours relatives à l'appel et au pourvoi. En effet dans ces deux cas, les juridictions compétentes seront respectivement la cour d'appel et la Cour suprême nationale.

Toutefois, la situation semble moins évidente en instance. Cette difficulté s'observe tant pour le litige international que pour le litige national. Pour le litige international, il faut déjà relever qu'il n'existe visiblement pas de juridiction internationale propre aux actions de groupe. A la vérité, si le législateur français envisage par exemple que l'action de groupe en matière internationale puisse être portée devant le tribunal judiciaire

85 L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit. p. 398.

86 M. TIMTCHUENG, « l'évanouissement de la spécialité des juridictions traditionnelles au Cameroun », www.Afrimap.org.

87 S. GUICHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, Paris, 2006-2007, p. 51 et s.

de Paris⁸⁸, le législateur camerounais reste silencieux. Il semble dans ce cas complexe de déterminer la juridiction nationale pouvant connaître de toute action de groupe sur le sacré comportant un élément d'extranéité.

23- Pour le litige national, plusieurs critères pourraient effectivement permettre une telle détermination⁸⁹. À côté de l'objet ou s'agissant de la nature du litige, critère principal, cette compétence pourrait être fixée en fonction de l'importance des intérêts en jeu, c'est-à-dire par la valeur du litige. Or, ces deux critères ne semblent pas stimuler la détermination de la juridiction compétente à ce sujet. D'une part, suivant le premier critère, les dispositions légales n'envisagent nullement la compétence juridictionnelle fondée spécialement sur la matière du sacré, d'autre part, le caractère inestimable du sacré écarte toute possibilité d'une détermination juridictionnelle basée sur l'intérêt en jeu. Or, la juridiction de droit commun en matière civile devrait être compétente pour ce type de litige. Malheureusement, les règles tendant à la répartition de compétence ne permettent pas de définir cette catégorie en droit camerounais car aucun texte n'attribue la compétence des matières non énumérées à une juridiction précise⁹⁰. Il apparaît de ce qui vient d'être relevé qu'aucune juridiction n'est investie de la compétence en matière du sacré ; raison pour laquelle il importe alors de rechercher ou de définir, au regard des différentes juridictions intervenant, celle qui serait la mieux habilitée à cohabiter avec le sacré.

24- Pour se faire, il s'agit de rechercher parmi les différents ordres de juridiction d'instance, celle apte à connaître d'une action de groupe tendant à la protection du sacré. En effet, la particularité du procès civil camerounais tient essentiellement à son pluralisme judiciaire, qui est la conséquence du pluralisme normatif⁹¹. On retrouve en instance les juridictions de droit traditionnel à côté des juridictions de droit moderne⁹². S'agissant des juridictions traditionnelles dans la zone anglophone, seul le critère de l'appartenance religieuse semble imposer le choix de l'une ou l'autre juridiction⁹³.

88 v. art. 889 al. 2 du Code de procédure civile.

89 v. art. 15 al. 1b de la loi 2006 portant organisation judiciaire. Le TPI est compétent en matière civile, commerciale ou sociale ; • des actions en recouvrement, par procédure simplifiée, des créances civiles ou commerciales certaines, liquides et exigibles n'excédant pas dix millions (10 000 000) de francs CFA ; des différends dont le montant de la demande est inférieur ou égal à dix millions (10.000.000) de francs CFA. Les dispositions de l'al. 1 ci-dessus, le Tribunal de Première Instance, compétent sur l'action principale, est également compétent pour statuer sur les demandes reconventionnelles, quel qu'en soit le montant.

90 R. ASSONTSA et B. M. KEM CHEKEM, « Le tribunal de Grande Instance, tribunal de droit commun en droit camerounais : scholie sur une certitude », *Annales de la FSJP*, Université de Dschang, Tome 2010, p. 5 et s.

91 P. NKOU MVONDO, *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone : du droit privé formel au droit privé informel*, Thèse de Doctorat/ PhD, Université Robert Schuman, Strasbourg, 1995, 456 p.

92 D. C. WAGUE TONGOUÉ, *Oralité dans le procès civil*, thèse de Doctorat/PhD, Nantes-Ngaoundéré, 2016, p. 13 ; M. TIMTCHUENG, « L'évanouissement de la spécialité des juridictions traditionnelles au Cameroun », *www.Afrimap.org*.

93 J. GOUEM, *L'organisation juridictionnelle du Cameroun*, thèse, 3^{ème} cycle, Yaoundé, 1985 ; R. SONKENG, *Les institutions judiciaires au Cameroun*, Douala, Macacos, 2005, pp. 45-49.

Les *Alkalies courts* connaissent de toutes affaires civiles opposant les musulmans. Les *Customary courts* jugent des litiges opposant les non musulmans. Ces deux juridictions peuvent donc logiquement connaître de la matière du sacré qui opposerait des particuliers. Dans la partie francophone, les tribunaux coutumiers connaissent des différends d'ordre patrimonial et notamment des demandes en recouvrement de créances civiles et commerciales, des demandes en réparation des dommages matériels et corporels et des litiges relatifs aux contrats. Ils ne peuvent *a priori* connaître du sacré qui, par essence, est hors du marché et ne peut faire l'objet d'une convention. Pour ce qui est du Tribunal de Premier Degré, il connaît des litiges relatifs à l'état des personnes, à l'état civil, au mariage, au divorce, à la filiation, aux successions et aux droits réels. Il est dans ce cas susceptible de connaître du contentieux fondé sur la sacralité car il apparaît comme le garant des droits fondamentaux. Pourtant, au-delà de l'aptitude que peuvent avoir ces juridictions traditionnelles à s'arrimer aux exigences du contentieux fondés sur le sacré, les conditions inhérentes à la nationalité et à l'acceptabilité qui y sont requises ne facilitent guère le recours à ces juridictions.

25- En droit moderne, le Tribunal de Première Instance et celui de grande instance sont des juridictions de droit moderne. Pour la première, la loi de 2006 portant organisation judiciaire prévoit sa compétence en matière commerciale ou sociale et pour le recouvrement des créances n'excédant pas 10.000.000 de Francs CFA⁹⁴. Sa compétence relativement à la sacralité semble alors exclue. S'agissant du Tribunal de Grande Instance, au-delà des demandes chiffrées à plus de 10 000 000 de Fcfa, il connaît des actions et procédures relatives à l'état des personnes, à l'état civil, au mariage, au divorce, à la filiation, à l'adoption, aux successions etc. Cette énumération légale ne semble pas favorable à l'attribution d'une telle compétence au TGI. Cependant, selon une partie de la doctrine, cette juridiction n'a nullement besoin de l'habilitation légale pour être saisie. Elle bénéficierait d'une compétence de principe, lui attribuant le pouvoir de connaître de toute demande relative à une matière non-expressément attribuée par la loi⁹⁵ ; de toutes les demandes non chiffrées⁹⁶ et indéterminées⁹⁷. Dans ces circonstances, le TGI serait la juridiction moderne ayant l'aptitude pour connaître de l'action de groupe en matière du sacré. Seulement, on peut se poser la question de savoir si elle est la mieux indiquée. La réponse à cette interrogation ne semble pas évidente. Cette hésitation tiendrait à la distance et au formalisme, sources de lenteur judiciaire⁹⁸ lorsqu'on sait que les questions relatives au sacré doivent en principe être traitées avec célérité. Par exemple, les préoccupations liées aux transfusions sanguines, à l'implan-

94 v. art. 13 alinéa 1 de la loi n°2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire.

95 F. ANOUKAHA et A. D. TIOUEN, *les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, Yaoundé, PUA, 1995, p. 1995.

96 C.S., arrêt n° 8/CC du 12 Avril 1990, affaire Nzitouo Thomas c/ Tamegbi Boniface, Inédit.

97 C.S. arrêt n° 38/CC du 1^{er} Aout 1976, affaire *Ets Pingouin c/ Soaem*. Inédit.

98 D. C. WAGUE TONGOUÉ, *L'oralité dans le procès civil*, thèse de Doctorat PhD, *op. cit.*

tation d'organes ou à la sépulture, doivent être jugées en urgence⁹⁹. Cette exigence pourrait justifier la raison pour laquelle on se tourne vers le juge de l'urgence. Or, rendant des décisions provisoires, le juge de référé est incompétent pour statuer comme juge de fond¹⁰⁰. Dès ce constat, il semble effectivement inapte à connaître des actions fondées sur la matière du sacré¹⁰¹.

2- Face à cette impasse, il est judicieux d'envisager la création d'une juridiction spéciale à même de connaître du contentieux porté sur la chose sacrée. A cet effet, l'on pourrait penser à une juridiction « au pluriel », à l'exemple de celle compétente en matière de difficulté d'exécution¹⁰². Selon l'article 49 de l'Acte uniforme OHADA portant procédures simplifiées et voies d'exécution : « ..., le Président de la juridiction compétente dans chaque État partie ou le juge délégué par lui connaît de tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire »¹⁰³. Ainsi, le Président de toutes les juridictions compétentes en matière civile au Cameroun pourrait connaître sur le fond et en urgence du contentieux portant sur la matière du sacré selon sa proximité avec le groupe demandeur. Fort de cet état de chose, une question s'avère inéluctable : la détermination de la nature de la solution attendue offrira-t-elle des résultats plus probants ?

2 - L'imprécision quant au mode de résolution du litige

26- En général, la principale mission de tout juge consiste à donner la solution au problème pour lequel il a été saisi. Si le procès a normalement vocation à donner au litige une solution juridictionnelle par application du droit, la fonction du juge contient alors d'autres missions, à l'exemple de la résolution amiable¹⁰⁴. Dans ces circonstances, l'incertitude sus-évoquée tiendrait à l'absence d'une législation définissant le mode de résolution en matière du sacré. Dès lors, il convient de rechercher la modalité par laquelle le juge devrait trancher le litige en matière du sacré. De prime à bord, ce dernier semble avoir la faculté de choisir entre les deux modalités¹⁰⁵. D'ailleurs, comme dans de nombreux cas d'action de groupe, la spécificité de la matière pourrait commander que la solution conventionnelle soit privilégiée ; l'imperium ne pouvant alors être requis qu'au cas où les parties ne parviendraient pas unanimement à un accord.

99 M. TIMTCHUENG, « La juridiction camerounaise compétente en matière de contentieux des obsèques et de l'inhumation opposant des membres de la famille du défunt », *RRJ*, 2015-1, p. 431.

100 C.S., arrêt n° 108/CC du 17 Janvier 1982, *RCD*, n° 29, p. 198.

101 M. TIMTCHUENG, « La juridiction camerounaise compétente en matière de contentieux des obsèques et de l'inhumation opposant des membres de la famille du défunt », *op. cit.*, p. 439.

102 M. TIMTCHUENG, « La juridiction camerounaise compétente en matière de contentieux des obsèques et de l'inhumation opposant des membres de la famille du défunt », *op. cit.*, p. 431.

103 Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, 2023.

104 D. SALAS, « Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité », *Justices*, n° 2, 1995, p. 181 et s.

105 v. art. 2052 du Code Civil. Les deux modes de solution du litige sont regardés par la loi comme étant équivalents.

27- Concernant la première modalité, la convention semble être un mode de solution admis, comme pour toute matière civile, à la sacralité. En réalité, l'usage d'une telle pratique dans notre environnement judiciaire ne semble pas nouveau¹⁰⁶, en ce sens qu'on retrouve des traces de pratiques conciliatoires très anciennes dans l'enceinte judiciaire de la palabre traditionnelle africaine¹⁰⁷. Pour ce faire, si par l'artificialisme juridique connu ici¹⁰⁸, la place qui lui est réservée a fortement régressé. Il convient dans ce cas de noter que la contractualisation judiciaire est inéluctablement une révolution dans la justice civile. À l'heure actuelle, il est recommandé que le juge saisi puisse chercher une solution conventionnelle au litige à travers des mécanismes tels que l'arbitrage¹⁰⁹, la transaction, la médiation ou la conciliation.

28- Toutefois, on peut se poser la question de savoir si tous ces modes de résolutions amiables peuvent être utilisés en matière du sacré. La réponse à cette question ne peut qu'être nuancée. Si le recours à la conciliation ou à la médiation semble permis, la situation de l'arbitrage laisse des points d'interrogation. En clair, dans la première hypothèse, de nombreux législateurs admettent globalement la conciliation ou la médiation dans l'office du juge civil¹¹⁰ comme cela transparaît dans l'article 3 du Code de procédure civile et commerciale qui prescrit que : « *le juge peut tenter la conciliation* ». Dès lors, en pratique les parties peuvent trouver, seules, les voies d'une conciliation en cours d'instance, mais en général, elle est laissée à l'initiative du juge qui la tentera personnellement au lieu et moment voulus. Il convient d'ailleurs de souligner que la tendance actuelle consisterait clairement à imposer le processus amiable antérieurement à la saisine du juge pour les actions de groupe. C'est ainsi que le législateur français commande par exemple le recours à la médiation préalablement à la saisine du juge dans les actions de groupe en matière de consommation¹¹¹ et autres¹¹². C'est effectivement dans ces circonstances que dans

106 E. LE ROY, « Le justiciable africain et la redécouverte d'une justice négociée de règlement des conflits », *La justice en Afrique*, Afrique contemporaine, n° 156, 1990, pp. 111 et s. ; E. LE ROY, *Les Africains et l'institution de la justice — Entre mimétismes et métissages*, op. cit., p. 43 ; J.-G. BIDIMA, *La palabre, une juridiction de la parole*, Paris, Michalon, 1987, p. 19.

107 P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Op. Cit., p. 9.

108 J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 8ed, 1995, pp. 125 et s.

109 D. VIDAL, « Les relations entre conciliation et arbitrage », *Lexbase Hebdo-édition Privée Générale*, 2015, n° 637 ; P. ESTOUP, *L'offre judiciaire d'amiable composition et de conciliation après clôture des débats*, Paris, Dalloz, 1987, p. 269 ; J.-B. RACINE, « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits, contribution à la définition du terme alternatif », *Petites Affiches*, 2001, n° 105, pp. 16-18 ; FOUCHARD, « L'arbitrage judiciaire », Mél. P. BELLET, Paris, Litec, 1991, pp. 168-169 ; B. OPPETIT, « Arbitrage, médiation et conciliation », *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 307, spéc. p. 322.

110 D. C. WAGOUÉ TONGOUÉ, « La conciliation dans l'office du juge civil », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2017, n° 1, p. 74.

111 SAUPHANOR-BROUILLAUD, A. DE VINCELLES, BRUNAUX et USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, *Traité de droit civil*, 2^e éd., 2018, LGDJ, n°1362.

112 v. art L 1134 à L-1134-10 du code de travail français ; L142-3-1 du code de l'environnement ; art 37 de la Loi n° 78-17 du 06- Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; Loi n° 2008- 496 du 27 Mai

l'espèce, précitée, opposant Amazone à un peuple autochtone en Afrique du Sud, le juge avait ordonné la suspension immédiate des constructions afin de favoriser une concertation entre les parties au procès.

29- Pourtant dans la seconde hypothèse, l'arbitrabilité de la sacralité ne semble pas assurée. Peut-on le vérifier dans l'alinéa 1 de l'article 2 de l'acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage qui dispose que : « *Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition* ». Il découle de cette exigence légale que la notion d'arbitralité serait liée à celle de la disponibilité des droits. Or, un droit est disponible lorsqu'il est sous l'absolue maîtrise de son titulaire qui peut tout faire à son propos, comme l'aliéner par exemple, ou y renoncer tout simplement.¹¹³ En conséquence, plus un droit est perçu comme une protection, moins il est disponible. Dans ce sens, l'interdiction des conventions portant sur le corps humain rend à suffisance cette matière du sacré indisponible. Par ailleurs, un autre critère souvent retenu pour l'arbitrabilité est la patrimonialité de la cause¹¹⁴. Or, comme déjà relevée, celle du sacré semble discutable. De ce fait, dans l'un ou l'autre cas, l'on pourrait clairement relever l'inaptitude de la sacralité à l'arbitrabilité. Dans ces circonstances, si l'arbitrage est un mode admis pour les actions de groupe dans de nombreux cas¹¹⁵, alors la spécificité de la matière du sacré semble y déroger.

30- Quoi qu'il en soit, si les parties au procès ne parviennent pas à un accord à l'issue de la tentative de conciliation ou de médiation, il revient au juge, dans le cadre de son office¹¹⁶, d'imposer une solution qui consisterait à dire le droit pour trancher la contestation¹¹⁷. La principale préoccupation à ce niveau pourrait alors être celle de la détermination de la loi applicable en matière de sacralité. Celle-ci commande que l'on distingue selon que le litige contient un élément d'extranéité ou pas. Dans le premier cas, les règles du droit international privé prévoient qu'une fois le juge saisi, celui-ci procède à l'interrogation la règle de conflit afin de déterminer la loi applicable au litige qui lui est soumis¹¹⁸. Dans le second cas relatif à un litige interne, il faudrait distinguer selon que la règle de droit applicable est celle de la coutume ou du droit écrit. En ce qui concerne la première situation, la coutume est une règle de droit spécialement applicable devant les juridictions de droit traditionnel, tandis que dans la seconde préoccupation, la loi s'impose à toutes les juridictions. Or, dans cette dernière hypothèse, il peut

2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre la discrimination.

113 P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 100.

114 C. REYNAUD, « La nouvelle loi suisse et le droit de l'arbitrage international. Reflexion de droit comparé », *Re V. Arb.*, 1989, p. 395.

115 v. art 26 de la loi cadre n° 2011/012 du 06 Mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.

116 F. EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, Thèse De doctorat PhD, Rouen, 1994, p. 4.

117 E. JEAMMIN-PETIT, *La mission de conciliation du juge*, Thèse De doctorat PhD, Nantes, 2006, p. 4.

118 Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., précis Dalloz, 2013, p.73.

arriver que le législateur n'ait pas légiféré sur la matière soumise au juge. Dans ce cas, que fait le juge lorsque le droit positif est silencieux ? A titre d'illustration, concernant la contestation du Peuple Sawa à propos du site acquis pour la construction de l'usine Dangoté¹¹⁹, on devrait aussi s'interroger sur la quelle règle de droit qu'aurait appliqué le juge civil, si jamais il avait été saisi de ce conflit. Pour une partie de la doctrine, il doit rechercher la règle applicable au litige en dehors du droit positif¹²⁰. Il pourrait par exemple faire recours au droit naturel qui se veut universel et immuable¹²¹ et dans ce cas, le problème de la variabilité des règles régissant la sacralité¹²² serait une difficulté à surmonter.

31- En guise de point, il ressort de tout ce qui précède que l'évolution contemporaine des règles applicables à la théorie générale du procès civil semble favorable à la justiciabilité de la sacralité. Ainsi, si la justiciabilité de la matière du sacré est avérée, reste à vérifier sa processualité. De ce fait, il importe d'interroger les règles matérielles de procédure susceptibles de stimuler l'analyse processuelle de l'action collective en cette matière.

II - LA PROCESSUALITÉ DU SACRÉ

32- Par le concept de processualité, on peut y voir le caractère de ce qui est processuel, c'est-à-dire relatif au processus judiciaire. Or, tout processus judiciaire commence par la saisine de l'instance compétente jusqu'à l'exécution de la décision rendue par le juge. Il s'agit alors d'analyser la mise en œuvre du sacré dans tout le déroulé de la procédure. Cette démarche commande que l'on l'envisage en amont et en aval du jugement. Dans cette perspective, si les conditionnalités du procès en matière du sacré semblent acquises **(A)**, il convient de relever l'incertitude qui caractérise la décision tranchant le litige **(B)**.

119 Lire l'interpellation du premier ministre à l'assemblée National par J. J. Ekindi au sujet de l'implantation de l'usine Dangote. <http://www.peuplesawa.com/>. consulté le 07 juillet 2024. Selon ce député, le projet d'implantation de l'usine de fabrication de Alhadji Aliko Dangote au lieu dit « Base Elf » à Douala suscite interrogations et inquiétudes fortes. Dès qu'ils l'ont su, les chefs traditionnels Sawa ont, en leur temps, sollicité le déplacement de cette unité industrielle sur un autre terrain. En effet, le site en question est un espace culturel et symbolique inestimable puisque c'est celui-là même où se déroule le « Ngondo », manifestation culturelle et sacrée de la communauté Sawa dont la cosmogonie est intimement liée à l'eau et au fleuve. C'est donc un patrimoine immatériel de ces populations, et partant, du Cameroun tout entier. A cet effet, ils ont rencontré le délégué du Gouvernement de Douala, le Directeur Général du Port, le Directeur du Cabinet Civil au nom du Président de la République.

120 ST THOMAS D'ACQUIN, cité par P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, op. cit. p. 41 ; F. GÉNY, cité par P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, op. cit. p. 245. « Puisqu'il n'y a pas de plénitude logiquement nécessaire de la loi écrite, le juge a le droit et le devoir de procéder à une libre recherche scientifique en examinant le « donné » pour mettre en œuvre le « construit » »

121 S. PUFENDORF, cité par P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, op. cit., p. 86.

122 D'AGUESSEAU, cité par P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, op. cit., p. 90.

A - La certitude tenant au procès en matière du sacré

33- Par hypothèse, le procès désigne l'ensemble des formalités nécessaires à l'aboutissement d'une demande faite par une personne qui entend faire valoir en Justice, un droit dont la reconnaissance fera l'objet d'une décision du juge. Il s'agit d'un processus qui se déroule en plusieurs étapes. S'il se manifeste concrètement par l'instance, bien connue du contentieux sur le sacré (1), la recevabilité d'une telle action constitue le préalable (2).

1 - La recevabilité de l'action de groupe en matière du sacré

34- De manière générale, avoir une action, ou avoir le droit d'agir, revient pour tout plaideur, demandeur ou défendeur, avoir une prétention recevable¹²³. Cette recevabilité semble subordonnée à une triple exigence, car « *n'importe qui n'a pas le droit de demander n'importe quoi, n'importe quand à un juge* »¹²⁴. De ce fait, en éludant les autres questions, la spécificité du sacré semble imposer une réflexion sur le titulaire du droit d'agir en justice. Par principe, l'action en justice est reconnue à celui dont les droits sont méconnus. L'existence d'un intérêt direct et personnel qui demeure l'une des conditions indispensables à l'action en justice¹²⁵ conduit à une interdiction d'agir pour autrui¹²⁶. Or, lorsque le dommage est porté sur les intérêts d'un groupe indivis de personnes, l'action en justice ne pourrait être menée dans un intérêt individuel mais plus tôt collectif. On se demande alors si une action de groupe pour la défense d'un droit collectif sur le sacré peut être envisageable. Une telle préoccupation pourrait avoir pour réponse une réaction positive.

35- A l'observation, la plupart des législations reconnaissent au groupe le droit d'agir en justice pour la défense d'un intérêt collectif. Cette prérogative semble limitée exclusivement aux seules entités susceptibles de jouir d'une personnalité juridique¹²⁷. De ce fait, la conséquence tendrait à l'impossibilité pour les groupements non dotés de la personnalité juridique d'accéder, à quelque titre que ce soit, à la justice¹²⁸. Or, globa-

123 N. CAYROL, action en justice, répertoire de procédure civile, Juin 2019. Selon l'article 30 du Code de procédure civile français : « *l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* ».

124 G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., 1996, coll. Thémis, PUF, p. 322

125 M. NDIAYE NDËYE COUMBA, « L'action en défense d'intérêts collectifs en procédure civile sénégalaise », *bull. de droit économique*, BDE, 2017, p. 2.

126 B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *Rép. D. Proc. Civ.*, 2021, n° 38 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz 36^{ème} éd., 2022, p. 155 ; D. J. ZAMBO ZAMBO, « Protection des droits fondamentaux et droit à la *jurisdictio* constitutionnelle au Cameroun : continuité et ruptures », *Revue des droits de l'homme* - N° 15, 2019.

127 A. AKAM AKAM, « L'émergence de l'action collective en droit camerounais », *bull. de droit économique*, BDE, 2017, 2 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, n° 38.

128 v. dans ce sens la loi française n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; sur l'action de groupe dans les domaines de la lutte contre les discriminations ; 2° L'action du travail ; de l'environnement ; de la santé publique ; de l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

lement les titulaires des droits sur le sacré sont des groupements tels que la famille, la communauté villageoise, l'humanité qui sont par essence dépourvus de toute personnalité juridique. Dans ces conditions, on se demande si réellement ces entités seraient admises à agir en justice pour la défense de leur chose sacrée ?

La réponse à cette interrogation semble affirmative dans la mesure où l'action en justice des entités dépourvues de la personnalité juridique est progressivement admise¹²⁹. Dans cette perspective, le droit camerounais par exemple semble reconnaître¹³⁰ une personnalité juridique "fonctionnelle" ou "processuelle" à des groupements dénués de la personnalité juridique afin de les faire accéder au statut de partie à la procédure¹³¹. Ainsi, la jurisprudence majoritaire se montre bienveillante quant à la recevabilité des actions en justice des collectivités coutumières et des familles¹³². Néanmoins, ces groupements ont nécessairement besoin d'un représentant pour l'initiative et l'exercice de l'action en justice. A titre d'illustration, dans cette espèce précitée au sujet du site de la construction du siège d'Amazon, le tribunal du Cap avait estimé, pour lever la suspension de la construction ordonnée par le premier juge, que « *Le militant représentant les groupes autochtones devant la justice, Tauriq Jenkins, n'était pas légitime à le faire* ». Dès lors on peut se demander qui a la qualité pour représenter de telles entités en justice.

129 B. ROLLAND, « Le défendeur à l'action en justice en matière environnementale devant les juridictions civiles » ; O. RICHARD, « Attribuer la personnalité juridique à des entités naturelles : une nouvelle voie leur permettant de faire entendre enfin leur « voix », ...4 novembre 2021. Plusieurs pays ont attribué la personnalité juridique à certaines entités naturelles de leur territoire : le parc national de *Te Urewera* et le fleuve Whanganui en Nouvelle-Zélande, le fleuve du Gange en Inde, le lac Erié aux États-Unis, ou encore la rivière du Magpie au Québec. www.open-diplomacy.eu/blog/droit-nature-uicn. Consulté le 29 No V. 2023.

130 v. art. 17 de l'ordonnance n° 74/01 fixant le régime foncier dispose que les collectivités coutumières, leurs membres ou toute autre personne de nationalité camerounaise qui, au 5 Aout 1974, occupent ou exploitent paisiblement les dépendances de 1ere catégories du domaine national, continueront à les occuper ou à les exploiter et pourront y obtenir des titres de propriété. Aussi, l'article 120 de la loi n° 2016/017 du 14 décembre 2016 portant code minier énonce que « Les propriétaires des terres ou le membre d'une communauté coutumière ou les collectivités coutumières ont droit à une indemnité pour l'occupation de son sol par le titulaire du titre minier ».

131 R. ASSONTSA, « Réflexion autour de l'action en justice des entités civiles sans personnalité morale en procédure civile au Cameroun », *Op. Cit.*, p. 70. TPI Nkonsamba, jug. n° 01/COM/PI du 05 Oct. 2016, aff. La succession KEMADJOU Issac représenté par dame veuve YOUNBI Marthe et Mlle YOMI Kemadjou Hermine c/ sieur Nguetchue Ngahou Salomon, inédit ; PTPI – Badjoun, ord. N° 03/Ord/REF/CIV/2013 du 22 jan V. 2013, aff. Famille Tchasse Jérémy, Tchuente Mathieu et Noutsu Josué à Bayangam c/ Sohaing André, maire de la commune de Bayangam et commune de Bayangam, inédit.

132 CS, arrêt, n°182/P du 09 mai 1967, affaire la collectivité Bona-Mbappé / bwanga Koum Théodore, BACS, n° 16, p. 1612 ; Cs-Ca, jug. n° 63/n° CS/CA/79-80 du 25 sept. 1980, inédit ; Tribunal Admi. Littoral, jug n°057/FD/15 du 03 sept. 2015, aff. La collectivité villageoise de Mbanga-Bakoko du Canton Bakoko du Wouri c/ État du Cameroun, rec. n° 01/RG/F/14 du 02 jan. 2014, inédit ; CA Littoral, arrêt n° 006/CC du 04 mars 2013, aff. Famille Njanga Guillaume c/ Kamdem Felix dévaloir et autres, *Juridis Périodique*, n° 100, oct. No V. Dec. 2014, p. 80 et s. obs. R. ASSONTSA ; CS, arrêt n°171/CIV du 30 oct. 2014, aff. La collectivité LOGBONGO c/ J. POUENGUE et Mme Pouengue née Djinouassi Tene Celestine, inédit. Même s'il semble jusqu'ici difficile d'envisager la recevabilité des demandes formulées par tous les membres de la collectivité. V. TPI Nkonsamba, jug. n° 01/COM/PI du 05 Oct. 2016, aff. La succession KEMADJOU Issac représenté par dame veuve Youmbi Marthe et Mlle YOMI Kemadjou Hermine c/ sieur Nguetchue Ngahou Salomon, inédit.

Par principe, ce pouvoir appartiendrait prioritairement au chef du groupement¹³³, du village, du clan, du canton ou de la famille ; ou encore la personne par lui mandatée. Néanmoins, la reconnaissance du droit d'agir pour défendre l'intérêt collectif à tout membre du groupement peut être envisagée. Orientée vers la variante de l'*opt-out*, cette action serait exercée par tout membre du groupement pour l'ensemble indéfini de personnes qui se trouvent dans les circonstances comparables¹³⁴. C'est cette position que semble avoir retenue le juge suprême Camerounais¹³⁵ lorsqu'il a décidé que : « *La propriété coutumière d'une collectivité constitue une propriété indivise et que les membres de cette collectivité sont fondés à sauvegarder leurs droits par une action individuelle ou concurrente et à se constituer gérant d'affaire dans l'intérêt de l'indivision* »¹³⁶. De ce fait, s'il est admis que l'appartenance d'un individu à la collectivité coutumière ne peut, à elle seule, lui conférer le droit de représenter le groupe en justice, force est de reconnaître qu'en qualité de coindivisaire ou de co-propriétaire du bien collectif, tout membre du groupe serait fondé à agir en justice pour la protection de la chose sacrée. Le droit d'agir dans ce cas serait reconnu à toute personne intéressée. En outre, au-delà, cette hypothèse qui présente les caractères d'ordre public, commanderait que l'on envisage l'action principale du ministère public¹³⁷.

36- En substance, le champ d'application *ratione personae* en matière du sacré semble réel. Cette action collective peut donc être menée par un représentant du groupement victime, contre le responsable, personne physique ou morale, auteur du dommage sur le sacré. Ces règles spéciales du contentieux sur la chose sacrée, qui semblent déroger au droit commun, se prolongent à l'instance.

2 - La tenue de l'instance en matière du sacré

37- En l'état actuel du droit, il n'existe pas un cadre spécial de l'instance en matière du sacré. Les règles de droit commun semblent applicables en la matière selon la juridiction saisie. Pourtant, compte tenu de la particularité du sacré, un encadrement spécial de l'instance pourrait être envisagé à l'exemple des autres actions de groupe déjà organisées. En droit français, les actions de groupe visant la protection des consommateurs, de la santé, de l'environnement ou de la discrimination invite à suivre un cadre chronologique orienté comme suit : d'abord la mise en demeure, puis l'introduction de l'instance, enfin une procédure en réparation du préjudice subi par le groupe.

133 F. ANOUKAHA et autres, *Sociétés commerciales et GIE*, Juriscope, bruyant, Bruxelles, p. 381.

134 J. H. SHENEFIELD et J. GORDAN COONEY, «Lass action in the USA», *Re V. aff. Eur.* 1994/4, p. 112 ; F. LAROCHE-GISSEROT, « Les class actions américaines », *LPA*, 10 juin, 2005, n° 115, p. 7.

135 CS, arrêt n° 182/P du 09 mai 1967, aff. La collectivité BONA MBAPPE précité.

136 CS, arrêt n°19 du 10 mars 1964, bill, n° 10, p 834.

137 v. art. 38 de l'ordonnance n° 81/002 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état-civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques le domaine de l'état des personnes, qui constitue un des fondements légaux de l'action du procureur de la république en matière civile.

38- Concernant la mise en demeure, elle paraît importante car elle permet en général de tenter une résolution amiable du litige avant toute procédure judiciaire. En pratique, préalablement à l'introduction de l'action de groupe, la personne ayant qualité pour agir met en demeure celle à l'encontre de laquelle elle envisage d'agir par la voie de l'action de groupe de cesser le manquement ou de restituer la chose querellée. Dans l'hypothèse de l'action de groupe tendant à la protection du sacré, la mise en demeure aurait alors pour objectif d'inciter les parties à la négociation en vue de la résolution amiable du litige.

39- Relativement à l'introduction de l'instance visant la protection du sacré, par dérogation aux règles de droit commun qui impose le recours à l'assignation, la particularité de la matière commanderait une simplification des modes de saisine du juge. Ce besoin impliquerait alors que l'acte introductif de l'instance se fasse par une simple requête écrite ou une déclaration orale au greffe de la juridiction compétente.

40- S'agissant de la procédure tendant à la réparation du préjudice subi par la communauté du fait du dommage porté au sacré, la demande est jusqu'ici formée, instruite et jugée selon les règles ordinaires applicables devant la juridiction saisie. Pourtant, la particularité de la matière devrait conduire à un aménagement spécial. Dans cette perspective, au cours de l'instance, la composition de la juridiction pourrait-elle intégrer, comme en matière sociale, les assesseurs¹³⁸ dans le cas précis des procès dont l'objet porte sur la sacralité traditionnelle. Dans ces circonstances, l'assesseur devrait par exemple aider le juge à avoir des informations sur la valeur et le rôle de la chose querellée dans la coutume de la communauté qu'il représente.

41- La suite de la procédure pourrait faire une place considérable à l'oralité¹³⁹. Cette forme d'expression serait plus apte à permettre que les titulaires du droit ou leurs représentants, indifféremment de leur niveau intellectuel, puissent comparaître en personne devant le juge, car l'exigence de l'écrit peut certainement être de nature à limiter un accès à la justice.

42- L'autre particularité est relative à la preuve de la sacralité en justice. Organisée en matière civile par des nombreux textes¹⁴⁰, la preuve dans ce cas doit être envisagée en distinguant le sacré rationnel du sacré irrationnel. Dans le premier cas, on se de-

138 S. TEPI, « L'ineffectivité de la représentation des coutumes devant les juridictions de droit traditionnel au Cameroun », *Afrilex*, n°2, Septembre 2001.

139 D. C. WAGOUÉ TONGOUÉ, *L'oralité dans le procès civil*, *op. cit.*

140 La source principale du droit de la preuve est le Code Civil dans sa version applicable au Cameroun et précisément le Chapitre VI du Titre III du Livre III. Les dispositions des articles 1315 à 1369 constituent en effet le siège du droit commun de la preuve en matière civile. Ces dispositions doivent toutefois être complétées notamment par celles relatives à la filiation (Chapitre II, Titre VII et Ordonnance n°81/02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques, modifiée par la loi du 6 mai 2011). Les règles du droit de la preuve sont également contenues dans le Code de procédure civile et commerciale. Celui-ci complète la liste des modes de preuve en prévoyant notamment les rapports d'expertise, les descentes sur les lieux, etc. En droit commercial, les règles de preuve sont contenues spécialement dans l'acte uniforme sur le droit commercial général et du groupement d'intérêt économique (AUDCG). La loi n°

mande par exemple comment apporter la preuve de l'humanité attachée à l'objet d'un litige. Cette interrogation revient à celle de l'identification de l'humain. Or, étant donné son apparence, la preuve de l'humanité apparaîtrait comme un fait notoire et connu de tous, dont il serait superflu de démontrer la nature. Néanmoins, pour les éléments et les produits du corps humains qui peuvent faire l'objet de contestation, le développement de la science et de la médecine permet aujourd'hui d'apporter la preuve du caractère humain qui y serait attaché.

43- Le second cas relatif à la preuve de la sacralité irrationnelle semble plus complexe. Dans cette hypothèse, le sacré de par son rattachement originel aux mythes et à la religion, repose sur la croyance. Or, celle-ci est invérifiable et ne dispose de valeur que par la foi. À première vue, cette opposition pourrait renvoyer à une antinomie radicale entre la preuve et le sacré irrationnel. Pour autant, une telle conclusion serait hâtive en ce sens qu'elle laisserait de côté une vérité capitale¹⁴¹. Il apparaît dès lors important de rechercher les moyens de prouver l'irrationalité attachée quelque fois au sacré. De fait, autrefois dans les droits coutumiers de l'Afrique, la tendance des systèmes de preuve était à l'irrationnel¹⁴². Cette réalité tenait au mysticisme ou croyance, au surnaturel qui était le trait le plus marquant de la mentalité des membres de plusieurs sociétés¹⁴³. Ici, le droit de la preuve faisait une large place aux ordalies¹⁴⁴. À l'heure actuelle, l'on ne peut s'empêcher de se poser la question de savoir comment on pourrait rapporter la preuve des croyances irrationnelles devant le juge civil. La réponse à la question pourrait varier selon qu'il s'agit du juge de droit traditionnel ou celui de droit écrit. Dans la première hypothèse, le problème de la preuve est moins prégnant dans la mesure où ces juridictions connaissent et appliquent les coutumes citées. Ce faisant, le rôle dévolu aux assesseurs devant ces juridictions appliquant la coutume semble dispenser les parties du soin d'établir l'existence et la teneur des règles coutumières qu'elles peuvent être appelées à invoquer.

44- Devant le juge de droit écrit, l'administration de la preuve obéit à une autre logique. En réalité, contrairement au procès pénal qui admet un mode de preuve libre et souple, le procès civil connaît par principe un mode de preuve légale¹⁴⁵. Dans ce dernier cas, le législateur soumet la preuve à un système mixte qui se rattache en partie à la théorie de la preuve légale pour les actes juridiques et à la théorie de la preuve morale

2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques et de la loi n° 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun.

141 B. FIORINI, « Vers une sacralité rationnelle du procès pénal », *Sacré et droit*, op. cit., p. 91.

142 J.-G. BIDIMA, *La palabre, une juridiction de la parole*, Michalon, Paris, 1987, pp. 15 et s.

143 H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire*, Marcel Rivière et Cie, Paris, 1964, pp. 58 et s.

144 J.-F. VINCENT, « Serment-ordalie, justice et pouvoir chez les montagnards Mofu-Diamaré (Cameroun du Nord) », in *le serment*, Cairn, 1992, pp. 279-292.

145 E. VERGERS, *Les principes directeurs du procès judiciaire*, thèse de Doctorat PhD, d'Aix-Marseille, 2000, 378 ; L. CADIET et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 829 et s.

pour les faits juridiques ¹⁴⁶. Autrement dit, de la catégorie juridique retenue pour la sacralité dépendra le système de preuve admissible. En réalité, la doctrine privatiste définit l'acte juridique comme une manifestation de volonté unilatérale, bilatérale ou collective destinée à produire des effets de droit¹⁴⁷. Le fait juridique, au contraire, est un événement d'où découlent des effets de droit sans que ceux-ci n'aient été recherchés. Or, le processus de sacralisation communautaire semble se rapprocher de la catégorie d'acte juridique, qui obéit à une hiérarchie des modes de preuve. L'écrit étant présenté comme le mode parfait de preuve et la constitution d'un écrit n'étant pas souvent envisagée lors de la sacralisation, la preuve de celle-ci pourrait objectivement se faire par témoignages.

45- Par ailleurs, en raison du caractère communautaire du préjudice et de la multiplicité des victimes, l'atteinte au sacré pourrait être de nature à troubler l'ordre public. Or, partant d'une telle hypothèse, l'article 36 du Code de procédure civile et commerciale prescrit l'intervention du ministère public. Il s'agira alors pour le juge de prendre en compte les réquisitions de cet organe afin de rendre une décision adéquate.

Quoi qu'il en soit, à l'issue de l'instance, il est rendu une décision tranchant le litige entre les parties. Seulement, le contenu et l'exécution d'une telle décision rendue en matière du sacré semble présenter des traits d'incertitude.

B - L'incertitude tenant à la décision du juge

À l'issue du procès, le juge rend une la décision qui tranche la contestation et reconnaît les droits de la partie ayant eu gain de cause. Cette décision qui condamne la partie perdante à la réparation suite au préjudice subi par la victime doit nécessairement être exécutée afin de garantir l'effectivité du droit. Seulement, la particularité de la matière du sacré semble constituer une source d'inquiétude relativement à la détermination du contenu (1) et à l'exécution de la décision (2).

1 - Une difficile détermination du contenu de la décision

46- Dans son dispositif, qui constitue une partie essentielle de la décision, le juge donne la solution du litige et définit par la suite la réparation et les bénéficiaires dans le cas où estime que ces derniers ont subi un préjudice. Pour ce faire, on peut se poser plusieurs questions, telles par exemple : qui est sensé être le véritable bénéficiaire de la réparation suite à l'atteinte à la chose sacrée ? Comment peut-on réparer le préjudice subi du fait de l'atteinte à la chose sacrée ?

47- La détermination des bénéficiaires de la réparation du préjudice subi du fait de l'atteinte à la chose sacrée paraît complexe. Cette question est d'une importance

146 J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE – MAGNAN, *Droit civil, introduction générale*, op. cit., p. 602.

147 F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, LGDJ 1957, n° 641.

indéniable, d'autant plus que la décision rendue à l'issue de l'instance aura autorité de la chose jugée à l'égard de tous les membres de la famille. Par principe, la victime du dommage ayant exercé l'action, est le bénéficiaire de la réparation. Il n'y a pas de problème dès lors qu'on dédommage la victime directe de l'acte fautif. Toutefois, la réponse semble délicate à partir du moment où le préjudice atteint indirectement plusieurs sujets à la fois. C'est le cas par exemple du contentieux portant sur la dépouille mortelle, considérée comme une copropriété familiale. Or, la conception africaine de la famille étant très large, l'on pourrait se demander comment le juge procéderait pour déterminer les membres d'icelle famille. En réalité, aucune indication n'est donnée au juge pour déterminer l'appartenance à un groupe ; celui-ci bénéficie d'une grande liberté dans le cadre de cette détermination. Très souvent, il est susceptible de recourir à des critères matériels, géographiques, temporels pour distinguer avec une plus grande exactitude les personnes susceptibles de se prévaloir de l'appartenance au groupe. Toutefois, il ne semble pas nécessaire d'identifier tous les membres du groupe dans le cadre d'une action visant la défense du sacré.

48- Plus intéressante encore est la question de la détermination de la réparation suite au préjudice collectif subi par le groupe. En matière civile deux modalités de réparation des dommages sont traditionnellement connues¹⁴⁸. Il s'agit de la réparation pécuniaire ou par équivalence qui consiste à octroyer des dommages et intérêts à la victime pour faire face aux charges et dépenses éventuelles. La deuxième modalité de la réparation est celle dite en nature. Elle consiste à rétablir la victime dans l'état où elle se trouvait avant la réalisation du dommage ou à réparer ce que l'on a abîmé.

49- De fait, si les juges du fond peuvent librement et souverainement faire le choix entre la réparation en nature et les dommages et intérêts¹⁴⁹, ils devront en matière du sacré privilégier la première modalité qui se manifeste par la restitution ou le délaissement afin d'assurer la conservation de la chose sacrée. Aux termes de l'article 28 alinéa 1 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, ces derniers ont droit à réparation, par le biais, notamment de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable. Dans ce cas, on peut déduire qu'en matière de sacré le juge devrait privilégier en premier rang la réparation en nature ; la réparation pécuniaire n'étant envisageable que lorsque la première ne peut pas être possible¹⁵⁰.

148 Aux termes de l'article 1382 du Code civil : « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » ; L. Heinzmann, « Le choix des modalités de réparation du préjudice en droit de la responsabilité civile », *Revue générale du droit*, Chronique de droit civil, 2021 ; J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, 4^{ème} éd., LGDJ, 2017, p. 7.

149 O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, Tome 407, LGDJ, p. 85, « La notion de modalités de réparation est plus étroite que celle de réparation, dont elle constitue un aspect », Cass. crim. 12 juin 2019, n°18-81.874 ; Cass. 3^e ci V. 8 mars 2000, n°98-15.345 ; Cass. 2^e civ., 21 mai 1997 : Resp. ci V. et assur. 1997, comm. 265 ; Cass. 2^e civ., 9 juillet 1981 : Gaz. Pal. 1981, I, 109, note F. Chabas ; Cass. 2^e civ., 29 juin 1961 : Bull. ci V. 1961, II, n°285. *Les effets de la responsabilité*, par G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, 4^{ème} éd., 2017, p. 121.

150 G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4^{ème} éd., 2017, p. 118.

50- Cette position peut se comprendre dans la mesure où la chose sacrée est celle dont la valeur personnelle et subjective ne peut se plier à une estimation exacte en argent. C'est ainsi que dans le conflit opposant le magasin Amazone aux peuples autochtones du Cap, l'action de ces derniers tendait à obtenir le délaissement pur et simple du lieu sacré. De même, dans l'affaire du *out corps*, il était demandé au juge de mettre fin à l'exposition des corps humains. Néanmoins, on se demande par exemple comment restaurer une forêt sacrée¹⁵¹ après sa destruction ? La réponse à cette question tend vers la négative car techniquement le dommage serait irréversible. Dès lors, il y a peut-être lieu d'inscrire en ce sens la question des dommages causés au sacré au régime de la responsabilité tournée vers le futur. Il s'agirait d'une responsabilité préventive assortie des actions visant à limiter les risques de destruction du sacré.

51- Toutefois, le recours à la réparation pécuniaire peut être exceptionnellement envisagé en cas de perte ou de destruction de la chose sacrée par le responsable du dommage. Dans cette hypothèse, le juge pourrait alors allouer à la victime, des dommages et intérêts qui dépendent de l'évaluation des préjudices réparables¹⁵². Or dans le cas d'atteinte au sacré, l'évaluation financière du préjudice matériel et moral semble être un exercice complexe. Les montants de la réparation peuvent fortement varier d'un cas à l'autre. À titre d'exemple, dans une espèce connue à Roubaix au sujet de la disparition des restes mortels d'une personne, la veuve du défunt s'est vue allouer une somme de 1500 euros au titre de son préjudice moral à la suite des excuses présentées par la mairie de la localité. Or, dans une autre espèce, le tribunal d'Amiens a pu allouer 10 000 euros pour compenser la perte d'embryons congelés¹⁵³. Comment le juge parviendrait-il à déterminer la réparation suite au préjudice subi par la victime ? Le pardon demandé par la mairie n'aurait-il pas contribué à minimiser la réparation dans le premier cas ? Répondre à ces interrogations ne saurait être une équation facile à résoudre. Généralement, l'appréciation du montant à allouer est faite de manière souveraine par le juge, en tenant certainement compte des faits et de la demande de la victime. Néanmoins, il semble que le pardon accordé par la victime soit de nature à minimiser l'indemnisation dans la mesure où moralement si ce dernier ne peut effacer le dommage, il vise l'apaisement, le soulagement pour

151 La conservation des forêts sacrées s'inscrit en droite ligne du projet COBALAM qui consiste à éliminer les obstacles à la conservation de la biodiversité, à la restauration des terres et à la gestion durable des forêts par la gestion communautaire des paysages. Approuvé par le Fonds pour l'environnement mondial (FEM) en février 2020 pour le compte de sa sixième phase opérationnelle (FEM6), COBALAM est mis en œuvre par ONU-Environnement et le ministère camerounais en charge de l'Environnement (Minepded), en partenariat avec Rainforest Alliance. www.mediaterre.org. Consulté le 20 Juin 2024.

152 Cour de Paris du 24 janvier 1928, « *Considérant qu'à côté et indépendamment des préjudices matériels une famille qui voit inachevée depuis près de dix ans la sépulture où reposent les siens, éprouve un préjudice moral légitimant sans nul doute une réparation pécuniaire* ».

153 X. ABBÉE, « La valeur de la dépouille mortelle chose sacrée », *Études sur la mort*, vol. n° 129, no. 1, 2006, pp. 69-77.

celui qui pardonne¹⁵⁴. Dans certains cas, il pourrait d'ailleurs déterminer la victime à renoncer à une action en réparation.

52- Quoi qu'il en soit, la décision rendue à l'issue de l'instance doit être exécutée par le responsable du dommage. Si ce dernier ne s'exécute pas volontairement, les règles de procédure civile permettent d'obtenir l'exécution forcée.

2 - Une difficile exécution de la décision

53- En règle générale, la décision rendue par le juge doit être nécessairement exécutée afin d'assurer l'effectivité du droit¹⁵⁵. Cette exécution se fait en principe volontairement par le débiteur. Toutefois, si ce dernier refuse de s'exécuter, le créancier peut, lorsque toutes les conditions sont remplies, procéder à la saisie forcée des biens entre les mains du débiteur. Deux hypothèses peuvent être par conséquent envisagées ici. La première, intervient lorsque le débiteur est tenu d'une obligation de restituer la chose sacrée. La seconde, serait relative au cas où le débiteur d'une obligation de payer posséderait exclusivement des biens sacrés.

54- Dans le premier cas de figure, on se demande si le titulaire des droits sur la chose sacrée pourrait, par les voies d'exécution, contraindre son débiteur à la lui restituer. Cette hypothèse semble être envisageable à travers les mécanismes de l'exécution en nature. En effet, aux termes de l'article 218 AUPSVE, les biens meubles corporels peuvent être délivrés ou restitués en vertu d'un titre exécutoire constatant l'injonction de la juridiction compétente devenue exécutoire. Il s'agit pour le créancier de l'obligation de prendre possession d'un bien meuble sur lequel le juge lui a reconnu ce droit. De ce fait, le créancier d'une obligation de restitution de la chose sacrée pourrait obtenir l'exécution en nature de la décision du juge¹⁵⁶ par le mécanisme de la saisie appréhension¹⁵⁷ tant que celle-ci demeure possible. Dans le cas contraire, on pourrait penser à une exécution par équivalence. Dans ces conditions, on se demande si une chose sacrée peut avoir un équivalent. Cette hypothèse semble difficilement réalisable car le sacré appartient à la catégorie des choses non fongibles.

55- Demeure alors le cas de la récupération de la chose sacrée immobilière. Dans cette hypothèse, on se demande comment amener le débiteur d'une obligation de délaissement d'immeuble sacré à le faire. En l'absence d'une solution légale, seule une solution jurisprudentielle ou conventionnelle serait possible. Dans le premier cas, le juge pourrait par exemple ordonner le délaissement de l'immeuble sous astreintes. En

154 F. ANOUKAHA, « Le pardon en droit pénal », Mél. F. ANOUKAHA, Colloque du 26 novembre 2021 à l'Université de Dschang.

155 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Op. Cit., p. 478.

156 v. art. en vigueur au 1^{er} octobre 2016. Il vient abroger l'art. 1142 qui disposait : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

157 v. art. 218 de l'AUPSVE.

cas de refus, l'huissier pourrait, avec le concours de la force publique, contraindre le débiteur à libérer l'immeuble sacré. Dans le second cas, il va s'agir pour les parties de s'entendre afin de trouver une solution adéquate.

56- Le second cas de figure est celui de la saisissabilité de la chose sacrée appartenant au débiteur. Ce postulat commande la question de savoir si la chose sacrée du débiteur peut entrer dans l'assiette de la saisie. La réponse positive à cette interrogation paraît évidente, partant du principe selon lequel tous les biens d'un débiteur saisissable peuvent être saisis. Aux termes de l'article 50 de l'AUPSVE, seul le bien déclaré insaisissable par la loi ne pourrait faire l'objet de la saisie forcée. De ce fait, toute chose, y compris sacrée, appartenant au débiteur, n'ayant pas été expressément exclue de la saisie par la loi, devrait pouvoir faire l'objet de voies d'exécution. Toutefois, cette affirmation paraît absurde, compte tenu de la finalité assignée aux voies d'exécution. En général, ces dernières visent la saisie en vue de la vente du bien. Or, l'extra-commercialité attachée au sacré pourrait faire douter de son aptitude à intéresser le saisissant. On a donc l'impression que certains éléments sacrés apparaissent comme un bien saisissable *de jure* mais insaisissable *de facto*. Néanmoins, l'évolution contemporaine du droit laisse observer une progressive admission de certaines choses sacrées dont le régime semble dépendre de son rattachement au bien ou à l'humain.

57- Concernant le bien sacré, l'article 51 de l'AUPSVE, énumère les biens insaisissables, au rang desquels le sacré ne figure guère. Dans ces circonstances, l'on peut se demander si cette énumération est exhaustive ou indicative. En réalité, compte tenu du caractère impératif des règles applicables en procédure civile d'exécution, on serait tenté de penser qu'il faille s'en tenir strictement à cette énumération légale. Dans ces circonstances, les choses religieusement ou traditionnellement sacrées par des communautés pourraient faire l'objet de saisie-vente. Ceci amènerait alors à envisager la saisie-vente d'une case qui abrite les cranes des ancêtres dans les communautés villageoises de l'ouest-Cameroun. En outre l'on doute que ce bien pourrait véritablement servir la cause de l'acquéreur. De cette difficulté, au-delà de l'éthique et de la décence, naît assurément un conflit entre la protection de l'intérêt individuel et celui de l'intérêt collectif d'un groupe. Or, ce dernier apparaissant logiquement plus important, il serait judicieux que le législateur intègre, de manière expresse, les choses sacrées traditionnelles au rang des biens insaisissables. Certes, l'on pourrait reprocher à cette solution une insécurité juridique inhérente à l'extensibilité de l'assiette des biens insaisissables. Néanmoins, elle aurait le mérite de prendre en compte les réalités profondes et fondamentales des populations africaines. Restera alors à définir les modalités de sacralisation traditionnelle.

58- Concernant la sacralité portée sur l'aspect humain, sa saisissabilité est de manière générale proscrite. En effet, le législateur interdit implicitement la saisissabilité du corps humain et ses dérivés. Visiblement, cette insaisissabilité serait *a priori* fondée sur son inaliénabilité. Cette idée ayant fondé l'abolition de la contrainte par corps en

matière civile¹⁵⁸, se poursuit aujourd'hui par la protection des biens indispensables à la vie et à l'épanouissement de la personne humaine et celle de sa famille. Dans ce sens, l'article 51 de l'AUPSVE prescrit par exemple l'insaisissabilité des provisions alimentaires adjugées par décision de justice ; des biens mobiliers nécessaires à la vie du débiteur et de sa famille ; des objets indispensables aux personnes en situation de handicap ou destinés aux soins des personnes malades etc. C'est dans ce sens qu'il semble difficile de concevoir la saisie d'une dépouille mortelle. Pour justifier l'insaisissabilité de la chose humaine, une fraction de la doctrine, s'inspirant du droit public, voit dans le corps humain une chose appartenant à l'État¹⁵⁹. Le régime juridique de cette chose pourrait s'inspirer de celui des biens mobiliers du domaine public, à l'image des tableaux des musées qui ont été ainsi classés¹⁶⁰. Toutefois, on se demande si cette exclusion tiendra plus longtemps compte tenu du processus contemporain de réification de l'humain. En effet, au regard de la commercialité de certains éléments du corps humain, pourrait-on à l'avenir concevoir la saisie-vente des cheveux, du nom, de l'image ou de toute autre chose humaine commercialisable ?

59- Au bout du compte, on constate que le sacré apparaît comme un concept d'exception. La prise en compte de sa spécificité conduit à déroger à des nombreuses formalités de droit commun processuel. Si ce constat peut faire craindre une dénaturation de la procédure civile, il faut reconnaître que les formalismes ne font pas la procédure. En réalité, il importe de rechercher les fins du procès qui résident dans l'apaisement d'un conflit social, dans l'intérêt de l'homme en particulier et de la société en général. Dans cette perspective, le droit devrait s'améliorer progressivement afin de répondre aux exigences de la justice et des difficultés de sa société¹⁶¹. Par conséquent, si les sociétés africaines contemporaines évoluent vers la méconnaissance du tabou, il semble nécessaire d'y maintenir le respect du sacré par lequel elles manifestent leur profonde aspiration culturelle. Le législateur devrait alors envisager une flexibilité des règles du droit judiciaire privé qui permettrait aux autochtones la protection du patrimoine culturel et la transmission des savoirs ancestraux. Certes, il ne s'agirait véritablement pas d'un droit processuel du sacré, mais en est-on vraiment si éloigné ?

158 SOLON, cité par P. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, op. cit., p. 11.

159 G. NICOLAS, « Recherche sur le statut du corps humain : les principes de la domanialité publique pourraient-ils être appliqués au corps humain ? *Les cahiers de droit et de la santé du sud-est* pages 81 et s. ; X. BROY, le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux", Dalloz, Paris, 2003. LEMENNICIER, « Le corps humain, propriété de l'Etat ou propriété de soi ? », *Droits*, n°13, P.U.F., Paris, 1991.

160 v. loi 2013 portant sur la protection patrimoine culturel.

161 LORS MANSFIELD, cité par P. MALAURIE, *Anthropologie de la pensée juridique*, op. cit., p. 106.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NOS CARTÓRIOS DE NOTAS E REGISTROS PÚBLICOS: CRÍTICAS E SUGESTÕES AO ATO NORMATIVO DO CNJ

CONCILIATION, MEDIATION AND ARBITRATION IN NOTARY OFFICES
AND PUBLIC RECORDS: CRITIQUES AND SUGGESTIONS

Jean Mallmann

Ph.D. candidate in Law at *Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa* (IDP) and at the Universidade Católica de Salvador (UcSal), Brazil.

ÁREAS DO DIREITO: Processual Civil; Administrativo; Notarial e Registral.

RESUMO: O presente trabalho apresenta proposta para desenvolver a conciliação, a mediação e a arbitragem nos cartórios de notas e registros públicos brasileiros, por meio de modificações nos arts. 18 a 57 do Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial - CNN/CN/CNJ-Extra (dispositivos correspondentes ao antigo Provimento CNJ nº 67, de 2018), expedidos com a finalidade de regulamentar os trâmites de conciliação e mediação no âmbito dos serviços notariais e de registro no Brasil. O artigo oferece críticas e sugestões para melhoramento do ato normativo do CNJ, o qual, mesmo depois de mais de 5 anos de sua expedição, praticamente não foi implementado. Para tanto, delinea-se o conceito de justiça multiportas e, a partir dele, os conceitos de conciliação, de mediação e de arbitragem. Diferencia-se, também, a conciliação e mediação judicial e extra-

judicial, apresentando-se a legislação que trata do assunto. Ao final, analisam-se os principais dispositivos da norma administrativa do CNJ e formulam-se sugestões de alterações de suas regras. A metodologia utilizada foi a pesquisa descritiva e explicativa, expondo-se os principais conceitos necessários para que o leitor compreenda a temática e, posteriormente, esclarece-se como as mudanças nas normas do CNJ podem viabilizar a implementação efetiva e adequada em grande parte dos serviços notariais e registrais brasileiros das atividades de conciliação, mediação e arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliação. Mediação. Arbitragem. Tabelionato. Registro. Conselho Nacional de Justiça

ABSTRACT: This paper presents a proposal to develop conciliation, mediation and arbitration in notary offices and Brazilian public records, through changes in the arts. 18 to 57 of the National Code of Norms of Internal Affairs of Justice of the National Council of Justice - Extrajudicial Forum - CNN/CN/CNJ-Extra (devices corresponding to the former CNJ Provision nº 67, 2018), issued with the purpose of regulating «conciliation and mediation procedures in notarial and registration services in Brazil». The article offers criticism and suggestions for improving the normative act of the CNJ, which, even after more than 5 years of its expedition, was practically not implemented. To this end, the concept of multiport justice is outlined and, from it, the concepts of conciliation, mediation and arbitration. It also differentiates the conciliation and mediation judicial and extrajudicial, presenting the legislation that deals with the subject. At the end, the main provisions of the administrative standard of the CNJ are analyzed and suggestions for changes to its rules are made. The methodology used was descriptive and explanatory research, exposing the main concepts necessary for the reader to understand the theme and later, clarifying how changes in the CNJ rules can enable the effective and adequate implementation in a large part of the Brazilian notarial and registration services of conciliation, mediation and arbitration activities.

KEYWORDS: Conciliation. Mediation. Arbitration. Notary. Public registry. National Council of Justice

SUMÁRIO: 1. Introdução, delineamento do tema e metodologia. 2. A justiça multiportas e a atividade notarial e registral. 3. Conciliação, mediação e arbitragem. 3.1. Breve exposição dos conceitos e das principais características da conciliação e da mediação. 3.2. Diferenças entre a conciliação e a mediação “judiciais” e a conciliação e a mediação “extrajudiciais”. 4. Cartórios e as técnicas alternativas de solução de conflitos. 5. Por que o ato normativo do CNJ não funciona na prática? 6. Críticas e sugestões propositivas ao ato normativo do CNJ. 6.1. Necessidade de curso oficial de capacitação. 6.2. Subordinação da conciliação e mediação nos cartórios ao NUPMEC e ao juiz do CEJUSC. 6.3. Obrigação de realização de sessões não remuneradas para atender às demandas gratuitas do Poder Judiciário, como forma de “contrapartida” (?). 6.4. Restrição à conciliação e à mediação de acordo com a especialidade de cada serviço notarial e registral. 6.5. Número máximo de conciliadores e mediadores por serventia e exigência de que o preposto seja escrevente. 6.6. Restrição de terceiros como conciliadores e mediadores: da obrigação de contratação de “escreventes habilitados” do cartório para fazerem conciliação e mediação. 6.7. Remuneração correspondente ao menor valor da escritura sem valor econômico.

co. 6.8. Inclusão no ato normativo do CNJ da arbitragem como meio alternativo de composição de conflitos. 7. Conclusão. 8. Apêndice. 9. Referências. 10. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO, DELINEAMENTO DO TEMA E METODOLOGIA

O acesso à justiça é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal (art. 5º, XXXV) (Brasil, 1988) e pela legislação processual. No entanto, o sistema judiciário pode ser complexo, oneroso e lento, especialmente em países com um grande volume de casos e recursos limitados, como é o caso brasileiro. Nesse contexto, as técnicas alternativas de solução de problemas jurídicos (arbitragem, conciliação e mediação) emergiram como uma opção promissora, oferecendo uma abordagem geralmente menos formal, mais rápida e menos dispendiosa do que o processo judicial tradicional.

Os cartórios (tabelionatos e registros públicos), por sua vez, desempenham um papel crucial no sistema legal, fornecendo serviços públicos extrajudiciais que garantem a segurança jurídica e a integridade dos negócios jurídicos. No entanto, a relação entre cartórios e a arbitragem, conciliação e a mediação ainda é pouco explorada na prática jurídica, ainda que o CNJ tenha regulamentado o seu uso pelas serventias, especialmente no que tange à conciliação e à mediação.

Neste artigo, busca-se analisar essa relação, com o propósito de demonstrar o potencial de integração entre a *atividade notarial e registral* e o uso dos *métodos alternativos de resolução de conflitos*. Para isso, realizou-se uma revisão sistemática do provimento do CNJ que regulamenta o tema, identificando suas fragilidades e apontando o que pode ser modificado para a mudança desse cenário.

Para alcançar as propostas e conclusões almejadas, utilizar-se-á o *método dedutivo*, valendo-se, portanto, de *silogismos*.¹ A utilização desse método para proporcionar as bases lógicas da investigação tem por finalidade tornar fácil a compreensão das premissas expostas e as soluções alcançadas.

O *método dedutivo* é o raciocínio que parte do geral e, a seguir, desce ao particular; parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.² É o método proposto pelos racionalistas – a exemplo de Descartes, Spinoza

1 “Silogismo” é um raciocínio dedutivo estruturado formalmente a partir de duas proposições ou premissas (premissa maior e premissa menor), das quais se obtém por inferência uma terceira (a conclusão). Um exemplo clássico é “se todos os homens são mortais (premissa maior); e os gregos são homens (premissa menor); logo, os gregos são mortais (conclusão)”. Vide: MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva*: exposição de princípios da prova e dos métodos de investigação científica. Trad. J. M. Coelho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Ver também em: TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação - o positivismo, a fenomenologia e o marxismo*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 27.

2 GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 9.

e Leibniz -, segundo os quais só a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro, que decorre de princípios, a priori, evidentes e irrecusáveis.³

Outrossim, como apenas críticas não transformam o mundo e as soluções dependem de propostas fundamentadas e pragmáticas, ao final deste trabalho será apresentada uma sugestão de minuta sobre as alterações do ato normativo do CNJ, baseando-se no diagnóstico realizado no decorrer dos capítulos.

Com abordagem inovadora, pode-se afirmar que as modificações propostas, caso consideradas pelo CNJ, contribuirão para uma transformação do panorama atual, com a efetiva extrajudicialização da conciliação e da mediação, e a universalização da arbitragem, valendo-se da capilaridade dos cartórios brasileiros. As modificações da norma técnica do CNJ têm potencial de viabilizar condições mais adequadas para que as serventias notariais e contribuam significativamente para a pacificação social, a desburocratização de procedimentos e, inclusive, o desafogamento de demandas do Poder Judiciário, constituindo uma imponente *porta aberta* para o efetivo acesso à justiça.

2. A JUSTIÇA MULTIPORTAS E A ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

Justiça multiportas é o fenômeno jurídico pelo qual os *problemas jurídicos* são solucionados em locais diversos do Poder Judiciário, isto é, independentemente de qualquer pronunciamento do Estado-Juiz. Portanto, a nomenclatura *multiportas* diz respeito às várias possibilidades que as partes têm de solucionar tais problemas extrajudicialmente, seja em órgãos ou entidades do próprio Estado, seja por meio de entes privados. Sob esse enfoque, este primeiro capítulo servirá para o entendimento do conceito de microssistema da *justiça multiportas* e como a atividade notarial e registral (tabelionatos e registros públicos) pode servir para a *solução dos problemas jurídicos*, constituindo-se como mais uma *porta* à disposição dos cidadãos, notadamente mediante a oferta de serviços de conciliação, mediação e arbitragem.

Neste contexto, é essencial compreender que o termo “justiça” (grafado com “j” minúsculo) refere-se à *solução adequada de um problema jurídico*. Este termo, conquanto tenha a mesma fonética e praticamente a mesma grafia, não se confunde com a terminologia “Justiça”, escrita com “J” maiúsculo, sinônimo de *Poder Judiciário*.

Conforme Fredie Didier Júnior e Leandro Fernandez, um *problema jurídico* tem duas características: ele deve ser *concreto* (discussão acerca de divisas de uma pro-

3 “O raciocínio dedutivo é um raciocínio cujo antecedente é constituído de princípios universais, plenamente inteligíveis; através dele se chega a um consequente menos universal. As afirmações do antecedente são universais e já previamente aceitas: e delas decorrerá, de maneira lógica, necessária, a conclusão, a afirmação do consequente. Deduzindo-se, passa-se das premissas à conclusão” (SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico. E-book*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 76). Conforme Antonio Carlos Gil, “nas ciências sociais, o uso desse método [dedutivo] é bem mais restrito, em virtude da dificuldade para se obter argumentos gerais, cuja veracidade não possa ser colocada em dúvida” (GIL, Antonio Carlos. *op. cit.*, p. 10). Nada obstante, a simplicidade do método e a existência de premissas antecedentes facilmente verificáveis permitem a produção de conclusões bastante embasadas e fundamentadas, como será possível verificar adiante.

priedade, das cláusulas de um contrato *etc.* e, mesmo nas chamadas ações abstratas, como numa ADI, deve-se ter algo concreto, a exemplo do debate acerca de se “A Lei X é contrária à CF ou não”); e o *Direito, isto é, o ordenamento jurídico deve ser a base da sua solução* (não dependendo de outros campos científicos, da medicina, da metafísica *etc.*).⁴

Quando se trata de resolução de problemas jurídicos, é comum a utilização da expressão “resolução de conflitos”, advinda da tradução do inglês *disput resolution*. A expressão, no entanto, não diz respeito a todas as possibilidades de problemas jurídicos em disputa. Nos casos de jurisdição voluntária, por exemplo, um problema existente pode não ser conflituoso, de modo que devem ser citados todos os interessados, havendo, portanto, uma potencialidade de conflitos: como os interessados podem - todos - estar de acordo, a jurisdição servirá apenas para homologar a vontade das partes, com a finalidade de dar forma legal a determinado ato.

O Direito pode se valer de várias formas diferentes de solução de problemas jurídicos, diversas da tradicional resposta do Poder Judiciário, tanto em questões que seriam resolvidas no âmbito da jurisdição contenciosa como no da jurisdição voluntária.

O professor norte-americano Frank Sander, da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, idealizou o conceito *multidoors court*⁵, o que pode ser traduzido para a ideia de “tribunal multiportas” ou “corte multiportas”. A ideia foi lançada em abril de 1976 em uma conferência (*Pound Conference*) convocada pelo presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren Burger, para discutir os problemas enfrentados na administração da Justiça americana.⁶

Sander imaginou um sistema processual em que as Cortes funcionariam como um grande *hub*, distribuindo as demandas atinentes aos problemas jurídicos para os órgãos ou entidades com melhores condições de resolução destes. O servidor do Tribunal deveria fazer uma triagem, de modo que, *v.g.*, um problema poderia ser encaminhado para mediação, conciliação, arbitragem, decisão estatal do magistrado *etc.* A imagem lúdica do sistema idealizado por Sander é de um *grande átrio em cada tribunal, encaminhando cada demanda para a porta mais adequada*.⁷

Nada obstante a terminologia original, a nomenclatura *justiça multiportas* (ao invés de *tribunal multiportas*) é mais adequada. O pensamento de Sander atribuía ao

4 DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalizadores. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 88, p. 165-192, abr./jun. 2023.

5 Inicialmente, o nome atribuído por Frank E. A. Sander era *varieties of dispute processing* (“variedades de processamento de disputas” ou “variedade de disputas processuais”, em tradução livre). A expressão *multidoor courthouse*, abreviada para apenas *multidoor court*, foi adotada posteriormente.

6 SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. In: LEVIN, A. Leo; WHELLER, Russell R. (org.). *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. Eagan, Minnesota, EUA: West Publishing, 1979.

7 SANDER, Frank E. A. *op. cit.*, 1979.

Judiciário um papel de centralidade do Judiciário como responsável pela distribuição do exercício da justiça, considerando-o uma porta de acesso necessária à justiça, a partir da qual se ramificariam outras vias alternativas para a solução de conflitos fora do Tribunal.⁸

Essa concepção de vários caminhos, distinta do caminho tradicional de submissão à decisão impositiva de um juiz ou tribunal, estimulou o direito brasileiro a criar dezenas de outras formas de solução de problemas jurídicos.

Não obstante, uma visão mais atualizada deste sistema substitui a imagem de *átrio de um tribunal* pela imagem de uma *praça com vários arcos*.⁹ É um espaço fora dos tribunais. Os tribunais são apenas mais uma porta. O que caracteriza “multiportas”, portanto, não é o tribunal (*Justiça*) em si, mas a *justiça*. Isso significa dizer que é preciso ressignificar a noção de “acesso à justiça”. Em um sistema cujas formas, modos, portas e caminhos da justiça são múltiplos, é preciso reconfigurar essa ideia de *tribunal-distribuidor* obrigatório.

Essa ideia de vários caminhos, diferente do caminho tradicional de ir para decisão impositiva de um juiz ou tribunal, estimulou o direito brasileiro a criar dezenas de outras formas de solução de problemas jurídicos. O direito de “acesso à justiça” é o direito de acessar a forma adequada de resolver um problema, sendo garantido pelo direito brasileiro o princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF).

A concepção de múltiplas vias para a resolução de conflitos, em contraste com o modelo tradicional de submissão a uma decisão impositiva de um juiz ou tribunal, estimulou o direito brasileiro a desenvolver diversas modalidades alternativas de solução de problemas jurídicos. O direito de «acesso à justiça» refere-se à garantia de que cada indivíduo possa recorrer ao meio mais adequado para a resolução de um problema jurídico, estando esse direito assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).¹⁰

8 Nesse sentido: SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Rudolph. *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*. 1. ed. Aspen Casebook Series. Alphen aan den Rijn, Países Baixos: Wolter Kluwers, 1992 ; e, SANDER, Frank E. A. *Dispute resolution: raising the bar and enlarging the canon*. *Journal of Legal Education*, v. 54, p. 115-118, 2004.

9 DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *op. cit.*

10 Neste sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2020; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. *Civil Procedure Review*, Salvador, v. 7, n. 3, p. 59-99, 2016. Disponível em: <https://shre.ink/rimC>. Acesso em: 02 jan. 2024; FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues. *Mediação e direitos humanos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: LTr, 2014; NUNES, Juliana Raquel. *A importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise à luz do novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; e VIEIRA, Mariana. *Conciliação e mediação como forma de compor litígios no novo Código de Processo Civil*. Niterói: Aatoria, 2017.

“Porta” representa um ponto de acesso, de saída ou de transição. Nesse sistema, é possível ingressar em uma porta e concluir o percurso por outra. Não se trata de um labirinto, mas de uma “*encruzilhada*”.¹¹ O Poder Judiciário é, assim, uma das *portas de acesso à justiça*. A heterocomposição e a autocomposição são um *modo de acesso à justiça*, que podem ocorrer em outras portas.¹²

Desse modo, existem portas que surgem no meio do *caminho*, como, por exemplo, a negociação direta, que não tem uma estrutura prévia, mas surge ao longo da solução da demanda, quando as partes resolvem transacionar acerca do que antes era um litígio, resolvendo o *problema jurídico*.¹³

No Brasil, o rol de portas é atípico. O sistema brasileiro de justiça é, pois, um sistema em permanente expansão (*ever-expanding sistem*) e é auto-organizado. Não foi projetado previamente, mas construído a partir de interações quase que randômicas, que foram sendo montadas como um quebra-cabeça. Não existe uma lei que definiu os sistemas multiportas no Brasil, mas, como na sabedoria popular, “*é no balanço da carroça que as melancias se ajeitam*”.¹⁴⁻¹⁵

11 DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *op. cit.*, p. 184, grifo do autor.

12 Heterocomposição: problema jurídico resolvido por um terceiro; autocomposição: problema jurídico resolvido pelas partes, de forma consentida ou aceita; autotutela: problema jurídico resolvido por imposição de um dos interessados sobre o outro, sendo, como regra, não aceito pelo direito brasileiro, salvo nas hipóteses legais, como no caso, *v.g.*, do desforço imediato e legítima defesa da posse (art. 1.210, parágrafo único, do Código Civil) e na execução extrajudicial em caso de alienação fiduciária e hipoteca (art. 27 e ss. da Lei nº 9.514, de 1997, e art. 9º e ss. da Lei nº 14.711, de 2023). Parte da doutrina entende que a execução extrajudicial não seria hipótese de autotutela, vez que a imposição da vontade de uma das partes depende conjuntamente da atuação de um terceiro, sendo, assim, um *meio-termo* entre heterocomposição e autocomposição (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Autotutela executiva: execução extrajudicial positivada*. Rio de Janeiro: Forense, 2024).

13 PASSO CABRAL, Antônio do; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

14 DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *op. cit.*, p. 175, grifo do autor.

15 No Brasil, são inúmeras as situações em que foram implementadas formas de utilização do sistema de justiça multiportas, *v.g.*, o Conselho de Administração de Recursos Fiscais - Carf, para recursos tributários federais; o Conselho Nacional do INSS, para recursos previdenciários e da seguridade social; o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf, para recursos sobre questões relacionadas com lavagem de dinheiro e combate ao terrorismo; as diversas agências reguladoras (Anvisa, Anac, ANP, ANTT *etc.*), que decidem e medeiam situações atinentes a suas áreas de atuação; os conselhos profissionais (OAB, CFM, CFC *etc.*), que possuem tribunais de ética disciplinares e julgam os seus profissionais e eventuais litígios profissionais entre estes. Além disso, é possível a resolução de problemas jurídicos pela via extraestatal, sem a participação de nenhum ente ou órgão do Estado, como ocorre com a conciliação, a mediação e a arbitragem feita por Câmaras Privadas ou por pessoas escolhidas pelas partes. Outro exemplo é a negociação direta ou heterocompositiva e os diversos procedimentos extrajudiciais em espécie, inclusive realizados pelos serviços notariais e registrares, a exemplo da separação, divórcio, reestabelecimento da sociedade conjugal, retificação de área, usucapião, adjudicação compulsória, busca e apreensão de bens móveis e as diversas execuções extrajudiciais.

Não obstante a auto-organização da justiça multiportas brasileira, atualmente é possível extrair do § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil (CPC) uma norma geral que autoriza o uso de um sistema aberto de justiça multiportas, ao prever que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Desse dispositivo, imagina-se a possibilidade de cláusulas ou compromissos *med-arb* (determinando a prévia mediação ou, então, encaminhando a resolução de demanda à arbitragem); é possível a criação em contrato de comitês ou “tribunais” internos, nos chamados *disput boards* (ex.: contrato de longo prazo entre concessionária de serviço público e o poder público, cuja obra demorará 20 anos para ser concluída, situação em que as partes preferem não levar as disputas ao Poder Judiciário, estabelecendo um comitê para decidir eventuais litígios); ou mesmo a escolha de um órgão ou entidade extrajudicial de confiança das partes para mediar, conciliar ou arbitrar a solução dos problemas jurídicos levados à disputa, como, por exemplo, os serviços notariais e registrais.

O Provimento CNJ nº 67, de 26/03/2018¹⁶ foi expedido com a finalidade de regulamentar os “procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil”. O referido ato normativo foi incorporado ao Código Nacional de Normas do Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), tendo sido integralmente compilado nos arts. 18 a 57. Passados, porém, mais de 5 anos de sua publicação e entrada em vigência, a realização de conciliação e mediação nos cartórios brasileiros praticamente *não saiu do papel*.

Vários são os motivos da não-implantação destes métodos de resolução alternativa de problemas jurídicos na prática cartorial, como a burocrática exigência de cursos de formação de conciliadores e mediadores e de vinculação ao NUPEMEC e CEJUSC; a baixíssima remuneração, aliada aos custos de implantação e pagamento de profissionais para a realização dos serviços; a obrigatoriedade de realização de audiências gratuitas; a limitação quanto à contratação de profissionais para o exercício da conciliação e mediação; a restrição da realização da conciliação e mediação de acordo com as especialidades das serventias extrajudiciais, etc.

Com efeito, neste artigo sugere-se modificação desses paradigmas mediante a apresentação de críticas e de um texto propositivo para melhoramento do aludido ato normativo. Com esse desiderato, de *lege ferenda*, em apêndice a este trabalho encontra-se uma minuta, em que se compilam as propostas de alteração do ato normativo do CNJ, com o fito de viabilizar, de forma efetiva, a conciliação, a mediação e a arbitragem nos cartórios brasileiros.

16 CNJ. Provimento nº 67, de 28 de novembro de 2018. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e mediação nos serviços notariais e de registro. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2155042024120567522138b2305.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2025.

3. CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

3.1 Breve exposição dos conceitos e das principais características da conciliação e da mediação

Conciliação, mediação e arbitragem são técnicas de resolução alternativa de problemas jurídicos.¹⁷ A conciliação e a mediação são baseadas na busca pela consensualidade das partes (autocomposição), enquanto a arbitragem se dá por decisão de pessoa ou órgão diverso das partes (heterocomposição)

A *conciliação* é a técnica alternativa e amigável de resolução de conflitos, em que um terceiro imparcial, o conciliador, busca orientar, aconselhar e propor soluções às partes, podendo opinar ativamente ou fornecer sugestões para a composição entre elas.

Em geral, *a conciliação é utilizada nas situações em que os interessados não têm contato anterior ou possuem um contato anterior meramente ocasional*, como, por exemplo, nos contratos civis e de consumo ou em situações relacionadas a acidentes de trânsito.

De sua vez, a *mediação* é a técnica alternativa e amigável de resolução de conflitos, em que um terceiro imparcial, o mediador, busca aproximar as partes para que cheguem a um consenso, sem, no entanto, opinar ativamente ou fornecer sugestões para a composição entre estas.

Em geral, *a mediação é utilizada nas situações em que os interessados já têm contato anterior ou guardam um laço afetivo entre si, mantendo uma relação continuada no tempo*, como, por exemplo, nas relações familiares ou de direito vicinal.

Tanto o conciliador como o mediador buscam *criar uma ponte* entre aqueles que discordam, a fim de que, conjuntamente, possam chegar a uma solução comum, que venha a ser mais benéfica o quanto possível para ambas as partes. A postura do conciliador é uma postura mais ativa, inclusive sugerindo possíveis acordos a serem celebrados pelas partes, ao passo que o mediador apenas visa que elas mesmas cheguem em um acordo.¹⁸

17 Para além da jurisdição estatal, o sistema multiportas brasileiro pode contar com modalidades das chamadas ADR e ODR. ADR é a sigla para *Alternative Dispute Resolution*, também apelidada de “meios alternativos de resolução de controvérsias” (MASCs) ou “meios extrajudiciais de resolução de controvérsias” (MESCs). Todos esses termos remetem aos métodos de negociação, mediação, conciliação e arbitragem. Por seu turno, ODR significa *Online Dispute Resolution* e se refere aos mesmos métodos de resolução de conflitos citados em relação à ADR, a diferença é que a modalidade ODR se dá por meio das plataformas digitais. Neste sentido: ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução online de controvérsias: tecnologias e jurisdições*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015, 250 f. Disponível em: <https://shre.ink/ri9u>. Acesso em: 02 jan. 2024.

18 Neste sentido: BRAGA NETO, Adolfo. *A mediação e a administração pública*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2020. 233 f. Disponível em: <https://shre.ink/ri1R>.

Como bem advertem Mauro Capelletti e Bryan Garth, em sua obra clássica *Acesso à Justiça*, existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico sempre que um litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. Afinal, a sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral ou a busca da conciliação e mediação.¹⁹

Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação ou mediação — ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” — ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado.²⁰

As técnicas de conciliação e mediação buscam a *autocomposição de conflitos*. Não obstante serem métodos de resolução de problemas jurídicos com estruturas muito similares, como já referido, existe um importante diferença entre a mediação e a conciliação, o que é reconhecido expressamente pela legislação processual. Esta preceitua que o *mediador* atua nas ações nas quais as partes possuem vínculos, com o objetivo de restabelecer o diálogo e permitir que elas proponham soluções para o caso, enquanto o *conciliador* atua preferencialmente nas ações nas quais não houver vínculo entre as partes, e pode sugerir soluções (art. 165 do CPC).

A mediação é disciplinada em legislação específica. A Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) é a lei geral que trata do tema, aplicando-se seus preceitos, no que couber, também à conciliação. Ademais, o CPC também regulamenta a conciliação e a mediação (arts. 165 a 175). Frise-se que o CPC apenas regulamentou a *conciliação* e a *mediação judiciais*, não tendo tratado sobre a sua versão extrajudicial. De qualquer modo, as normas do CPC e da Lei de Mediação são, em sua essência, compatíveis.²¹

Acesso em: 02 jan. 2024; CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; e, GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, ano 13, n. 91, p. 71-92, 2014.

19 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2002.

20 CAPELLETTI; GARTH, *op. cit.*

21 O CPC foi promulgado antes, em 16/03/2015, enquanto a Lei nº 13.140 foi promulgada pouco depois, em 26/06/2015. Nada obstante, em razão da *vacatio legis* estabelecida em cada norma, a Lei de Mediação, a despeito de aprovada posteriormente ao atual CPC, entrou em vigor antes (dezembro de 2015) daquele (março de 2016). Assim, seguindo as regras de *hermenêutica jurídica*, esse fato em nada interfere em definir o *critério* para afastar eventuais antinomias aparentes. Aplicando-se conjuntamente o *critério cronológico* e de *especialidade* a essa questão de intertemporalidade, tem-se que, caso exista qualquer conflito de normas, “a parte de mediação do Novo CPC estará revogada pela Lei de Mediação (posterior e especial), no que as disciplinas não sejam conciliáveis, ilação que tem reflexos absolutamente substanciais, tudo a demandar a atuação do intérprete na conciliação dos diplomas normativos”. Ou seja, o CPC foi promulgado antes, mas entrou em vigor depois e, assim, a Lei de Mediação e Conciliação, embora promulgada depois,

Por fim, a *arbitragem* é o procedimento jurisdicional que enseja, como regra, o julgamento de um problema jurídico mediante a decisão de um terceiro imparcial, escolhido pelas próprias partes: o árbitro. É uma espécie de heterocomposição de conflitos, em um processo jurisdicional desenvolvido fora do Poder Judiciário.²²

Trata-se, portanto, de um meio alternativo de solução de conflitos que depende da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial. Outrossim, a arbitragem é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.²³

Frise-se, ademais, que o art. 18 da referida legislação estabelece que “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Em outras palavras, a sentença arbitral tem validade, por si só, de modo que as decisões dos árbitros possuem executividade, sendo equiparadas, dentro do seu escopo, às decisões judiciais. Por isso se fala em jurisdição arbitral (extraestatal), a par da jurisdição estatal.

O atual CPC, aliás, deu força de título executivo judicial às cartas e decisões arbitrais (art. 784, inc. VII, do CPC). Além disso, o artigo 237, IV, do CPC ratifica expressamente a possibilidade de pedido de cooperação entre juízes e árbitros ao dispor que será expedida carta arbitral “[...] para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o

teve sua vigência anteriormente. Conforme explica Carlos Maximiliano: “Na verdade, a regra especial posterior só inutiliza em parte a geral a anterior, e isto mesmo quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la. Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria” (Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 360-361). Parte da doutrina ressalta que haveria uma contrariedade entre as normas no que tange, especificamente, à obrigatoriedade da prévia audiência de mediação/conciliação judicial, vez que o CPC estabelece, de forma expressa, que as partes podem dispensá-la, manifestando expressamente desinteresse na composição consensual (art. 334, § 4º), enquanto a Lei de Mediação não prevê essa possibilidade (DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o novo CPC e a Lei de Mediação*. JusBrasil, 2016. Disponível em: l1nq.com/vckoQ. Acesso em: 15 abr. 2024). A Lei de Mediação prevê que “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação” (art. 27). Parece não haver contrariedade, até porque o próprio CPC tem redação legal semelhante, no *caput* do próprio art. 334, supracitado: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação [...]”. O CPC, no entanto, nesse ponto, é norma mais especial, tratando sobre o tema de forma mais específica que a Lei de Mediação e Conciliação, que se manteve silente sobre a possibilidade de dispensa. Outrossim, não há sentido em obrigar as partes a se submeterem a um procedimento que não tem interesse e que, sabidamente, será inexistoso. Ademais, a jurisprudência do STJ é pacífica ao estabelecer que a regra geral é a não obrigatoriedade da audiência de mediação e conciliação judicial (REsp 1.584.503/SP)

22 O Plenário do STF declarou, via controle incidental, a constitucionalidade de todos os artigos da Lei de Arbitragem, com apreciação destacada do parágrafo único do art. 6º, dos arts. 7º e 41, que conferem eficácia à cláusula compromissória (Brasil, 2015).

23 CARMONA, Carlos A. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória”.

3.2 Diferenças entre a conciliação e a mediação “judiciais” e a conciliação e a mediação “extrajudiciais”

Tanto a conciliação como a mediação podem ser de duas espécies: *judicial* e *extra-judicial*.

A *conciliação* e a *mediação judicial* ocorrem no âmbito do Poder Judiciário, sendo as audiências realizadas por um mediador/conciliador indicado pelo juiz, não estando este condicionado à prévia aceitação das partes. Esse procedimento pressupõe a existência de um processo judicial, funcionando a audiência como uma tentativa de solução do litígio, prévia à instrução processual. Caso seja infrutífera, o processo seguirá seu curso normal.

Bastante diversa é a *conciliação* e a *mediação extrajudicial*, visto que ocorrem fora do âmbito judicial, e o mediador/conciliador é escolhido livremente pelas partes. Constitui um procedimento extrajudicial buscado espontaneamente por elas, observando-se os prazos mínimos e máximos, bem como as demais regras previstas contratualmente.

Outrossim, são muito díspares os *requisitos para o exercício da função de conciliador e mediador judicial*, visto que a legislação determina uma série de pressupostos, compreendendo uma burocracia bem maior para o exercício da função. O profissional deve ser: (i) pessoa capaz; (ii) possuir, no mínimo, 2 anos de formação em curso de graduação de ensino superior; (iii) ter realizado curso de capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com o Ministério da Justiça (art. 11 da Lei de Mediação).

De outro lado, os *requisitos para o exercício da função de conciliador e mediador extrajudicial* são bem mais simples, viabilizando que exerça tais funções: (i) pessoa capaz; (ii) aquele que tenha a *confiança das partes* e seja *capacitado para fazer mediação*, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se (art. 9º da Lei de Mediação).

Frise-se que, tanto a Lei de Mediação quanto o CPC não exigem, em qualquer dispositivo legal, curso ou habilitação do poder público para o exercício das funções de *conciliador ou mediador extrajudicial*.

Quadro sinótico – diferença entre conciliação e mediação judicial e extrajudicial

	CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO JUDICIAL	CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL
Tipo de solução controvérsia	Autocomposição	Autocomposição
Objeto	Direitos patrimoniais disponíveis ou indisponíveis que admitam transação. Não se aplica a questões trabalhistas (art. 42, parágrafo único, da Lei de Mediação).	Direitos patrimoniais disponíveis ou indisponíveis que admitam transação. Não se aplica a questões trabalhistas (art. 42, parágrafo único, da Lei de Mediação).
Método	É realizada durante o processo civil ou penal, coordenado por um mediador judicial, que está sujeito a compromisso, aplicando-lhe, no que couber, as normas que regulam a responsabilidade e remuneração dos peritos.	É realizada fora do judiciário, por mediador extrajudicial, em câmaras privadas ou serventias extrajudiciais, sem regras específicas como as da mediação judicial.
Local	Centros judiciários de solução consensual de conflitos criado pelos Tribunais (art. 24 da Lei de Mediação).	Por mediadores ou câmaras privadas ou serventias extrajudiciais ou por pessoa maior e capaz e que esteja capacitada.
Prazo	Até 60 dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação (art. 28 da Lei de Mediação).	Não há prazo determinado.

4. CARTÓRIOS E AS TÉCNICAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Uma alternativa tangível para reconfigurar a forma de se promover a justiça no Brasil está em utilizar estruturas e instituições já consolidadas. Com tal desiderato, os serviços notariais e de registro (cartórios) são capazes de albergar novas funções, mormente aquelas que hoje estão vinculadas aos meios alternativos de resolução de conflitos.

O fenômeno da *extrajudicialização*²⁴ está na sua contribuição para reduzir o volume de processos judiciais e melhorar os índices de efetivo acesso à justiça (sob o viés processual e material). Por meio dela o Poder Judiciário atua, em certas demandas, não como único meio de resolução de conflitos, mas como uma possibilidade ao lado de outras alternativas. sem se descurar do *princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional*, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV, CF).²⁵

De tal modo, parece axiomático utilizar-se da estrutura das serventias de notas e de registro para promover resoluções de conflitos por meio da mediação e da conciliação.²⁶ Isso se justifica pelo fato de que fornecer uma nova alternativa de solução de litígios aos interessados fortalece o *acesso à justiça*.

De forma expressa, aliás, a Lei nº 13.140/2015 deferiu aos “cartórios” a possibilidade de realizar conciliação e mediação:

24 Sobre a terminologia “extrajudicialização”, ver: MALLMANN, Jean. Extrajudicialização: o fenômeno da desjudicialização com nome certo. In: *Migalhas Notariais e Registrais*, 22 maio 2023. Disponível em: <https://shre.ink/bqYE>. Acesso em: 31 jan. 2025.

25 A extrajudicialização no Brasil tem expansão de forma semelhante ao que ocorre com o processo civil na seara judicial, notadamente nas legislações processuais anteriores. Ocorre, atualmente, a criação - por lei e até por normas administrativas - de diversos “procedimentos especiais” implementados especialmente nos cartórios brasileiros. Exemplo disso são os procedimentos de registro tardio de nascimento (Lei nº 11.490/2008), de divórcio e de inventário (art. 982 e 1.124-A do CPC/1973, ambos incluídos pela Lei nº 11.441/2007, e art. 610 e 733 do CPC/2015), retificação de imóvel (art. 213 da LRP, incluído pela Lei nº 10.931/2001), usucapião (art. 216-A da LRP, incluído pelo CPC/2015), adjudicação compulsória (art. 216-B da LRP, incluído pela Lei nº 14.382/2022), reconhecimento de implemento ou frustração de condições e elementos negociais (art. 251-A da LRP, incluído pela Lei nº 14.382/2022), execução de alienação fiduciária e de hipoteca (Lei nº 9.514/1997 e Lei nº 14.711/2024), dentre diversos outros procedimentos. O processo civil judicial, no entanto, desde o advento do CPC/2015 segue uma tendência diversa, dando maior amplitude ao procedimento comum, como padrão procedimental, de aplicação ordinária a diversas situações jurídicas, aplicável quando não houver outro procedimento específico ou negócio jurídico que o module. Esse procedimento central é, pois, atualmente estruturado como *standard*, com fases próprias, e pode servir-se de técnicas procedimentais diferenciadas. A tendência, no atual estágio do processo civil (judicial), é substituir os procedimentos especiais (circuitos processuais inteiros) pelas técnicas procedimentais, sem necessidade de criar procedimentos específicos para cada tipo de demanda. No âmbito extrajudicial (notarial e registral), no entanto, o estágio normativo contemporâneo, como se percebe, é bem diferente, com a proliferação de procedimentos especiais extremamente detalhados. Sobre a flexibilização do processo civil e as técnicas processuais, ver: MENDES De OLIVEIRA, Paulo. *Flexibilização processual e segurança jurídica: os limites judiciais na superação e na criação de regras processuais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2017. 322f. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/168602>. Acesso em: 05 jan. 2025.

26 A noção de devido processo legal extrajudicial deve pautar os estudos sobre a desjudicialização (ou, mais precisamente, sobre a extrajudicialização), com vistas a permitir que as suas normas definidores sejam interpretadas e aplicadas à luz das garantias fundamentais do processo. O devido processo legal extrajudicial deve balizar, inclusive, a mediação e a conciliação nos cartórios, sendo composto pelos seguintes elementos mínimos: “a) imparcialidade e independência; b) controle externo; c) publicidade; d) previsibilidade do procedimento; e) contraditório”. HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 379-408, jan./abr. 2021, p. 380. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.56701>. Acesso em: 31 jan. 2025.

Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas *serventias extrajudiciais*, desde que no âmbito de suas competências.

Como abordado anteriormente, no que tange à conciliação e mediação extrajudicial, qualquer pessoa capaz, vinculada ou não a entidade pública ou privada, poderá empregar tais técnicas com plena validade e eficácia jurídica (art. 9º da Lei nº 13.140/2015).

Notários e registradores, por se enquadrarem como profissionais do Direito, aprovados em concurso público de provas e títulos, exercentes de uma função pública em caráter privado, incluem-se, por óbvio, nesse amplíssimo nicho de *pessoas capazes*. Aliás, o singelo requisito da capacidade civil é, por óbvio, pressuposto para o exercício do notariado e da registratura (art. 14, III e art. 39, III, da Lei nº 8.935/1994).

Por isso, a Lei de Mediação, *ipsis literis*, no supracitado art. 42, *supra*, deferiu sua aplicação às *serventias extrajudiciais* (cartórios). A legislação certamente buscou aproveitar a *capilaridade* da instituição notarial e registral (cerca de 13.440 unidades em todos os municípios do território nacional) e sua vocação à *resolução voluntária do direito* e à *pacificação social*.

Não existe, na Lei nº 9.307, de 1996 (Lei de Arbitragem), previsão semelhante àquela existente no art. 42 da Lei de Mediação, que expressamente defere a possibilidade de utilização da conciliação e mediação nas *serventias extrajudiciais*.

Nada obstante, não há qualquer vedação legal para a realização dos serviços arbitrais pelos notários e registradores. Outrossim, por analogia à Lei de Mediação, é possível deferir a função de árbitro aos tabeliães e oficiais de registro. Ademais, não é incomum que o CNJ e os Tribunais Estaduais, ao regulamentarem a atividade notarial e registral, disciplinem a atuação dos notários e registradores em prol do pleno exercício da cidadania e da ampliação do acesso à justiça, conferindo eficácia normativa aos comandos da Constituição Federal (art. 1º, inc. II, art. 5º, LXXVIII *etc.*).

De sua vez, a Lei nº 14.711, de 2023 (Lei do Marco Legal das Garantias), incluiu expressamente na Lei nº 8.935, de 1994 (Estatuto dos Notários e Registradores), que “Aos tabeliães de notas também compete, sem exclusividade, entre outras atividades: [...] II - *atuar como mediador ou conciliador*; III - *atuar como árbitro*”.

Conforme afirmam Carlos Fernando Brasil Chaves e Afonso Celso F. Rezende:

A satisfação daqueles que se utilizam da esfera extrajudicial pode ser mensurada em cada ato praticado, causando, ordinariamente, surpresa às partes com relação ao efetivo alcance da pretensão em tempo recorde e com segurança jurídica. Utilizar-se da atividade notarial nos assuntos em que a lide está afastada é caminho

para viabilizar-se efetivamente o acesso à justiça: um consectário lógico do que se busca exprimir pela chamada Justiça Notarial.²⁷

Dessa forma, é preciso trazer à lume a importância desses *mecanismos extrajudicializadores* já efetivados e levar a cabo a criação de novas possibilidades de resolução extrajudicial de conflitos, notadamente aproveitando a função exercida pelos Oficiais de Registro e Tabeliães, na qualidade de delegatários de serviços públicos essenciais, na forma do art. 236 da Constituição.

Segundo Luiz Guilherme Loureiro, entre as funções do notário e do registrador está a de aproximar as partes mediante o assessoramento e aconselhamento imparcial, buscando, assim, a realização ou a efetivação de um ato ou negócio jurídico que lhes garanta a obtenção do bem da vida desejado de modo seguro, eficaz e com a menor onerosidade possível.²⁸

Com efeito, os tabeliães e oficiais de registro têm competência material para atuar nos atos extrajudiciais, isto é, nos fatos e atos que não envolvam conflitos que devam ser solucionados mediante uma decisão de cunho obrigatório, estabelecida por um terceiro imparcial. Como jurista imparcial, a atuação desses delegatários do Estado irradia segurança jurídica às partes que buscam seus serviços.²⁹

Deste modo, os registradores e os notários são profissionais do direito, dotados de fé pública, autoridades estatais que têm como fim último a pacificação social. Embora sejam atividades diversas, não há como negar que existe afinidade entre as atividades judiciais e extrajudiciais, com ampla possibilidade de conjugação de tarefas, em benefício do serviço público. Para tanto, a realização de conciliação, mediação e arbitragem por notários e registradores, ou por prepostos por eles designados, vai ao encontro da permanente busca pela celeridade e eficiência nos serviços públicos e na resolução de litígios.

Importante destacar que o art. 13 da Lei de Arbitragem prevê que “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”, sendo a Instituição Notarial e Registral a que, dentre as instituições públicas e privadas, goza de maior confiabilidade para a população brasileira, conforme reiterado em pesquisas sociais, o que também ratifica a confiabilidade destes profissionais e da própria instituição para os exercícios das técnicas alternativas de solução de conflitos.³⁰

27 CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

28 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

29 LOUREIRO, 2016, *op. cit.*

30 Levantamento do *Instituto Datafolha* aponta que 76% da população está satisfeita com os serviços recebidos e deseja que outros documentos possam ser feitos diretamente pelos cartórios. Os cartórios brasileiros ocupam a primeira colocação nos quesitos confiança, importância e qualidade dos serviços à frente de outros 14 órgãos públicos e privados. Esta foi a principal conclusão da pesquisa realizada pelo *Instituto Datafolha*, que

5. POR QUE O ATO NORMATIVO DO CNJ NÃO FUNCIONA NA PRÁTICA?

Existem normas legais no mundo jurídico que, embora estabelecidas, não são aplicadas na prática, constituindo-se como um arremedo de ordens ou orientações que, em geral, não se cumprem. Há normas que desafiam os costumes da sua época e dependem de um grande investimento político em promoção e propaganda social para a mudança de cultura da população, a fim de que sejam, efetivamente, aplicadas. Um exemplo disso é a normativa que *implantou a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança em veículos automotores*, descrita no Código de Trânsito Brasileiro (art. 65), a qual passou a vigorar ainda nos anos 1990, mas levou mais de uma década para ser aplicada.

Há que se enfrentar, portanto, a dificuldade adicional da cultura brasileira, não afeita ou até mesmo resistente à solução consensual. Para Hill, somente será possível ultrapassar tal dificuldade constituindo uma nova cultura, ao se lograr, inicialmente, a multiplicação de experiências exitosas de mediação que irão conquistar, paulatinamente, os jurisdicionados, angariando sua confiança para esse novo modelo de solução de conflitos.³¹

Outras normas (legais ou infralegais) já vêm ao mundo natimortas, especialmente por: (i) revelarem-se *desimportantes à regulação da sociedade*; (iii) serem *absolutamente contrárias aos costumes sociais ou meramente ideológicas*; ou, (iii) por outro lado, mesmo sendo extremamente importantes, pecarem pelo *excesso de exigências burocráticas a ponto de se tornarem inexecutáveis e desinteressantes*.

Exemplo clássico dessa terceira situação são os atos normativos do CNJ que dispõem sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil (art. 18 a 57 do CNN-Extra). A norma administrativa buscou regulamentar e pôr em prática a conciliação e a mediação nos cartórios do país, em observância à autorização legal prevista no art. 42 da Lei de Mediação.

A normativa, no entanto, não logrou êxito por “n” motivos, mas principalmente por desconsiderar questões básicas acerca da estrutura e do funcionamento das serventias notariais e registras (letra a, abaixo), bem como por igualmente desconsiderar preceitos elementares aplicados a qualquer atividade econômica (letra b).

entrevistas com usuários do serviço em cinco cidades brasileiras: São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Curitiba e Brasília, no ano de 2022. A margem de erro máxima é de 3 pontos percentuais, para mais ou para menos, considerando um nível de confiança de 95%. Vale frisar, outrossim, que pesquisa realizada em 2009, também pelo Datafolha, já havia apontado os cartórios – ao lado dos correios – como as instituições com maior confiabilidade para a população brasileira. Conforme se percebe, a confiabilidade dos cartórios tem aumentado gradualmente na última década (CNR, 2022). [Confederação Nacional dos Notários e Registradores]. *Imagem dos cartórios III – Datafolha Instituto de Pesquisas*. jun. 2022. Disponível em: <https://shre.ink/8Kds>. Acesso em: 09 abr. 2024).

31 HILL, Flávia Pereira. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 296-323, set-dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.39175>. Acesso em: 31 jan. 2025.

Neste sentido, é factível diagnosticar que a não implementação do ato normativo do CNJ se deu tendo em vista dois principais aspectos. Em primeiro lugar, tratou os serviços notariais e registrais (atividade extrajudicial de caráter público, mas exercida em caráter privado) sob a régua da atividade judicial, a qual possui estrutura e forma de atuar totalmente diferente em razão de sua natureza.

O segundo fato que ensejou a não implementação prática da regulamentação diz respeito ao fato de o CNJ não ter levado em conta que notários e registradores não possuem dotação orçamentária sustentada pelos cofres públicos, exercendo seu *múnus* em caráter privado, cuja base de sustentação financeira decorre do recebimento de emolumentos em contrapartida dos serviços prestados, e não por impostos ou pagamento de custas judiciais.

Mas não somente a isso remetem-se os entraves que fizeram a norma administrativa “não pegar”, isto é, não resultar em maiores efeitos práticos: o provimento do CNJ *impôs* aos notários e registradores uma série de exigências que tornaram desinteressante, sob qualquer aspecto, a prática de conciliação e mediação nos cartórios.

Ora, a conciliação e a mediação realizadas nos cartórios brasileiros deveriam ser uma *via de mão dupla*: enquanto os tabeliães e oficiais de registro ajudariam a desafogar o Poder Judiciário, *atuando em uma função que a própria lei federal lhes outorgou atribuição de forma expressa*, deveriam ser remunerados adequadamente pelos serviços prestados.

Conforme será demonstrado, qualquer tentativa de aplicação da normativa do CNJ, paradoxalmente, conduz a uma via de mão única, que não gera qualquer benefício substancial àqueles incumbidos da organização e prática dos serviços de conciliação e mediação: os notários e os registradores.

A seguir, apresentam-se críticas prospectivas e propositivas acerca da normativa nacional do CNJ. Assim, passa-se a oferecer sugestões de alteração do provimento nacional para viabilizar a aplicação das técnicas de resolução de conflitos nos cartórios brasileiros. Como bem delineado, o intuito deste trabalho será, a partir das próximas linhas, desenvolver, melhorar e, principalmente, propor soluções alternativas a problemas jurídicos, por meio da conciliação e da mediação – bem como da arbitragem – que possam, de fato, tornar-se uma realidade nas serventias extrajudiciais brasileiras.³²

32 A despeito dos sérios entraves para a aplicação prática da conciliação e mediação nos cartórios brasileiros causados pela regulamentação do CNJ, é de se destacar que em 2024 o CNJ autorizou a implantação de um projeto-piloto para realização de conciliação e mediação nas serventias extrajudiciais do Paraná, com alguns avanços em relação à sistemática regulamentada, possibilitando: inclusão das figuras do conciliador e do mediador externos à serventia extrajudicial, realização do módulo prático do curso de formação oferecido pela Escola Nacional de Notários e Registradores (ENNOR), realização de audiência virtual e escrituração e conservação dos atos por meio de arquivos eletrônicos, em substituição ao livro físico. CNJ Conselho Nacional de Justiça. *PP nº 0007514-28.2023.2.00.0000*, dec. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.03.2024. Disponível em: <https://shre.ink/bq4w>. Acesso em: 31 jan. 2025.

6. CRÍTICAS E SUGESTÕES PROPOSITIVAS AO ATO NORMATIVO DO CNJ

6.1 Necessidade de curso oficial de capacitação

A Resolução nº 125, de 2010, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, institui a *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*, com o objetivo principal de fomento à utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos – principalmente a conciliação e a mediação – no Poder Judiciário e sob a fiscalização deste.

De acordo com a referida Resolução do CNJ, aos Tribunais coube o encargo de realizar *curtos de capacitação básica dos terceiros facilitadores (conciliadores e mediadores), tendo por objetivo “tornar o corpo discente apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial”* (Anexo I da Resolução). Esse curso é dividido em 2 etapas, tendo 40 horas de módulo teórico e 160 horas de módulo prático, completando 200 (duzentas) horas-aula.

A título de comparação, a carga horária corresponde a mais da metade de um curso de pós-graduação *lato sensu*, como uma especialização na área do Direito, cuja carga horária mínima estabelecida pelo Ministério da Educação (MEC) é de 360 horas-aula.³³

O CNJ é responsável por regulamentar, a nível nacional, as diretrizes acerca da capacitação e habilitação para o exercício da função de *conciliador e mediador judicial*. Entretanto, vale destacar que *não há mesma competência legal para fazê-lo em relação à conciliação e mediação extrajudicial*.

Para que alguém esteja habilitado a exercer a *conciliação e mediação judicial*, como visto alhures, deverá observar os ditames da Lei de Mediação, que expressa, em seu art. 11,³⁴⁻³⁵ três requisitos objetivos: (i) capacidade civil; (ii) graduação em curso de ensino superior há pelo menos 2 anos; e (iii) formação em curso oficial de capacitação.

33 Conforme define o Ministério da Educação: “Os cursos de pós-graduação lato sensu, em nível de especialização, têm duração mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas”. BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES 1/2007. Estabelece normas para o funcionamento de cursos de pós-graduação lato sensu, em nível de especialização. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 jun. 2007, Seção 1, p. 9. Disponível em: <https://encurtador.com.br/cqrX8>. Acesso em: 20 fev. 2024.

34 Art. 11, *Lei de Mediação*. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos 2 (dois) anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

35 O art. 167 do CPC estabelece que, preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme regulamentado pelo CNJ, os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas que exerçam conciliação e mediação judicial, deverão ser inscritos em um cadastro nacional e em cadastro estadual ou regional, mantido pelos respectivos Tribunais. As câmaras privadas e seus conciliadores e mediadores somente poderão exercer mediação e conciliação judicial se devidamente credenciados. Ademais, os tribunais poderão ainda optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores judiciais, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos.

Para a *conciliação e mediação extrajudicial* (aquela realizada independentemente de abertura de um processo judicial), a lei exigiu do mediador e conciliador tão somente os seguintes requisitos:³⁶ (i) capacidade civil; (ii) confiança das partes; e (iii) expertise prática (a critério das partes e independentemente de curso oficial de capacitação).

Como critério de capacitação da conciliação e da mediação extrajudicial, a legislação não exigiu nenhum curso oficial, mas apenas que a pessoa “seja capacitada” para fazer conciliação e mediação. Se a lei quisesse que o mediador e conciliador fizesse um curso oficial de capacitação teria expressamente determinado esse requisito, ou não faria qualquer diferenciação entre a habilitação para mediador/conciliador extrajudicial (art. 9º) e mediador/conciliador judicial (art. 11).

Outrossim, a escolha do mediador e do conciliador na *conciliação e mediação extrajudicial* possui *natureza contratual*, haja vista que o acordo de vontade das partes é que define o intermediador da sessão e do acerto entre elas, diferentemente do que ocorre na conciliação e mediação judicial, cujo profissional é determinado pelo juízo respectivo, e não pelas partes.

Desse modo, é indubitável que a *análise quanto a ser a pessoa “capacitada” para fazer conciliação e mediação extrajudicial* (art. 9º da Lei de Mediação) *é das partes contratantes*, que devem escolher o mediador/conciliador extrajudicial baseados na confiança quanto à imparcialidade e às condições técnicas para conduzir a resolução do conflito, não lhe sendo exigido certificado, credenciamento ou habilitação em curso específico.

Em suma, para a conciliação e mediação extrajudicial, a lei não exige curso oficial de capacitação, senão a própria capacidade de atuar em consonância à vontade das partes contratantes, as quais têm por desiderato buscar um eventual acordo.

Para Hill, as exigências burocráticas de realização de curso de capacitação, cadastro e subordinação aos CEJUSCs, determinação de número máximo de escreventes habilitados para a mediação e conciliação, dão conta de que a regulamentação do CNJ “parece nos indicar que a mediação conduzida pelas serventias extrajudiciais, de fato, se submete a um regime híbrido, um *tertium genus*”.³⁷

Neste contexto, conforme diagnosticou Fernanda de Freitas Leitão, o Provimento CNJ nº 67/2018, em seu art. 6º (atual art. 22 do CNN-Extra), cometeu um *erro crasso* ao impor aos serviços notariais e de registro as mesmas regras atinentes à mediação judicial.³⁸

36 Art. 9º, Lei de Mediação. Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

37 HILL, Flávia Pereira. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 296-323, set-dez. 2018., p. 305. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.39175>. Acesso em: 31 jan. 2025.

38 LEITÃO, Fernanda de Freitas. *A mediação, os provimentos CNJ 67 e 72 e a recomendação CNJ 28*. 15ª Tabelionato de Notas do Rio de Janeiro/RJ. Cartório 15. 06 ago. 2020. Disponível em: encr.pw/2HVyz. Acesso em: 16 abr. 2023.

Ora, as *serventias extrajudiciais (cartórios)* atuam na *esfera extrajudicial*, promovendo *atos extrajudiciais* (sem qualquer relação direta com processos judiciais, tampouco constituindo incidentes processuais) e, por isso, nada mais natural que exerçam *conciliação e mediação extrajudicial*.

Nada impede que, assim optando, o oficial de registro e o tabelião também se habilitem e habilitem seus prepostos para realizar *conciliação e mediação judicial*, recebendo o encargo de conciliar ou mediar questões levadas à Justiça. Nesse caso, o curso de capacitação será imperativo, semelhantemente ao que ocorre em quaisquer câmaras privadas credenciadas aos tribunais para fazer conciliação e conciliação judicial.

Não obstante, todas as situações em que as partes procuram diretamente o notário e o registrador, no cartório ou por intermédio de sistema eletrônico dos registros públicos, devem ser consideradas *extra* (fora) do Judiciário, isto é, trata-se de *conciliação ou mediação “extrajudicial”*.

Pode-se, enfim, resolver essa questão com o uso de *silogismo*, didática acima proposta. Neste sentido, é necessário resgatar os conceitos de “judicial” e “extrajudicial” no que tange ao tema objeto deste trabalho: *a conciliação/mediação judicial é aquela oriunda de processos judiciais*, enquanto a *conciliação/mediação extrajudicial, de forma residual, constitui todas as demais formas de composição de conflito que estão fora (extra) da Justiça*.

Parte-se para testar as premissas consideradas neste estudo.

Premissa maior: a conciliação e mediação extrajudicial pode ser realizada por pessoa capaz, sem necessidade de curso oficial de capacitação.

Premissa menor: a conciliação e mediação nos cartórios não advém de processos judiciais, sendo conciliação e mediação extrajudicial. *Conclusão:* Logo, não havendo conciliação/mediação judicial, totalmente prescindível a exigência de curso oficial de capacitação.

6.2 Subordinação da conciliação e mediação nos cartórios ao NUPEMEC e ao juiz do CEJUSC

A resposta ao obstáculo à conciliação e mediação nos cartórios, que se verificou no presente capítulo, decorre da mesma lógica aplicada para resolver o capítulo anterior. De qualquer modo, é necessário entender primeiramente a exigência do provimento do CNJ e, em seguida, apresentar as conclusões.

A Resolução 125/2010 do CNJ estabelece a obrigatoriedade de criação, pelos Tribunais de todo o País, de *Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs)*, com o intuito de, dentre outras atribuições, implementar a referida Política Judiciária, bem como criar e manter cadastro de conciliadores e mediadores judiciais.

Ademais, os Tribunais deverão criar os *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)*, unidades do Poder Judiciário vinculadas ao NUPEMEC, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Valendo-se destes dois órgãos públicos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, as normas administrativas do CNJ, ao regulamentarem a conciliação e mediação nos cartórios, estabeleceram que “O processo de autorização dos serviços notariais e de registro para a realização de conciliação e de mediação deverá ser regulamentado pelos NUPEMECs e pelas Corregedorias-Gerais de Justiça (CGJ) dos Estados e do DF” (art. 20 do CNN-Extra).

Previu-se, ainda, que “Os conciliadores e mediadores autorizados a prestar o serviço [nos cartórios] deverão, a cada 2 (dois) anos, contados da autorização, comprovar à CGJ e ao NUPEMEC a que estão vinculados a realização de curso de aperfeiçoamento em conciliação e em mediação” (art. 22, § 3º do CNN-Extra).

No bojo do estudo apresentado, a sessão de conciliação e mediação somente será judicial se estiver vinculada a um processo judicial. Destarte, salvo se o notário e registrador, a partir de convênio, termo de cooperação, credenciamento ou instrumento congênere estiver realizando conciliação e mediação judicial, não há lógica em existir qualquer ingerência por parte do NUPEMEC ou do juízo responsável pelo CEJUSC, haja vista que lhe carece competência legal para regulamentar, autorizar, cadastrar ou realizar qualquer ato ou licença em relação à conciliação e mediação extrajudicial.

Em outras palavras, não há fundamento legal, tampouco sentido prático na subordinação da *conciliação e mediação extrajudicial* exercida nos serviços notariais e registrais aos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

Isso ocorre à medida que os NUPEMECs consistem em órgãos criados com o intuito de, dentre outras atribuições, implementar a *Política “Judiciária” de conciliação e mediação*, bem como criar e manter *cadastro de conciliadores e mediadores “judiciais”*, enquanto os CEJUSCs são unidades do Poder Judiciário vinculadas ao NUPEMEC preferencialmente, responsáveis pela *realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação “judicial”* que estejam a cargo de conciliadores e mediadores “judiciais”, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. Não há vínculo entre esses órgãos do Poder Judiciário com a conciliação e mediação extrajudicial, sendo aplicáveis apenas à sua versão judicial.

Com efeito, sendo a conciliação e mediação realizadas nos cartórios, como regra, em uma *conciliação e mediação “extrajudicial”* (e não judicial), compete apenas ao mediador ou conciliador (ao notário, ao registrador ou ao seu preposto de confiança) a presidência, organização e gestão dos atos mediadores e conciliatórios. Compete, ainda, exclusivamente ao notário e registrador, no âmbito de sua independência fun-

cional (art. 28 da LNR), escolher os prepostos e capacitá-los, sem ingerência de órgãos externos e estranhos à estrutura da Instituição Notarial e Registral.

Por tudo isso, somente seria possível a interferência do NUPMEC e do CEJUSC em relação às *mediações e conciliações “judiciais”* realizadas em cartórios, sendo estes órgãos absolutamente incompetentes em relação aos atos de conciliação e mediação extrajudiciais, os quais tendem a constituir-se como regra geral nas serventias notarias e registras.

A seguir, apresenta-se o seguinte silogismo:

Premissa maior: a conciliação e a mediação nos cartórios são, como regra, do tipo extrajudicial. *Premissa menor:* o NUPMEC e o CEJUSC têm competência privativa para cadastramento e regulamentação da conciliação e mediação judicial. *Conclusão:* Logo, não havendo conciliação/mediação judicial (como regra), não existe competência legal para a gestão e regulamentação do NUPMEC e do CEJUSC em relação à conciliação e mediação extrajudicial nos cartórios.

6.3 Obrigação de realização de sessões não remuneradas para atender às demandas gratuitas do Poder Judiciário, como forma de “contrapartida” (?)

O art. 169, § 2º, do CPC estabeleceu que: “Os tribunais determinarão o *percentual de audiências não remuneradas* que deverão ser suportadas pelas *câmaras privadas de conciliação e mediação*, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento”.

Fundamentando-se no referido dispositivo legal, praticamente mediante uma “*analogia in malam partem*”, o ato normativo do CNJ estabeleceu idêntica exigência de trabalho sem remuneração aos notários e registradores, determinando a realização de, no mínimo, 10% das sessões de conciliação e mediação de forma totalmente gratuita, sem qualquer contrapartida dos usuários do serviço e do poder público. Veja-se o que dispõe o CNN-Extra:

Art. 55. Com base no art. 169, § 2º, do CPC, os serviços notariais e de registro realizarão sessões não remuneradas de conciliação e de mediação para atender demandas de gratuidade, como contrapartida da autorização para prestar o serviço.

Parágrafo único. Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas, que não poderá ser inferior a 10% da média semestral das sessões realizadas pelo serviço extrajudicial nem inferior ao percentual fixado para as câmaras privadas.

Na prática, o CNJ, por ato infralegal, equiparou os “cartórios” às “*câmaras privadas credenciadas aos Tribunais para realizar conciliação e mediação judicial*”.

Ocorre que - como a essa altura resta clarividente - os cartórios não atuam na esfera judicial, sendo a conciliação e mediação por eles realizada, como regra, *extrajudicial*.

Assim, não se está diante de idêntica atuação que possa equiparar os “cartórios” e as “câmaras privadas”.

Ambos se assemelham por fazer conciliação e mediação, entretanto, aqueles (*cartórios*) fazem *conciliação/mediação extrajudicial* (que independe de credenciamento ou autorização do Poder Judiciário), enquanto estas (*câmaras privadas credenciadas aos Tribunais*) realizam *conciliação/mediação judicial* (exigindo uma licença para atuar expedida pelo Poder Judiciário, justificando a exigência de contrapartida).

Outrossim, a possibilidade de realização de conciliação e mediação nos cartórios não parece nenhuma *benesse, donativo, presente, brinde, regalo ou oferta* dado pelo Poder Judiciário à Instituição Notarial e Registral que permita falar em “contrapartida”. Na verdade, o Poder Legislativo (e não o Poder Judiciário), na qualidade de legislador positivo reconhecido pela Constituição Federal, conferiu, por meio de lei em sentido estrito, essa atribuição aos notários e registradores, de modo que a conciliação e mediação é um dos atos inerente à todas as especialidades do notariado e da registratura, independentemente de norma administrativa que a reconheça, pois decorre, repese-se, de lei.

Eis o que diz o art. 42 da Lei de Mediação: “Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos [...] àquelas levadas a efeito *nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências*”.

Outrossim, a norma de isenção de emolumentos prevista no Provimento do CNJ viola o *princípio da legalidade tributária* (art. 150, I, CF) e da *vedação às isenções heterônomas* (art. 151, III, CF). Isso porque o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência pacífica, reconhecendo que os emolumentos têm natureza jurídica de tributo, sendo este de competência estadual, motivo pelo qual as desonerações que não decorram de imunidade constitucional devem ser concedidas por lei estadual.³⁹

Os emolumentos são, pois, *taxas tributárias* (na modalidade *taxas de serviço*) instituídas por lei estadual ou do DF, observando as normas gerais definidas pela União, cuja finalidade ordinária é remunerar os tabeliães e oficiais de registro pelos atos praticados na serventia em favor dos usuários de seus serviços, isto é, pela prestação dos serviços notariais e registrais.⁴⁰

39 Neste sentido: STF, Rp 1.094/SP, rel. Min. Soares Muñoz, Tribunal Pleno, j. 08.08.1984, DJ 04.09.1992; ADI 1.444/PR, rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 12.02.2003, DJ 30.04.2003; ADI 3.694/AP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 20.09.2006, DJ 27.09.2006; ADI 6.555/MA, rel. Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 24.05.2021, DJe 02.06.2021; ADI 5.539/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 21.06.2022, DJe 13.07.2022.

40 “Emolumentos correspondem, na atividade privada, ao preço do serviço. Na economia clássica, é o montante em dinheiro a ser permutado pelo serviço. Na atividade notarial e de registro, contudo, não há falar em *preço*, pois sua determinação não se equilibra entre as variações da oferta e da procura, mas segundo critérios aplicados verticalmente pelo Poder Público e, assim, sem qualquer semelhança com as operações de livre mercado. Os emolumentos devem permitir a quitação da serventia, a satisfação dos encargos tributários e deixar razoável saldo a benefício do titular, pelo exercício da delegação. Fixação que desatenda tal parâmetro será inconstitucional, pois será forma de impedir o cumprimento mesmo de sua função legal.” (CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e registradores comentada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 233-234, grifo do autor).

Sendo assim, a exigência na norma administrativa de que os cartórios realizem sessões “não remuneradas de conciliação e de mediação para atender demandas de gratuidade, como contrapartida da autorização para prestar o serviço”, primeiramente, parece destoar da lógica jurídica, porquanto os cartórios têm essa competência decorrente de lei, não havendo na lei uma exigência de “contrapartida” ao Poder Judiciário obrigando os tabeliães e registradores a trabalharem de graça.

Além disso, a eventual gratuidade de emolumentos depende expressamente de lei, de competência dos Estados ou do DF, sob pena de violação à reserva legal. Veja-se que a norma do CPC que determina a gratuidade é destinada especificamente às Câmaras Privadas e não aos cartórios, não se podendo criar isenção por analogia ou equidade (art. 108, §§ 1º e 2º, do CTN).

Por fim, ainda que se entendesse como obrigatória a realização gratuita de um certo percentual de sessões de conciliação e mediação, *esta gratuidade somente poderá ter por base as sessões de conciliação e mediação judicial*, haja vista que a norma disposta no Código de Processo Civil (art. 167, § 2º) apenas se aplica no âmbito de processos judiciais, não alcançando a conciliação e mediação extrajudicial.

Silogismo 1: Premissa maior: a conciliação e mediação nos cartórios é do tipo extrajudicial. *Premissa menor:* a regra de gratuidade das sessões de conciliação e mediação (art. 167, § 2º, do CPC) se aplica apenas à mediação e à conciliação judicial. *Conclusão:* Logo, não havendo conciliação/mediação judicial, não existe obrigatoriedade de conciliação e mediação gratuita nos cartórios.

Silogismo 2: Premissa maior: os cartórios não se confundem com as câmaras privadas de conciliação e mediação. *Premissa menor:* a regra de gratuidade das sessões de conciliação e mediação (art. 167, § 2º, do CPC) é regra que se aplica exclusivamente às câmaras privadas credenciadas aos Tribunais, exigindo interpretação estrita, vez que restringe o direito de remuneração. *Conclusão:* Logo, aos cartórios não é aplicável a regra de gratuidade.

Silogismo 3: Premissa maior: os emolumentos dos cartórios são taxas tributárias, aplicando-se o princípio da reserva legal, não podendo ser isentos por meio de norma infralegal. *Premissa menor:* o ato normativo do CNJ é uma norma administrativa, de caráter infralegal. *Conclusão:* Logo, sob pena de inconstitucionalidade, a gratuidade prevista no provimento do CNJ não pode ser aplicada aos cartórios.

6.4 Restrição à conciliação e à mediação de acordo com a especialidade de cada serviço notarial e registral

Em continuidade, outra modificação importante no CNN-Extra está na necessária revogação da norma restritiva do parágrafo único do art. 25, o qual preceitua que os notários e registradores “poderão prestar serviços profissionais *relacionados com suas atribuições* às partes envolvidas em sessão de conciliação ou de mediação de sua res-

ponsabilidade”. É imperioso a exclusão de qualquer vedação de conciliação, mediação ou arbitragem por conta de regra que vincule a atividade de resolução de conflitos à especialidade notarial ou registral da delegação.⁴¹

A conciliação e mediação pode ter por objeto qualquer conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º da Lei de Mediação). De sua vez, não se deve perder de vista que tabeliães e registradores, independente da especialidade desempenhada, compõem a mesma categoria profissional, sendo agentes públicos em colaboração com o Estado, mediante outorga de delegação de serviço público, exercido em caráter privado, nos termos do art. 236, *caput*, da Constituição Federal. Ingressam na atividade mediante a aprovação no mesmo concurso público de provas e títulos, não havendo diferença qualitativa entre a atividade de notas e de registros públicos.

Nesse enredo, em razão do elevado número de demandas propostas perante o Judiciário, observa-se que o fenômeno da extrajudicialização de procedimentos desempenhados por notários e registradores, tem se mostrado uma alternativa bastante eficaz para redução na morosidade da resolução de questões de menor complexidade, bem como para o descongestionamento de demandas judiciais.⁴²

Nessa toada, na hipótese de um novo serviço delegado não corresponder à atividade finalística desenvolvida por determinada atribuição, a competência para o seu exercício deve ser assegurada a todas as especialidades, privilegiando-se o maior alcance e efetividade na prestação do serviço.

O próprio CNJ já percebeu, em outros casos, como é contraproducente limitar serviços anexos às serventias extrajudiciais, vinculando às respectivas especialidades. Como exemplo disso, pode-se mencionar o Provimento CNJ nº 119/2021, que trouxe nova redação ao art. 4º, § 1º, do Provimento nº 62/2017, o qual “dispõe sobre a uniformização dos procedimentos para a aposição de apostila de Haia”, ao prever que “o apostilamento poderá ser executado por qualquer notário ou registrador, *independentemente da especialização do serviço ou de circunscrição territorial*”.

Nessa perspectiva, considerando a necessidade premente de ser buscar medidas efetivas capazes de fomentar a prática da conciliação e mediação por notários e regis-

41 As atribuições dos notários e registradores estão previstas na Lei 8.935/94, a lei orgânica da atividade notarial e registral (Lei dos Notários e Registradores - LNR), bem como na Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos - LRP), no que se refere especificamente aos registros públicos e na Lei 9.492/97 (Lei de Protesto de Títulos e outros Documentos de Dívida - LPT), no que tange ao tabelionato de protesto. Segundo a LNR, os titulares dos serviços notariais e registrais são: a) os tabeliães de notas; b) os tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; c) os tabeliães de protesto; d) os oficiais de registro de imóveis; e) os oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; f) os oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas; bem como g) os oficiais de registro de distribuição (art. 5º).

42 EL DEBS, Martha; SILVEIRA, Thiago; EL DEBS, Renata. *Sistema multiportas: a mediação e a conciliação nos cartórios como instrumento de pacificação social e dignidade humana*. In: EL DEBS, Martha (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020.

tradores, bem como a ausência de razão lógico-jurídica para se estabelecer qualquer restrição na competência para a prestação do serviço, haja vista o seu caráter geral e abstrato, é imperioso que seja alterada a norma de regência, no sentido de autorizar que conciliações e mediações possam ser realizadas por tabeliães e por oficiais de registro, independentemente da especialização do serviço ou de circunscrição territorial, em idêntico raciocínio aplicado à regra disciplinadora da Apostila de Haia.

Calha frisar que o texto do art. 42 da Lei de mediação é bastante truncado, cuja redação prevê que “Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como *mediações comunitárias* e *escolares*, e àquelas levadas a efeito nas *serventias extrajudiciais*, desde que no âmbito de suas competências”. Nada obstante, a divisão de competências para as formas de resolução de conflitos faz mais sentido para as mediações comunitárias (para resolver conflitos em determinado local ou região) e escolares (para solucionar problemas internos em determinada escola), não sendo atinente a restringir as atribuições conciliadoras, mediadoras ou arbitrais no âmbito das serventias extrajudiciais.⁴³

Primeiramente, os notários e registradores de quaisquer das especialidades cartorárias são *profissionais do direito*, pois se exige deles o conhecimento teórico-científico jurídico, das normas que permeiam a sua atividade, já que é de seu ofício a aplicação prática das leis e é seu dever o cumprimento dos ditames do ordenamento jurídico. Estes profissionais têm por obrigação examinar a juridicidade, a validade e a eficácia dos atos que lhe são requeridos, que praticam e dos títulos que lhe são apresentados, obstando aqueles que porventura possuam vícios (art. 198, LRP).

Os atos emanados desses delegatários, ademais, são dotados de *força probante*, decorrente da *fé pública* que lhe são inerentes. Com efeito, os atos que praticam presumem-se verdadeiros, legais e legítimos. Em geral, presumem-se válidos e eficazes até prova em contrário (presunção *iuris tantum*).

Inexiste, pois, uma maior ou menor capacidade prática de gestão e operacionalização das técnicas de resolução de conflito que demandem uma divisão destas de acordo com a especialidade. Outrossim, seria extremamente difícil realizar sessões de conciliação, mediação e arbitragem quando houvesse objetos conexos que, em tese, teriam maior pertinência com mais de uma serventia. Imagine-se, *v.g.*, um conflito contratual (tabelionato de notas), que envolvesse questões acerca de propriedade de bens imóveis (registro de imóveis) e móveis (registro de títulos e documentos) e, ainda, créditos materializados em documentos de dívida (tabelionato de protesto), além de ter questões envolvendo relações acerca do estado civil das partes (registro civil das pessoas naturais).

Na prática, é possível imaginar diversos casos em que a regra restritiva do art. 55 do CNN-Extra somente gera maior dificuldade prática em implementar a conciliação e

43 LOMAZINI, Ana Elisa do Valle M.; RODRIGUES, Leonel Cezar. Mediação e conciliação nas serventias extrajudiciais como forma de ampliação do acesso à justiça. *Revista do CEJUR/TJSC*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. e0389, 2022. Disponível em: <https://shre.ink/riam>. Acesso em: 16 abr. 2023.

a mediação nos cartórios, além de criar uma contenda sobre competência que, no mais das vezes, ou inviabilizará o serviço ou acabaria tendo de ser objeto de decisão pelo Poder Judiciário, efeito oposto àquele que a norma pretende alcançar.

Premissa maior: a conciliação e mediação pode ter por objeto o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º da Lei nº 13.140/2015). *Premissa menor 1:* a divisão dos cartórios em especialidades é atinente à suas atividades notariais e registras propriamente ditas. *Premissa menor 2:* o litígio pode versar sobre temas diversos com relação há mais de uma especialidade. *Conclusão:* Logo, a restrição da conciliação e mediação por especialidades dos cartórios é contrária ao objetivo legal e pode tornar impossível a resolução por um único mediador/conciliador em discussões com mais de um objeto.

6.5 Número máximo de conciliadores e mediadores por serventia e exigência de que o preposto seja escrevente

Consoante o multicitado CNN-Extra: “Os serviços notariais e de registro poderão solicitar autorização específica para que o serviço seja prestado, sob supervisão do delegatário, por *no máximo 5 (cinco) escreventes habilitados*” (art. 20, parágrafo único). Não se deve restringir os conciliadores, mediadores e/ou árbitros que atuarão junto aos cartórios seja de forma *quantitativa*, seja *qualitativa*.

Em primeiro lugar, vale destacar que a legislação federal não restringe o direito de gestão dos notários e registradores no que tange à definição de quantos profissionais atuarão nos meios alternativos de resolução de conflitos em cada cartório. De outra banda, não é viável exigir dos notários e registradores que somente possam designar seus próprios empregados, vinculados aos já laboriosos serviços extrajudiciais do dia a dia da serventia, para a realização das funções de conciliador, de mediador e de árbitro.

A *restrição quantitativa*, ao colocar um número máximo de profissionais para a realização das técnicas alternativas, não parece fazer sentido prático, haja vista que, se o cartório tiver sucesso na extrajudicialização de demandas por meio da conciliação, mediação e arbitragem, não há motivo para ficar restrito há apenas 5 conciliadores, mediadores ou árbitros, por exemplo, como atualmente prevê o art. 20, parágrafo único, do CNN-Extra. Se a lei não traz essa restrição, não deve a norma administrativa fazê-lo (*ubi lex non distinguir nec nos distinguere debemus*).

Pelo contrário: a LNR estabelece expressamente que compete ao titular da delegação contratar tantos prepostos quantos forem necessários, tendo autonomia gerencial e financeira da serventia (art. 20, § 1º e art. 21 da LNR). A isso se aplica, por óbvio, alocar discricionariamente os seus prepostos nas funções que se percebem necessárias, inclusive, verificando uma alta demanda de mediações e conciliações, designar o número suficiente, conforme entender pertinente e de acordo com a necessidade de verificar, *podendo delegar essa tarefa a uma, cinco, dez, vinte... pessoas*.

Ora, imagine-se uma situação em que o notário e registrador implementa, com boas-práticas, um efetivo funcionamento das sessões de conciliação e mediação ou das audiências de arbitragem. A depender do tamanho da cidade e da demanda existente, 5 conciliadores/mediadores/árbitro compõe um número ínfimo para atender aos procedimentos com celeridade. Imagine-se, ainda, se o delegatário desejar fazer uma campanha de conciliação de casos de *superendividamento*. Assim, é possível que 5 conciliadores sejam suficientes?

Se a atuação dos conciliadores e mediadores é benéfica à pacificação social e os notários e registradores estão dispostos a implantar as técnicas alternativas de resolução de conflitos, qual é o sentido (lógico e jurídico) em limitar a possibilidade de delegação dessas funções aos profissionais designados e sob supervisão dos tabeliães e oficiais de registro?

Quer parecer que, mais uma vez, essa desnecessária limitação quantitativa de conciliadores e mediadores somente existe pela “confusão” do provimento do CNJ acerca da real natureza da função notarial e registral e da respectiva conciliação e mediação, que é, repise-se, *extrajudicial*, não sofrendo as restrições impostas pela legislação e pelos regulamentos do CNJ e dos tribunais, atinentes, de forma específica, à conciliação e mediação judicial.

Premissa maior: o gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, de modo que este goza de independência no exercício de suas atribuições, sendo que, em cada serviço notarial ou de registro, haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada Notário ou Registrador (art. 20, § 1º, art. 21 e art. 28 da Lei nº 8.935/1994).

Premissa menor: a organização dos serviços de conciliação, mediação e arbitragem pelos cartórios faz parte do gerenciamento administrativo e financeiro dos Notários e Registradores.

Conclusão: Logo, a restrição de contratação de apenas 5 (cinco) “escreventes habilitados” para funcionar como conciliadores, mediadores ou mesmo árbitros nos cartórios é ilegal, por violar o Estatuto dos Notários e Registradores (Lei nº 8.935/1994), e, para além disso, é prejudicial ao serviço, podendo dificultar a implementação de uma atividade de conciliação, mediação e arbitragem célere e efetiva.

6.6 Restrição de terceiros como conciliadores e mediadores: da obrigação de contratação de “escreventes habilitados” do cartório para fazerem conciliação e mediação

O regulamento do CNJ, como visto, também traz grande *restrição qualitativa* para o exercício das funções de conciliador e mediador nos cartórios, exigindo que estes sejam concomitantemente “*escreventes habilitados*” (art. 20, parágrafo único).

Nos cartórios, atuam três tipos de prepostos: *a) os substitutos*: os quais poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios; *b) os escreventes*: os quais poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar, mediante portaria específica; e *c) os auxiliares*: responsáveis apenas por atos materiais sem caráter decisório, como atendimento ao público, cadastro e análise de títulos e documentos, confecção de minutas *etc.* (art. 20 da LNR).

Em sentido amplo, a função de escrevente é designativa tanto do substituto (*escrevente substituto*) como do escrevente propriamente dito (apenas *escrevente* ou também chamado de *escrevente autorizado*). Então, de forma expressa, a normativa do CNJ regulamentou que somente poderiam ser conciliadores e mediadores estes prepostos qualificados, contratados formalmente pelo notário ou pelo registrador, isto é, os *escreventes em sentido amplo* (englobando os *escreventes substitutos* e os *escreventes autorizados*).

Ocorre que essa limitação ao gerenciamento de pessoal das serventias notariais e registrais não parece ser, de modo algum, a melhor opção de política organizacional do órgão de correição nacional. Isso porquanto os *escreventes* dos cartórios já têm funções predeterminadas dentro da estrutura da serventia, inerentes aos serviços já prestados pelos cartórios de notas e de registro público.

Para exemplificar, de forma bastante lúdica, utiliza-se uma especialidade notarial e registral, embora o exemplo valha para qualquer outro tipo de cartório.

Exemplo: no *Registro de Imóveis*, conforme o tamanho da respectiva serventia, haverá maior ou menor especialização ou setorização, podendo haver um setor de atendimento ao público, outro de triagem e distribuição, outro de digitalização, outro de qualificação (que, a depender, pode ser subdividido em setor de registro de escrituras, de contratos bancários, de títulos judiciais, de benfeitorias *etc.*), e assim por diante. Nesses setores, por mais tecnológico e automatizado que seja o cartório, por óbvio, existem pessoas trabalhando, dedicando o seu tempo de serviço para concluir os processos e demais tarefas registrais do cotidiano da serventia.

Em geral, os setores do cartório possuem *escreventes*, que são assim nomeados por deter maior habilidade, qualificação e confiança, bem como, por conseguinte, acabam sendo designados para exercer função de maior autoridade. Por isso, em geral, esses profissionais que mais se destacam nos cartórios (assim como ocorre em qualquer empresa) são designados para liderar uma equipe de colaboradores. E isso não existe apenas em serventias de grande porte. Em pequenos cartórios, obviamente, haverá algum escrevente substituto e/ou escrevente autorizado liderando a equipe toda ou algum setor específico da serventia extrajudicial.

Essa descrição tem por desiderato detalhar, de forma bastante singela, o funcionamento e a estrutura dos serviços praticados nos cartórios, bem como a atribuição designada aos seus escreventes, que atuam, mediante nomeação do delegatário, na *atividade-fim do cartório*.

É ilógico pensar que o notário e/ou o registrador tenha condições de designar para fazer conciliação e mediação seus escreventes - as pessoas mais qualificadas e escolhidas para liderar sua equipe - em detrimento da organização e continuidade da boa-administração dos seus serviços.

Como analogia, vale utilizar a *teoria da empresa*. Ao se deparar com uma sociedade empresarial, tirar os seus líderes da gestão da atividade principal seria o mesmo que os sócios destruírem a *organização dos fatores de produção* da empresa, notadamente no que tange à *mão-de-obra*, gerando, ainda, possivelmente, grave prejuízo ao rendimento intelectual de seus colaboradores, afetando diretamente seu *capital*.

O bem-intencionado provimento do CNJ apresenta aqui um problema central, afinal, é, no mínimo, pouco crível que um gestor de um cartório irá realizar o acinte de retirar os líderes de sua equipe de sua função principal. Não se pode esquecer de que o notariado e a registratura brasileira constituem função pública que funciona como atividade econômica privada, não havendo uma dotação orçamentária pública para *tapar os furos dos serviços que ficam no vermelho*.

A *quimera normativa*, neste ponto, encontra-se no prognóstico de que os notários e registradores destinem sua melhor força de trabalho, aqueles colaboradores que mais confiam e que são imprescindíveis para o sucesso de sua atividade, para realizar sessões de conciliação e mediação, ao invés de estarem à frente das atividades de suas equipes.

Poderia surgir outra questão: *por que, então, não se colocam esses prepostos para fazerem a função de mediador e conciliador fora do horário de trabalho ordinário da serventia, promovendo sessões de conciliação e mediação noturnas, por exemplo?*

Basta pensar mais como empresário do que como servidor público. Não é logicamente crível que os notários e registradores tendam a pagar de seu bolso horas-extras para o colaborador realizar serviços que ainda não se sabe, sequer, se trarão algum lucro. A questão tem implicações no direito trabalhista, mas também de ordem financeira. Desafia a mais prosaica atuação nas atividades econômicas, que devem sempre visar ter um resultado economicamente positivo, sob pena de ir à bancarrota.

A utilização exclusiva de “escreventes habilitados” para realizar conciliação e mediação é, de fato, inexequível, e essa conclusão é um fato notório decorrente do sistema econômico capitalista.

E qual a solução possível de ser encontrada para resolver esse obstáculo? A solução pode não ser tão simples, mas é factível arriscar. Como sói ocorrer nas câmaras privadas, os principais interessados em realizar a conciliação e mediação são profissionais do direito autônomos, que veem na solução consensual de conflitos um nicho de mercado.

A melhor solução é, a par da possibilidade de nomeação de colaboradores com vínculo empregatício, que também possam ser designados pelos notários e registradores *profissionais autônomos* ou *terceirizados*, sem liame trabalhista, mediante prévia contratação com estes.

Diuturnamente, por exemplo, são formados bacharéis em Direito e novos advogados aparecem no mercado de trabalho. Desses, boa parte tem interesse em atuar na advocacia extrajudicial e, notadamente, tem vocação para atuar em sessões de conciliação e mediação. Para suprir a lacuna de conciliadores e mediadores nos cartórios, um dos profissionais mais capacitados e qualificados é, notadamente, o advogado.

Vale frisar, outrossim, que qualquer pessoa capaz pode atuar como mediador e conciliador extrajudicial, de modo que parece que outros profissionais (além daqueles que atuam na área jurídica) também poderiam exercer essas funções mediante a nomeação por confiança do tabelião ou registrador, como contadores, economistas, engenheiros, professores *etc.*

Sob este prisma, importante pontuar que não se pode exigir do notário ou registrador que faça uma contratação celetista do profissional para atuar na função de conciliador/mediador. A atuação terceirizada, para este fito, sem que se estabeleça uma relação contratual-trabalhista, é possível e, ao que parece, facilitaria muito na desburocratização e simplificação do implemento das técnicas de resolução de conflitos nos cartórios.

Veja-se que, acaso houvesse a obrigação de firmar contrato de trabalho, desembocar-se-ia no mesmo problema da utilização de “escriventes habilitados” para realizar conciliação e mediação, com o acréscimo de custos possivelmente mais elevados para o delegatário do que o próprio lucro.

Ademais, como o conciliador/mediador/árbitro *não atuará nas atividades-fim notariais e registrais* e funcionará apenas para a realização das sessões, não se vislumbra qualquer impedimento de ordem legal para que se formalize contrato de prestação de serviços (sem vínculo celetista).

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal possui precedente vinculante, pacificando a tese de que “É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada”.⁴⁴

Ademais, o Congresso Nacional editou, em 2017, duas leis autorizando de forma expressa a terceirização, inclusive para atividades-fim: a *Lei nº 13.429/2017* alterou dispositivos da Lei nº 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário) e dispôs sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros; e a *Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)*, a qual alterou a CLT e tratou sobre alguns pontos de terceirização, prevendo que qualquer pessoa física ou jurídica pode celebrar contrato de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

Por fim, importante frisar que atividades promovidas nas serventias extrajudiciais podem ser designadas a profissionais ou empresas para a prestação de serviços, como

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 324/DF, rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 30.08.2018, *DJe* 31.08.2018, Info 913; e RE 958.252/MG, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 30.08.2018, *DJe* 31.08.2018, Info 913.

ocorre, v.g., com a remessa de intimação no tabelionato de protestos (art. 14, § 1º, da Lei nº 9.492/1997) e na contratação de encarregado pelo tratamento de dados pessoais (art. 41 da LGPD e art. 88 do CNN-Extra). Assim, nada obsta a contratação terceirizada para prestação de serviço de conciliadores, mediadores e árbitros, desde que designados, sob confiança, pelos notários e registradores responsáveis pela respectiva serventia.

A ideia é que o cartório funcione como “câmara” ou “tribunal” extrajudicial de conciliação, mediação e arbitragem, distribuindo dentre os conciliadores, mediadores e árbitros - credenciados em cada serventia e designados para as respectivas funções - os processos protocolados e autuados no cartório, de modo que os notários e registradores fossem remunerados e repassassem parte dos valores dos processos de conciliação, mediação e arbitragem aos respectivos profissionais ou empresas.

Premissa maior: Nenhuma atividade econômica se mantém com pagamento pelos serviços cujo valor seja igual ou inferior ao custo pela sua prestação. *Premissa menor:* os serviços notariais e registrais constituem atividade econômica que não recebe valores dos cofres públicos, mantendo-se por meio de contraprestação pelos serviços pagos diretamente pelos usuários. *Conclusão:* Logo, em sendo o valor da contraprestação muito baixo, não existirá nenhum interesse em realizar o serviço.

6.7 Remuneração correspondente ao menor valor da escritura sem valor econômico

Não há interesse em manter a prestação de qualquer serviço quando a contrapartida é tão reduzida que não cobre sequer os custos, tampouco proporciona lucro àquele que assume os riscos envolvidos na atividade. Essa noção econômica, embora fundamental, muitas vezes precisa ser explicitada.

É extremamente importante pontuar a questão da remuneração pelos serviços de conciliação, mediação e arbitragem. É regra básica de economia, que *nenhuma atividade econômica se mantém com pagamento pelos serviços cujo valor seja igual ou inferior ao custo pela sua prestação*.

Repise-se, ainda, que os serviços notariais e registrais constituem atividade econômica que não recebe valores dos cofres públicos, mantendo-se por meio de contraprestação pelos serviços pagos diretamente pelos usuários. Logo, em havendo um valor de contraprestação muito baixo, não existirá nenhum interesse daqueles que promovem a atividade, de manter ela funcionando.

Com efeito, sem prejuízo da legislação estadual que venha a regulamentar os emolumentos inerentes aos serviços, propõe-se uma gradação de emolumentos de acordo com a atividade exercida, estabelecendo parâmetros diferentes para a conciliação/mediação judicial, para a conciliação/mediação extrajudicial e para a arbitragem.

Em relação à *conciliação/mediação judicial*, necessário propor ao menos uma igualdade de pagamento em relação ao valor pago às Câmaras Privadas pela realização do mesmo serviço ou, não havendo tal regulamentação, o pagamento de valor fixado em convênio ou em legislação própria.

Quanto à *conciliação/mediação extrajudicial* a remuneração em emolumentos deve corresponder ao valor da escritura com valor econômico. Nesse sentido, aliás, preceitua o § 3º do art. 7º-A da LNR, acrescentado pela Lei nº 14.711/2023 (Marco Legal das Garantias), ao estabelecer que “A mediação e a conciliação extrajudicial serão remuneradas na forma estabelecida em convênio, nos termos dos §§ 5º e 7º do art. 7º desta Lei, ou, na falta ou na inaplicabilidade do convênio, *pela tabela de emolumentos estadual aplicável para escrituras públicas com valor econômico*”.⁴⁵

E, por fim, no que tange à *arbitragem*, em idêntica aplicação, bem como por exigir maior expertise e análise para fins de decisão, o valor correspondente ao da escritura com valor econômico também é de ser aplicado, enquanto não houver regulamentação em norma geral federal ou previsão na lei estadual específica.

Premissa maior: Nenhuma atividade econômica se mantém com pagamento pelos serviços cujo valor seja igual ou inferior ao custo pela sua prestação. *Premissa menor:* os serviços notariais e registrais constituem atividade econômica que não recebe valores dos cofres públicos, mantendo-se por meio de contraprestação pelos serviços pagos diretamente pelos usuários. *Conclusão:* Logo, em sendo o valor da contraprestação muito baixo, não existirá nenhum interesse em realizar o serviço.

6.8 Inclusão no ato normativo do CNJ da arbitragem como meio alternativo de composição de conflitos

Como já explicado neste trabalho, a Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) não prevê expressamente a utilização da arbitragem em serventias extrajudiciais, como faz a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação). No entanto, não há lei que proíba notários e registradores de atuarem como árbitros. Com efeito, seja por interpretação direta da própria Lei de Arbitragem, seja por aplicação analógica à Lei de Mediação, essa função pode ser deferida aos delegatários e seus prepostos, visando ampliar o acesso à justiça.

45 O § 5º do art. 7º da LNR estabelece que: “Os tabeliães de notas estão autorizados a prestar outros serviços remunerados, na forma prevista em convênio com órgãos públicos, entidades e empresas interessadas, respeitados os requisitos de forma previstos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”. De sua vez, o § 5º do mesmo dispositivo legal, que estabelecia hipótese de remuneração “por percentual sobre o valor da transação ou por preço, nos termos do convênio ou da legislação específica aplicável”, foi vetado pelo Presidente da República. Nas razões do veto, o Chefe do Executivo entendeu que “a proposição legislativa contraria o interesse público ao permitir a fixação de emolumentos com fundamento em percentual sobre o valor da transação ou por preço, sem qualquer correlação com o custo da atividade efetivamente prestada”. Cf. BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 560, de 30 de outubro de 2023*. Mensagem de veto parcial, por contrariedade do interesse público e inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 4.188, de 2021, convertido na Lei nº 14.711, de 30 de outubro de 2023. Brasília, 2023, p. 5. Disponível em: <https://shre.ink/brHH>. Acesso em: 03 jan. 2024.

A ampliação interpretativa dos serviços notariais e registrais, aliás, não é uma exceção, a exemplo dos atos de *estremação*, do reconhecimento de *filiação socioafetiva*, do *casamento homoafetivo*, do registro da *união estável*, da formação de *cartas de sentença notariais*, da realização de *audiências de superendividamento*, dentre dezenas de outros exemplos.

Notários e registradores, na qualidade de profissionais do direito dotados de fé pública e compromissados com a pacificação social, podem impulsionar a celeridade e eficiência na resolução de conflitos ao realizarem arbitragens. A regulamentação da arbitragem em cartórios pelo CNJ fortalecerá, pois, o acesso dos cidadãos à justiça multiportas.

Outrossim, é preciso considerar que recentemente foi incluído o art. 7º-A na Lei nº 8.935/1994 (Estatuto dos Notários e Registradores), estabelecendo que: “*Aos tabeliães de notas também compete, sem exclusividade, entre outras atividades: [...] III - atuar como árbitro* (Incluído pela Lei nº 14.711, de 2023)”. Conquanto o dispositivo trate apenas dos tabeliães de notas, é incontestável que essa atribuição é prestada “sem exclusividade”, podendo também ser realizada por outros profissionais, inclusive os tabeliães de protesto e os registradores públicos.

Vale repisar, ademais, que a Lei de Arbitragem (art. 13) permite que qualquer pessoa capaz e de confiança das partes seja árbitro. Sendo a instituição notarial e registral uma organização sólida, aparelhada como serviço público exercido em caráter privado e, inclusive, fiscalizada pelo próprio Poder Judiciário, é de se convir a importância da regulamentação da atividade dos notários e registradores, e de seus prepostos, como árbitros de confiança da população.

A utilização desse método alternativo de solução de litígios valendo-se dos cartórios, permitirá, portanto, dar um grande passo em favor do acesso à justiça e a extrajudicialização de demandas por meio de uma arbitragem potencialmente existente em todos os municípios brasileiros, visto à grande capilaridade das unidades cartorárias em nosso País.

Por tudo isso, não há dúvidas de que os cartórios, como braço do Estado em todos os municípios brasileiros, sob a presidência e acurácia jurídica dos notários e registradores, são vocacionados a presidir e/ou gerenciar *câmaras de arbitragem notariais e registrais*.

7. CONCLUSÃO

O Código Nacional de Normas do Foro Extrajudicial, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, na parte que trata “Da Conciliação e Mediação” (art. 19 a 57), com o objetivo de criar um ambiente extremamente organizado, estruturado e sistemático para a conciliação e mediação nos cartórios brasileiros, possui, infelizmente, diversas

incorreções normativas, notadamente por negligenciar a forma como se *organiza*, *estrutura* e se *sistematiza* um cartório extrajudicial.

O provimento, repise-se, repleto de nítidas boas-intenções, tornou inexequível e desinteressante a realização das técnicas alternativas de resolução de conflitos pelos oficiais de registro e tabeliães.

Este artigo científico - de forma respeitosa, mas também arrojada - teve por desiderato apontar as inconsistências da norma administrativa e, considerando que a mera exposição do problema sem a proposição de uma solução seria insuficiente, pormenoriza as medidas que podem ser adotadas para alterar esse *estado de coisas*.

Diante disso, percebe-se que o cenário atual pode ser modificado, desde que, uma vez reconhecidas as qualidades positivas e os aspectos negativos da norma do CNJ, o órgão correcional entenda pela necessidade de alteração desta, a fim de que se adeque à facticidade da natureza dos *serviços*, da *delegação* e das *funções* das serventias notariais e registrais. As propostas desenvolvidas neste artigo são, em suma, as seguintes:

1. A conciliação e mediação promovida nos cartórios não advém, como regra geral, de processos judiciais, sendo, portanto, *conciliação ou mediação extrajudicial*. Assim sendo, para essa espécie de conciliação/mediação:
 - a. não há exigência legal para que haja curso oficial de capacitação;
 - b. não pode estar subordinada ao NUPMEC e ao CEJUSC, responsáveis pela conciliação e mediação judicial;
 - c. não há previsão legal para gratuidade desses serviços extrajudiciais.
2. Não se deve restringir a conciliação e mediação nos cartórios de acordo com a especialidade notarial ou registral, haja vista que as demandas são complexas e isso impossibilitaria e/ou dificultaria sobremaneira a atuação dos notários e registradores na composição de conflitos;
3. Não deve a norma administrativa restringir o número de conciliadores e mediadores nos cartórios, sob pena de lesar a independência funcional do notário e registrador e seu poder-dever de gerenciamento administrativo e financeiro da serventia, além de causar potencial prejuízo à celeridade dos procedimentos de conciliação e mediação.
4. Não se deve limitar o exercício da função de conciliador e mediador aos “escreventes habilitados” do cartório, vez que se trata de um paradoxo exigir que a mesma pessoa que está à frente de posições de liderança da atividade-fim do cartório realize, simultaneamente (*problema de ordem da ciência física*), ou fora do horário de serviço (*problema trabalhista ou econômico-financeiro*), sessões de conciliação e mediação nos cartórios. Ao invés disso, sugere-se que se credenciem, junto a cada cartório, conciliadores e mediadores, como serviço de natureza terceirizada (sem subordinação e sem vínculo trabalhista), mediante supervisão do notário e registrador competente, preferencialmente dentre bacharéis em Direito, inclusive advogados outros profissio-

nais autônomos ou com capacidade técnica para a atividade, para a realização dos respectivos serviços de conciliação e mediação.

5. “O valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados” (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.169/2001), o que deve, por óbvio, ser aplicado aos serviços de conciliação e mediação. Com efeito, sugere-se que, enquanto não haja regulamentação por lei específica, apliquem-se os valores das escrituras com valor econômico.

6. Além da possibilidade de conciliação e mediação, a arbitragem deve ser atribuída promovida pelos cartórios, como forma alternativa de solução de conflitos, notadamente em favor das pessoas cujo interesse seja contratar algum profissional credenciado ao serviço notarial e registral para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, as ponderações acerca da conciliação e mediação realizadas no presente trabalho aplicam-se também à arbitragem. Assim sendo, propõe-se ao CNJ incluir expressamente a regulamentação da arbitragem na norma administrativa.

Diante do quadro exposto, compilado em apêndice deste artigo, as modificações propostas ao provimento do CNJ têm potencial para modificar substancialmente o panorama atual, com a efetiva extrajudicialização da conciliação e da mediação e a universalização da arbitragem, valendo-se da capilaridade dos cartórios brasileiros. Assim, as alterações na norma técnica do CNJ propostas neste trabalho ensejam uma latente promoção das serventias notariais e registrais como instrumentos ainda mais efetivos para a pacificação social, o acesso à justiça, a desburocratização de procedimentos e, inclusive, o desafogamento de demandas perante a Justiça do país.

8. APÊNDICE

PROVIMENTO Nº __, de __ de ____ de ____.⁴⁶

Altera o Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023 - Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), alterando o Capítulo II, do Título I, do Livro I, da Parte Geral, que trata da “Da Conciliação e Mediação”.

O **CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA**, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais e

CONSIDERANDO o poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário dos atos praticados por seus órgãos e pelos serviços extrajudiciais (art. 103-B, § 4º, incs. I, II e III, e art. 236, § 1º, da Constituição Federal de 1988);

46 Para fins de facilitar a identificação das sugestões de alteração no texto original do provimento do CNJ, as informações acrescentadas ou modificadas estarão destacadas em “sublinhado”.

CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços extrajudiciais (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça);

CONSIDERANDO a obrigação dos notários e registradores de cumprir as normas técnicas estabelecidas pelo Poder Judiciário (arts. 37 e 38 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994);

CONSIDERANDO a incumbência do Conselho Nacional de Justiça de consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios (Resolução CNJ n. 125, de 29 de novembro de 2010);

CONSIDERANDO que a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), diferencia a conciliação e mediação judicial da extrajudicial, sendo a primeira decorrente de processos que tramitam perante o Poder Judiciário, por intermédio de mediador ou conciliador escolhido pelo Juiz, enquanto a segunda é inerente a procedimentos não judiciais, sendo o mediador ou conciliador de livre escolha das partes;

CONSIDERANDO que a Lei nº 13.140, de 2015, exige apenas na conciliação e mediação judicial que o mediador tenha curso de capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, de acordo com o disciplinado pelo Conselho Nacional de Justiça; enquanto na conciliação e mediação extrajudicial exige apenas que o mediador seja pessoa capaz e de confiança das partes;

CONSIDERANDO que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), estabelece que qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes pode ser árbitro e que os cartórios de notas e de registros públicos, sob a autoridade de um profissional do direito e fiscalização do Poder Judiciário, constituem instituição que goza de grande confiabilidade perante a sociedade brasileira.

CONSIDERANDO a necessidade aperfeiçoamento das normas técnicas anteriormente expedidas, com a finalidade de promover a extrajudicialização, simplificação e desburocratização de procedimentos, notadamente para viabilizar a realização efetiva e coordenada dos serviços de conciliação, mediação e de outros métodos consensuais de solução de conflitos, a serem prestados pelos serviços notariais e de registro; e

RESOLVE:

Art. 1º. O Capítulo II do Título I do Livro I da Parte Geral Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“CAPÍTULO II DA CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

.....
“Art. 18. Os procedimentos de conciliação, de mediação e de arbitragem nos serviços notariais e de registro serão facultativos e deverão observar os requisitos previstos neste Código, sem prejuízo do disposto no Código de Processo Civil, na Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e na Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).

§ 1º Considera-se conciliação e mediação judicial aquela que decorre de processo judicial, anterior à instrução processual ou designada posteriormente pelo juiz, prescindindo o conciliador ou mediador judicial da prévia aceitação das partes, devendo, cumulativamente:

I - ser pessoa capaz;

II - graduada há pelo menos 2 (dois) anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação; e

III - ter formação no curso de que trata o art. 22 deste Provimento.

§ 2º Considera-se conciliação e mediação extrajudicial aquela que não decorre de processo judicial, devendo o conciliador ou mediador extrajudicial, cumulativamente:

I - ser pessoa capaz; e

II – ter sido escolhido livremente pelas partes.

§ 3º A arbitragem realizada em cartório dependerá de apresentação de cláusula compromissória ou compromisso arbitral e poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 4º Observados os requisitos previstos nos parágrafos anteriores, os notários e registradores poderão exercer as funções de conciliador, mediador ou árbitro, ou, alternativamente, nomearão para o respectivo exercício destas atribuições profissionais de sua confiança capacitados ao exercício da função, inclusive externos à serventia extrajudicial.

§ 5º Os profissionais nomeados poderão ser empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho, ou poderão ser prestadores de serviço terceirizados, mediante ajuste contratual sem vínculo empregatício.

§ 6º Em cada serviço notarial ou de registro serão nomeados tantos conciliadores, mediadores e árbitros quantos forem necessários, a critério do notário ou oficial de registro competente, mediante portaria específica. (NR)

.....

Art. 19. As Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios manterão em seu site listagem pública dos serviços notariais e de registro autorizados para os procedimentos de conciliação, de mediação e de arbitragem, indicando os nomes dos conciliadores, mediadores e árbitros, de livre escolha das partes. (NR)

.....

Art. 20. O processo de autorização dos serviços notariais e de registro para a realização de conciliação e de mediação judicial deverá ser regulamentado pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e pelas Corregedorias Gerais de Justiça (CGJ) dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios.

Parágrafo único (revogado). (NR)

Art. 21. Os procedimentos de conciliação e de mediação judicial serão fiscalizados pela Corregedoria-Geral de Justiça (CGJ) e pelo juiz coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) da jurisdição a que estejam vinculados os serviços notariais e de registro. (NR)

.....

Art. 22. Somente poderão atuar como conciliadores ou mediadores judiciais aqueles que forem formados em curso para o desempenho das funções, observadas as diretrizes curriculares estabelecidas no Anexo I da Resolução CNJ n. 125/2010, com a redação dada pela Emenda n. 2, de 8 de março de 2016. (NR)

§ 1.º O curso de formação mencionado no caput deste artigo será custeado pelos serviços notariais e de registro ou pelas respectivas associações de classe, e será ofertado pela Escola Nacional dos Notários e Registradores (ENNOR), pelas escolas judiciais ou por instituição formadora de conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do art. 11 da Lei n. 13.140/2015, regulamentada pela Resolução Enfam n. 6 de 21 de novembro de 2016. (NR)

.....
Art. 23.

Parágrafo único. O disposto nos artigos 20, 21, 22 e 55 deste Provimento não se aplica à conciliação e à mediação extrajudicial, sem prejuízo da fiscalização ordinária das Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e Distrito Federal e Territórios. (NR)

.....
Art. 25. Aos que atuarem como conciliadores, mediadores e árbitros aplicar-se-ão as regras de impedimento e suspeição, nos termos do disposto nos arts. 148, II, 167, § 5º, 172 e 173 do CPC, arts. 5º a 8º da Lei n. 11.340/2015 e art. 14 da Lei n. 9.307/1996, devendo, quando constatadas essas circunstâncias, ser informadas aos envolvidos, interrompendo-se a sessão ou audiência.

Parágrafo único. Notários e registradores poderão prestar serviços de conciliação, mediação e arbitragem independentemente da especialização ou de circunscrição territorial, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do procedimento. (NR)

Seção IV

Das Sessões e das audiências

Art. 37

.....
§ 4º As sessões e audiências poderão ser realizadas por meio eletrônico, mediante videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, aplicando-se, no que couber, a Resolução CNJ nº 354/2020.

§ 5º. O termo de sessão ou audiência virtual deverá ser assinado digitalmente pelo notário ou registrador, ou pelo preposto que presidir o ato processual, sendo sua assinatura suficiente para garantir a validade e eficácia do respectivo termo.

Art. 43

.....
§ 5º Deverá ser adotado pelos serviços notariais e de registro livro físico ou eletrônico, no qual serão correlacionados os conciliadores e mediadores e os livros quando o serviço utilizar, concomitantemente, mais de um livro de conciliação e de mediação.

§ 6º O livro sob a responsabilidade de cada conciliador e mediador é de seu uso exclusivo, permitida a utilização por outro apenas com autorização prévia do notário e do registrador, lançada e datada no livro de carga. (NR)

.....
Art. 52. Enquanto não editadas, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas relativas aos emolumentos, observadas as diretrizes previstas pela Lei nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000, aplicar-se-á:

I - às conciliações e mediações judiciais a tabela referente ao valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico ou o valor correspondente à remuneração paga pelas partes ou pelo respectivo Tribunal às Câmaras Privadas, conforme legislação estadual, o que for maior.

II – às conciliações e mediações extrajudiciais:

a) a tabela referente ao valor cobrado na lavratura de escritura pública com valor econômico, quando a demanda tiver conteúdo financeiro, não podendo ser inferior ao valor cobrado pelo mesmo ato sem valor econômico; e

b) a tabela referente ao valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico, quando a demanda não tiver conteúdo financeiro.

III – às arbitragens, a tabela referente ao valor cobrado na lavratura de escritura pública com valor econômico, de acordo com o valor da causa constante da petição inicial ou valor estimado pelas partes.

§ 1º Os emolumentos previstos nos incisos I e II do caput deste artigo referem-se a uma sessão ou audiência de até 60 (sessenta) minutos e neles será incluído o valor de uma via do termo de conciliação ou mediação. Os emolumentos previstos no inciso III independem da quantidade de audiências realizadas e incluem o valor de uma via do termo de audiência de arbitragem para cada uma das partes e da respectiva sentença arbitral.

§ 4º Sobre o valor dos emolumentos pelos serviços de mediação, conciliação e arbitragem não incidirão quaisquer acréscimos ou repasses a título de taxas de fiscalização, custas e contribuições, de qualquer natureza, ressalvadas a cobrança de diligências e notificações necessárias ou imposto sobre serviço de qualquer natureza, quando devidos. (NR)

Art. 55. (revogado). (NR)

Art. 57-A. Os notários e registradores poderão firmar convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, diretamente ou por meio de suas associações de classe, com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades ou órgãos sob seu controle direto ou indireto, para fins de realização dos métodos de conciliação, mediação e arbitragem junto à Administração Pública nos termos do art. 32 e seguintes da Lei nº 13.140/2015 e §§ 1º e 2º do art. 1º e § 3º do art. 2º da Lei nº 9.307/1996. (NR)

Art. 57-B. Os serviços notariais e registrais poderão funcionar como câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos por conciliação, mediação e arbitragem no que tange a procedimentos de regularização fundiária urbana (Reurb), nos termos do art. 21 e 34 da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, bem como em relação a procedimentos de regularização fundiária rural.” (NR)

Art. 2º Fica revogado o parágrafo único do artigo 20 e o artigo 55 do Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023.

Art. 3º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro(a) XXXXXXXXX

Corregedor(a) Nacional de Justiça

9. REFERÊNCIAS

- ANOREG. Associação dos Notários e Registradores do Brasil. *Cartórios em números*. 4. ed. 2022. Disponível em: <https://shre.ink/8KQZ>. Acesso em: 15 abr. 2024.
- ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução online de controvérsias: tecnologias e jurisdições*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015, 250 f. Disponível em: <https://shre.ink/ri9u>. Acesso em: 02 jan. 2024.
- BRAGA NETO, Adolfo. *A mediação e a administração pública*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2020. 233 f. Disponível em: <https://shre.ink/ri1R>. Acesso em: 02 jan. 2024.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2002.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e registradores comentada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CNR. Confederação Nacional dos Notários e Registradores. *Imagem dos cartórios III – Data-folha Instituto de Pesquisas*. jun. 2022. Disponível em: <https://shre.ink/8Kds>. Acesso em: 09 abr. 2024.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2020.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalizadores. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 88, p. 165-192, abr./jun. 2024.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *Civil Procedure Review*, Salvador, v. 7, n. 3, p. 59-99, 2016. Disponível em: <https://shre.ink/rimC>. Acesso em: 02 jan. 2024.
- DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o novo CPC e a Lei de Mediação*. JusBrasil. 2016. Disponível em: l1nq.com/vckoQ. Acesso em: 15 abr. 2023.
- EL DEBS, Martha; SILVEIRA, Thiago; EL DEBS, Renata. Sistema multiportas: a mediação e a conciliação nos cartórios como instrumento de pacificação social e dignidade humana. In: EL DEBS, Martha (coord.). *Tabelionato de Notas – Temas aprofundados*. Salvador: Jus-Podivm, 2020.
- FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues. *Mediação e direitos humanos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: LTr, 2014.

- GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, ano 13, n. 91, p. 71-92, 2014.
- HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 379-408, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.56701>. Acesso em: 31 jan. 2025.
- HILL, Flávia Pereira. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 296-323, set-dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.39175>. Acesso em: 31 jan. 2025.
- LEITÃO, Fernanda de Freitas. *A mediação, os provimentos CNJ 67 e 72 e a recomendação CNJ 28*. 15º Tabelionato de Notas do Rio de Janeiro/RJ. Cartório15. 06 ago. 2020. Disponível em: encr.pw/2HVyz. Acesso em: 16 abr. 2024.
- LOMAZINI, Ana Elisa do Valle M.; RODRIGUES, Leonel Cezar. Mediação e conciliação nas serventias extrajudiciais como forma de ampliação do acesso à justiça. *Revista do CEJUR/TJSC*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. e0389, 2022. Disponível em: <https://shre.ink/riam>. Acesso em: 16 abr. 2024.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MALLMANN, Jean. Extrajudicialização: o fenômeno da desjudicialização com nome certo. Migalhas, Migalhas Notariais e Registrais, mai. 2023. Disponível em: <https://shre.ink/bqYE>. Acesso em: 31 jan. 2025.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MENDES DE OLIVEIRA, Paulo. *Flexibilização processual e segurança jurídica: os limites judiciais na superação e na criação de regras processuais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2017. 322 f. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/168602>. Acesso em: 05 jan. 2025.
- MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva: exposição de princípios da prova e dos métodos de investigação científica*. Trad. J. M. Coelho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- NUNES, Juliana Raquel. *A importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise à luz do novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PASSO CABRAL, Antônio do; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 225-238. 2022.
- SANDER, Frank E. A. Dispute resolution: raising the bar and enlarging the canon. *Journal of Legal Education*, v. 54, p. 115-118, 2004.

- SANDER, Frank E. A. Varieties of Dispute Processing. In: LEVIN, A. Leo; WHELLER, Russell R. (org.). *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. Eagan, Minnesota, EUA: West Publishing, 1979.
- SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Rudolph. *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*. 1. ed. Aspen Casebook Series. Alphen aan den Rijn, Países Baixos: Wolter Kluwer, 1992.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico. E-book*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Autotutela executiva: execução extrajudicial positivada*. Rio de Janeiro: Forense, 2024.
- TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação - o positivismo, a fenomenologia e o marxismo*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 27.
- VIEIRA, Mariana. *Conciliação e mediação como forma de compor litígios no novo Código de Processo Civil*. Niterói: Autoria, 2017.

10. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES 1/2007. Estabelece normas para o funcionamento de cursos de pós-graduação *lato sensu*, em nível de especialização. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 jun. 2007, Seção 1, p. 9. Disponível em: <https://encurtador.com.br/cqrX8>. Acesso em: 20 fev. 2024.
- BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra)*. Provimento nº 149, de 24 de agosto de 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 7 fev. 2025.
- BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *PP nº 0007514-28.2023.2.00.0000*, dec. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.03.2024. Disponível em: <https://shre.ink/bq4w>. Acesso em: 31 jan. 2025.
- BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 67, de 26 de março de 2018*. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil (revogado). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2532>. Acesso em: 03 jan. 2024.
- BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 6 fev. 2025.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l13105.htm. Acesso em: 6 fev. 2025.

- BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 6 fev. 2025.
- BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jul. 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 nov. 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 6 fev. 2025.
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 6 fev. 2025.
- BRASIL. *Mensagem nº 560, de 30 de outubro de 2023*. Mensagem de veto parcial, por contrariedade do interesse público e inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 4.188, de 2021, convertido na Lei nº 14.711, de 30 de outubro de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-560-23.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.
- BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.444/PR*, rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 12.02.2003, *DJ* 30.04.2003. Disponível em:
- BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.694/AP*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 20.09.2006, *DJ* 27.09.2006.
- BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.539/GO*, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 21 jun. 2022, publicado no DJe em 13 jul. 2022.
- BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.555/MA*, rel. Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 24.05.2021, *DJe* 02.06.2021.
- BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 324/DF*, rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 30.08.2018, *DJe* 31.08.2018, Info 913.
- BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *RE 958.252/MG*, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 30.08.2018, *DJe* 31.08.2018, Info 913.
- BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *Rp 1.094/SP*, rel. Min. Soares Muñoz, Tribunal Pleno, j. 08.08.1984, *DJ* 04.09.1992.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

A POSSIBILIDADE DE INTERRUPÇÃO JUDICIAL DA PRESCRIÇÃO PELO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE, COM ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.

The possibility of judicial interruption of the prescription
by filing the previous anticipatory protection
action, with stabilization of the injunction.

Levi Teotônio de Souza

Postgraduate student of the Specialization Course in Legal Language (UFMG/2024). Law Student at the Federal University of Juiz de Fora (UFJF/2019). CNPq scholarship holder in the Scientific Initiation project «Interinstitutional Dialogues in the Context of the COVID-19 Pandemic: Comparative study in different realities: Brazil, United States, Germany and Portugal» (2022-current). Member of the Advanced Study Group Culture of crime and urban environment: from social criminology to criminological criticism (IBCCRIM/2024). Email: levi.teotonio02@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8924670945379645>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9210-7563>.

Resumo: Neste trabalho, trataremos da tutela jurisdicional de urgência, concedida em caráter antecedente e satisfativo. O foco estará na tutela antecipada requerida em caráter antecedente e nos seus eventuais efeitos sobre a interrupção judicial da prescrição nos casos de estabiliza-

ção. Para isso, levaremos em consideração a regra da interrupção judicial da prescrição prevista no art. 202, I, do CC, bem como o fato de a ação de tutela antecipada antecedente, geradora da estabilização da medida liminar, não julgar o mérito da demanda. No desenvolvimento, partimos da apresentação da tutela provisória, como gênero, e das suas espécies, detalhando a tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Em seguida, trazemos os requisitos e os efeitos da estabilização da medida liminar concedida na tutela provisória em apreço. Passamos ainda pela interrupção judicial da prescrição pelo ajuizamento de ação, abordando os requisitos para a incidência da causa interruptiva e o momento de retroação a partir da citação do demandado. No percurso, traremos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a nossa visão quanto ao tema, com base em argumentos jurídico-doutrinários¹ e legais. Finalmente, trataremos da tutela antecipada antecedente com estabilização liminar e dos seus efeitos na prescrição judicial, abordando as hipóteses e requisitos da estabilização, bem como avaliando os casos de pedidos cumulativos com estabilização parcial, além das hipóteses de aditamento e emenda do requerimento antecedente.

Palavras-chave: Tutela de urgência. Interrupção judicial da prescrição. Estabilização liminar. Tutela antecipada antecedente.

Abstract: In this work, we will deal with urgent judicial protection, granted on an antecedent and satisfactory basis. The focus will be on the anticipatory protection required in advance of the lawsuit and its possible effects on the judicial interruption of the prescription in cases of stabilization. To do this, we will take into account the rule of judicial interruption of prescription provided for in art. 202, I, of the Brazilian Civil Code, as well as the fact that the previous anticipatory relief action, which generated the stabilization of the injunction, did not judge the merit of the demand. In development, we start from the presentation of provisional guardianship, as a genus, and its species, detailing the provisional guardianship granted in advance of the lawsuit. Next, we bring the requirements and effects of stabilization of the injunction granted in the provisional guardianship in question. We also go through the judicial interruption of the prescription by filing an action, addressing the requirements for the incidence of the interruptive cause and the moment of retroaction from the summons of the defendant. Along the way, we will bring the understanding of the Superior Court of Justice (STJ) and our vision on the topic, based on judicial-doctrinal² and legal arguments. Finally, we will deal with antecedent advance relief with preliminary stabilization and its effects on judicial prescription, addressing the hypotheses and requirements of stabilization, as well as evaluating cases of cumulative re-

1 ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*, 6ª edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, 8.ª ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*, colaboradores: Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. 19ª edição são os principais referenciais doutrinários utilizados.

2 ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*, 6ª edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, 8.ª ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022 and THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*, colaboradores: Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. 19ª edição the main doctrinal references used.

quests with partial stabilization, beyond to the hypotheses of addition and amendment of the antecedent request.

Keywords: Emergency guardianship. Judicial interruption of prescription. Preliminary stabilization. Anticipated advance guardianship.

1. A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

A legislação processual civil consagra a possibilidade de que sejam prestados provimentos jurisdicionais de natureza cautelar ou satisfativa, com o fim de, respectivamente, preservar a possibilidade de um resultado útil do processo e evitar que o tempo demandado pela completa marcha processual enseje a injustiça na prestação da tutela jurisdicional. Conforme Marcelo Abelha³, tais técnicas permitem não só a preservação da atividade processual, como também do próprio direito nela contido, sendo funcional em relação ao deslinde final da lide, visando a sua utilidade. O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 dispõe, a partir do seu art. 294, que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

A tutela de urgência, em especial, visa assegurar situações nas quais há uma urgência na prestação do provimento jurisdicional, a fim de que o direito envolvido na lide processual se encontre em condições de realização ao final da resolução da demanda. Ressalta-se que esta tutela pode ser de natureza cautelar ou satisfativa. Na primeira, o objetivo é a preservação do instrumento processual como meio de imposição do direito, já na segunda, há uma antecipação dos efeitos próprios da tutela final, representada pelo bem da vida disputado, ao jurisdicionado tutelado. Esta modalidade tutelar possui como requisitos a exigência de que sejam evidenciados: probabilidade ou fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo na demora (*periculum in mora*) ou de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme preceitua o art. 300 do CPC/15. Além disso, cabe o seu requerimento incidentalmente, durante o trâmite processual (art. 295 c/c art. 294, parágrafo único, ambos do CPC/15), ou em caráter antecedente (art. 299 c/c art. 294, parágrafo único, ambos do CPC/15), como sendo duas espécies da tutela de urgência de natureza antecipada ou cautelar, conforme o seu momento de requerimento.

Pontua-se que, a tutela antecedente é a tutela provisória fundamentada em urgência e requerida para dar início ao processo, sem que seja deduzido neste ato o requerimento com todas as especificidades da “tutela final” ou do “pedido principal”. Neste sentido, os arts. 303 e 304, ao cuidar da tutela antecipada, e os arts. 305 a 310, referentes à tutela cautelar, tratam especificamente desta modalidade temporal. Di-

3 ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

versamente, será incidental a tutela provisória requerida concomitantemente ou após a formulação do pedido de “tutela final”, isto é, do “pedido principal”, ou seja, em conjunto ou no curso do processo principal relativo à demanda⁴.

É válido ressaltar que, o juízo competente para conhecer da tutela provisória será sempre aquele a quem cabe exercer a jurisdição referente ao pedido principal, isto é, ao juiz da causa, com as ressalvas do parágrafo único do art. 299 do CPC/15. Além disso, é exigido que todas as decisões judiciais relativas à tutela provisória sejam devidamente fundamentadas (art. 298 do CPC/15 c/c art. 93, inciso IX, da CF/88). Nesse cenário, tais atos decisórios desafiam recurso imediato de Agravo de Instrumento, conforme dispõe o rol do art. 1.015, especificamente no inciso I, quando contidos em decisão interlocutória; trate o caso de tutela de urgência ou da evidência, antecedente ou incidente, cautelar ou antecipada, indistintamente.

Cabe ainda dar nota ao fato de que, as tutelas de urgência prestadas mediante antecipação do provimento jurisdicional são marcadas pela fungibilidade e pela temporariedade. Segundo Abelha⁵, por representarem um recorte na atividade cognitiva do magistrado, tais provimentos submetem-se ao regime jurídico comum da modificabilidade e da revogabilidade, aí estando o seu caráter provisório. Não obstante, bem pontua Bueno⁶ que a duração da tutela provisória antecipada conserva sua eficácia, produzindo os seus regulares efeitos no desenvolver do processo e, salvo disposição decisória contrária, mesmo diante da suspensão da marcha para resolução da lide (art. 296 c/c art. 314). Assim, a despeito de poder estabilizar-se (art. 304), a provisoriedade da tutela enseja a sua revogabilidade e modificação a qualquer tempo, desde que observadas as disposições referentes ao contraditório judicial (arts. 9º e 10), não fazendo coisa julgada material, eivada de inalterabilidade (art. 304, §6º). Por esta mesma razão, é expressamente vedada a concessão de tutela de urgência, de natureza antecipada, quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (§ 3º do art. 300), sendo, por isso, a irreversibilidade um pressuposto negativo⁷. Neste mesmo sentido é que o art. 302 estabelece que a parte responderá pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, independentemente da reparação por dano processual, nas hipóteses de seus incisos. Cabe destacar aqui o inciso II do artigo supracitado, que impõe o dever de reparar nos casos em que: “obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, [o requerente] não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias”.

O ordenamento assegura ainda que, a tutela provisória de urgência pode ser concedida liminarmente, ou seja, no início do processo e *inaudita altera pars*, ou após jus-

4 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, 8.ª ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022.

5 ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

6 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, 8.ª ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022.

7 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, 8.ª ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022.

tificação prévia (art. 300, § 2º). Isto é, o magistrado pode conceder a tutela provisória tão logo esta chegue ao seu conhecimento, apreciando-a e deferindo o requerimento sem a prévia oitiva da parte contrária ou, entendendo ser necessária a coleta de mais elementos probatórios para o seu convencimento, designar audiência de justificação, da qual participa o réu, mas sem contestar, postergando o contraditório e apreciando o pleito na sequência. Neste sentido, destaca-se que, é possível sustentar que, o estabelecimento de contraditório prévio à apreciação expressa da medida por parte do juiz da causa, com a determinação da citação do réu para contestar, faz decair o caráter liminar do pleito e equivale ao indeferimento da tutela requerida, gerando objeto agravável⁸.

2. OS EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR

A tutela antecipada de caráter antecedente está especialmente disciplinada nos arts. 303 e 304 do CPC/15. Trata-se de procedimento no qual, diante de uma latente necessidade, em virtude de urgência, o legislador permite que o jurisdicionado ingresse em juízo limitando-se a trazer na petição inicial apenas o requerimento da tutela antecipada, indicando o pedido de tutela final - correlato ao pedido principal -, e expondo a pretensão resistida geradora da lide. Além disso, a inicial de tal procedimento deve expressar o direito que o ingressante pretende realizar, com o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo nas circunstâncias em análise e indicar o valor da causa levando em consideração o pedido de tutela final, como dispõe o art. 303, § 4º.

Ao valer-se desta técnica jurisdicional, o legislador permite ainda que o cidadão que ingressa em juízo possa amparar-se no benefício denominado estabilização da tutela antecipada antecedente (art. 303, § 5º). Nessa linha, Abelha¹⁰ dispõe que, apesar de não caber falar da eficácia negativa da coisa julgada em tutelas provisórias, para garantir alguma segurança jurídica às tutelas prestadas pelo adiantamento da cognição judicial, ou seja, sumariamente em juízo de probabilidade do direito, há o efeito da estabilidade, advindo do instituto da preclusão. Nesta incidência, a tutela concedida em decisão de cognição sumária permanece produzindo os seus efeitos ao longo do tempo, desde que mantidas as circunstâncias justificadoras da sua concessão, com uma provisória estabilidade do que foi decidido até eventual tutela final. Portanto, com a estabilização, o provimento urgente mantém os seus efeitos *rebus sic stantibus*, isto é, enquanto se mantiveram as circunstâncias que lhe deram justificativa.

Neste sentido, o art. 303, § 4º prevê a possibilidade de o autor se contentar apenas com os efeitos da estabilização, dispensando-o de aditar a petição inicial após a concessão da tutela antecipada antecedente, conforme naturalmente prevê o art. 303,

8 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, 8.ª ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022.

9 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, 8.ª ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022.

10 ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

§1º, inciso I. Assim, em sua tramitação, é possível que: 1) diante do indeferimento da liminar requerida (art. 303, § 6º), o juiz intime o autor para emendar a inicial deduzindo o seu pedido completo, completando a causa de pedir, o pedido e as provas a serem requeridas no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de extinção; 2) que o magistrado defira a liminar requerida (art. 303, §§ 1º, 2º e 3º), intimando o autor em seguida para ciência e eventualmente aditar a inicial no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de extinção. Neste percurso, deferida a liminar em tutela antecipada antecedente, o réu é citado para audiência de conciliação e intimado da decisão de deferimento, sendo que: 3) caso concordar com a liminar deferida ou quedar-se inerte, ocorrerá o fenômeno da estabilização (art. 304, *caput* c/c §1º), sendo extinto o processo sem resolução de mérito, o que evita todo o trâmite processual desnecessário e permite que a tutela concedida, ainda que provisória, continue a surtir os seus efeitos no tempo, sem que haja a perda do objeto da ação. De outro modo, caso o réu recorra ou conteste a liminar concedida, não incidirá os efeitos da estabilização. Ressalta-se que a efetivação é feita pelo juiz, valendo-se das medidas necessárias para tanto (art. 297 c/c art. 77, IV e §§ 1º a 5º).

A sentença que extingue o processo no qual foi requerida a tutela antecipada antecedente e concretiza a estabilização é apta apenas a fazer coisa julgada formal e não material. Desta forma, a tutela antecipada de caráter antecedente deferida e acobertada pelos efeitos da estabilização não descaracteriza a sua faceta de provisoriedade, continuando a ser uma liminar sujeita à modificação e revogação nos termos do art. 296 c/c art. 304, § 6º. Não obstante, novamente em prol da segurança jurídica, para revogar ou modificar a tutela antecipada antecedente estabilizada, o legitimado ou interessado deverá se valer de: 1) ação de impugnação, que pode ser ingressada no prazo de 2 anos a contar da ciência da sentença de extinção do processo no qual foi deduzida a tutela antecipada antecedente, uma vez que a estabilização dura enquanto não revista (art. 304, §§ 2º, 3º e 5º) ou de 2) ação meritória, onde o pedido definitivo indicado na tutela estabilizada é atingido, sendo esta apta a fazer coisa julgada material e atingir o pedido principal, uma vez que, apesar de o réu ter desistido de ato processual para a ocorrência da estabilização, ele não renunciou o seu direito (art. 304, § 6º).

Para Abelha¹¹, a despeito de não ser capaz de fazer coisa julgada material, a tutela antecipada antecedente estabilizada, que não sofrer eventuais impugnações no prazo de dois anos fixado pelo art. 304, § 5º - “o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º” -, numa leitura *contrario sensu*, tornar-se-ia imutável, em razão da segurança jurídica, com efeitos idênticos ao da coisa julgada material. Segundo o autor, a tutela antecipada estabilizada deixa de ser um título executivo judicial instável e torna-se estável, ou seja, deixa de submeter-se às diretrizes do cumprimento provisório de sentença e passa a ser gerida

11 ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

pelas normas do cumprimento definitivo, ainda que não faça coisa julgada material. Ainda aqui, insiste o autor que, transcorridos os dois anos que admitem impugnação da tutela estabilizada por ação própria, há uma situação de imutabilidade jurídica, ainda que não haja coisa julgada material, tal como ocorre nos casos de perempção. Não obstante, tal posicionamento não é pacífico, tendo em vista a provisoriedade e sumariedade do provimento judicial em questão.

3. A INTERRUPÇÃO JUDICIAL DA PRESCRIÇÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO

Notadamente, percebe-se pela construção feita acima que a natureza jurídica da tutela antecipatória é a de um provimento judicial com eficácia imediata¹². Essa prestação jurisdicional é técnica que permite não somente uma satisfação antecipada do mérito da demanda principal, indicado em caráter antecedente no pedido principal, mas também a sua efetivação pelas vias necessárias por parte da autoridade judicial. Isso porque a razão ontológica da tutela antecipada antecedente é permitir que, diante da urgência (contemporânea) requerida pelas circunstâncias em torno do direito em disputa, se realize no mundo dos fatos os efeitos que só se observariam com a concessão da tutela final, dando eficácia, desde logo, ao provimento judicial provisório.

O Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/02) dispõe em seu art. 202 a respeito das causas que interrompem a prescrição¹³. Diferentemente da suspensão, que apenas pausa o prazo prescricional, permitindo-o continuar a sua corrida do local onde parou com o fim da causa suspensiva, a interrupção faz com que seja reiniciada a contagem do prazo prescricional, desconsiderando o período já decorrido antes da incidência da causa interruptiva¹⁴. Dentre os atos que interrompem a prescrição, o que só pode ocorrer uma única vez, o art. 202, do CC/02, dispõe logo no inciso I que tal ocorre: “por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual”. Assim, em sentido amplo, o ajuizamento e a citação promovida no prazo nos autos de processo judicial é causa judicial apta a interromper a prescrição¹⁵.

Ainda para fins de definição, vale citar que, as causas impeditivas da prescrição são as circunstâncias que impedem que o seu curso inicie (arts. 197, incisos I a III, c/c 198, inciso I, ambos do CC/02). Já as causas suspensivas, disciplinadas no art. 198, incisos II e III, c/c art. 199, inciso III, ambos do CC/02, são as que, de modo temporário, paralisam

12 ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

13 FERREIRA, Rafael Medeiros Antunes. CAUSAS DE IMPEDIMENTO, SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. *Semana Acadêmica: Revista Científica*, 2015. 13 p. ISSN 2236-6717.

14 SANTOS, Achibaldo Nunes dos. GOMES, Luiz Manoel. CHUEIRI, Miriam Fecchio. A ação rescisória como causa interruptiva da prescrição. *Research, Society and Development*, [S. l.], v. 11, n. 8, p. e27111831204, 2022.

15 DINIZ et al. *Novo Código Civil comentado (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*.

o curso do prazo prescricional, sendo que, superado o fato suspensivo, a prescrição continua a correr computando o tempo decorrido antes dele. Nas causas impeditivas (art. 199, incisos I e II, c/c art. 200 do CC/02), notadamente a condição suspensiva e o não-vencimento do prazo, não corre a prescrição enquanto pendente a condição suspensiva. Nesse feito, enquanto não realizada tal condição, o titular não adquire o direito, logo não tem ação. Portanto, enquanto não nascer a ação, não é possível falar em prescrição. Da mesma forma, impede-se a prescrição não estando vencido o prazo, pois, via de regra, o titular da relação jurídica submetida a termo não vencido não consegue se valer de vias acionárias para efetivar seu direito¹⁶.

Neste sentido, o CC/02 dispõe como sendo causas que interrompem a prescrição:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Considerando interessar-nos apenas a hipótese disposta no inciso I, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) faz uma conjugação da disposição em questão com a previsão do art. 240, *caput* e § 1º, do CPC/15 para processo de conhecimento e com o art. 802, do mesmo diploma legal, para os casos de execução. Aqui, vale ressaltar que o art. 240, § 1º, c/c art. 802, parágrafo único, do CPC/15 prevê a retroação da causa interruptiva da prescrição ao momento da propositura da ação¹⁷.

16 DINIZ *et al.* *Novo Código Civil comentado (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*.

17 LISBOA, J. M. de M. V.; GERALDI, G. P. de B. A necessidade da citação para garantia do devido processo legal nas execuções fiscais: inconstitucionalidade do art. 174, I do Código Tributário Nacional e do Recurso Especial nº 1.120.295/SP. *Juris Poiesis*, [S. l.], v. 23, n. 33, p. 243–268, 2020.

Assim, a interrupção da prescrição se dá com o despacho do juiz que ordena a citação, desde que o demandante a promova no prazo e na forma da lei processual e, sendo válida a citação, retroage à data da propositura da ação. Portanto, não ocorrendo a citação válida em tempo hábil, na forma prevista no art. 202, inciso I, CC/02 c/c art. 240 §§ 2º e 3º do CPC/15, o prazo prescricional continuará a correr, sem que incida a causa judicial interruptiva em questão. De todo modo, vale destacar que os mecanismos do Poder Judiciário não podem ter contribuído para que a parte autora não conseguisse promover a citação no tempo e forma legal, para que, decorrido o prazo, seja correto o pronunciamento da prescrição¹⁸. Este, inclusive, é o entendimento firmado na Súmula 106 do STJ: “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”

Inclusive, é didática a citação do entendimento exarado por Câmara neste ponto:

[...] o efeito substancial do despacho que ordena a citação é aperfeiçoar a interrupção da prescrição (art. 240, §§ 1º a 4º). Proposta a demanda, e estando em termos a petição inicial (não sendo, pois, hipótese de seu indeferimento) nem sendo o caso de julgamento liminar de improcedência do pedido, deverá o juiz proferir um despacho ordenando a citação (conhecido como ‘despacho liminar positivo’). Proferido este despacho, incumbe ao demandante adotar, no prazo de dez dias, todas as providências necessárias para viabilizar a citação (como recolher custas ou fornecer o endereço em que a citação deverá ocorrer). Tomadas tempestivamente essas providências, será o demandado citado e a interrupção da prescrição, aperfeiçoada com a citação, retroagirá seus efeitos até a data da propositura da demanda. Caso o prazo de dez dias não seja observado, ter-se-á por interrompida a prescrição na data da citação, não se operando a retroação (art. 240, § 2º), salvo se isto tiver ocorrido por demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário (como se daria, por exemplo, se durante o prazo de dez dias os autos não estivessem disponíveis ao autor por conta de falha no serviço judiciário).¹⁹

Além disso, o parágrafo único do art. 202 do CC/02, ao dispor que a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper, é útil para assegurar os credores, que poderão se encontrar totalmente desarmados diante dos atos protelatórios eventualmente usados pelos seus devedores no curso da ação ingressada. Da mesma forma, há de se assegurar o seu direito diante da morosidade da Justiça e dos atos protelatórios do réu, contra os quais não possui ferramentas próprias. Assim, no curso da demanda, não estando o processo paralisado por negligência da parte autora, o prazo só reiniciará do último ato processual para a interromper²⁰.

18 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). *Interrupção da prescrição pelo despacho que ordena a citação*, Código de Processo Civil na Visão do TJDFT.

19 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 137

20 DINIZ et al. *Novo Código Civil comentado (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*.

Em julgados recentes²¹, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido que, a despeito de a lei prever que os efeitos de interrupção da prescrição retroagirão à data da propositura da ação (art. 240, § 1º, c/c art. 802, parágrafo único, do CPC/15), estes são produzidos exclusivamente pelo ato judicial que determina a citação. Dessa forma, a Corte tem decidido no sentido de que a causa judicial que interrompe a prescrição por força do art. 202, inciso I, do CC/02 retroagirá à data em que a petição inicial reunir condições de desenvolvimento válido e regular do processo. Isso implica numa alteração do prazo específico de interrupção da prescrição, uma vez que do ingresso em juízo propriamente dito, até que a inicial esteja regularmente apresentada, vai um lapso temporal que pode passar por percalços, como emenda ou aditamento da petição inicial, com remessa à conclusão e, somente aí, o juiz, ao examinar e se dar por satisfeito, determinará então a citação da parte contrária. A justificativa é que permitir que o mero ingresso em juízo, com petição que não cumpre as formalidades legais, seja o marco para a retroação da causa interruptiva da prescrição, seria o equivalente a dispensar os requisitos legalmente exigidos para a validade da petição inicial. Alguns autores entendem ser razoável tal entendimento do STJ, uma vez que rege juridicamente a máxima de que *dormientibus non succurrit jus*, isto é, o direito não socorre os que dormem²².

Quanto aos legitimados para atuar em prol da interrupção judicial da prescrição, prevê o art. 203 *caput* do CC/02 que a prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado. Tratando-se de interrupção judicial, nos moldes aqui estudados, com base no art. 202, inciso I, do CC/02, além do interesse materialmente aferido, do ponto de vista processual, a prestação da tutela jurisdicional efetiva também deve considerar a presença da legitimidade, do interesse de agir (art. 17 *caput* e seguintes do CPC/15) e a possibilidade jurídica do pedido, enquanto “requisitos de admissibilidade do provimento de mérito”²³.

4. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE COM ESTABILIZAÇÃO LIMINAR E OS EFEITOS NA PRESCRIÇÃO JUDICIAL

Se considerarmos as características imanentes e os efeitos do requerimento de uma tutela antecipada de caráter antecedente, percebe-se que esta preenche quase que todos os requisitos de uma petição inicial de ação comum. Isto é, o requerimento de uma tutela antecipada antecedente, apesar de ser referida por Câmara (2018) como sendo uma inicial incompleta, exige que o ingressante em juízo deduza o seu pedido ao juiz competente para conhecer da lide principal (art. 299), qualificando as mesmas

21 STJ, AGInt no AREsp 2.235.620/PR, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 09/05/2023, v.u

22 CASTRO *et al.* Interrupção da prescrição pela decisão que determina a citação. Coluna CPC na prática.

23 CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “Condição da Ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, vol. 197/2011, p. 261 - 269, jul/2011.

partes da demanda definitiva a ser eventualmente complementada, demonstrando na causa de pedir a probabilidade do direito pleiteado e o risco de dano contemporâneo de muita urgência, elencando como pedido o requerimento liminar da tutela antecipada, além de indicar o pedido definitivo, ou seja, expondo a lide principal. Não bastando, o autor deve informar ainda se contenta ou não com a liminar, para averiguar a sua estabilização (art. 303, § 5º). As provas carreadas podem ser pré-constituídas e/ou produzidas em audiência de justificação. Além disso, o valor da causa há de ser indicado, para recolhimento de custas, levando em consideração o pedido de tutela final (art. 303, § 4º).

Dessa forma, tal como assertivamente expõe Bueno²⁴, ao tratar-se da hipótese de a tutela antecipada ter sido concedida, o previsto no inciso II do § 1º do art. 303 ordena a citação da parte contrária para o processo, iniciado com a petição inicial da tutela antecipada antecedente. Ao mesmo tempo, é feita a intimação para ciência e eventual cumprimento da concessão dessa mesma tutela em caráter antecedente, bem como para a audiência de conciliação ou de mediação nos termos do art. 334. Logo, há de se considerar que, desde o momento em que a tutela antecipada antecedente foi requerida ao juízo por petição própria, temos o marco inicial de um pleito judicial, ao qual a eventual interrupção da prescrição há de retroagir. Ora, esta conclusão se deve não só aos requisitos formais para ingresso com o requerimento da tutela antecedente, mas também ao fato de que este pleito, por si só, é apto a promover o adiantamento da tutela jurisdicional satisfativa, entregando, desde logo, o bem da vida pleiteado ao requerente; especialmente nos casos de estabilização.

Na mesma linha, nos parece razoável que, mesmo que nos deparemos com uma hipótese de indeferimento da tutela antecipada antecedente - que não decorra da inobservância de requisito formal para propositura (isto é, que estejamos diante de um indeferimento por cognição judicial preliminar) -, o prazo prescricional há de ter o seu marco temporal interruptivo desde o ajuizamento da liminar, contanto que o requerente promova a emenda da inicial, com pedido completo, bem como a devida causa de pedir e requerimento de provas, no prazo de 5 (cinco) dias assinalado pelo art. 303, § 6º, do CPC/15, para que o magistrado determine então a citação do réu. Fato é que, nestes casos, diferentemente do que vem entendendo o STJ para o ajuizamento de iniciais incompletas e que inobservam os requisitos formais de validade, aqui não é razoável permitir que somente após a emenda haja o marco interruptivo da prescrição, pois o requerimento de tutela antecipada antecedente não é caso de atecnia ou descaso do jurisdicionado com as formalidades legalmente exigidas. Pelo contrário, o requerimento de tutela antecipada antecedente é procedimento facultativo regulado pelo legislador processual para os casos em que há uma urgência contemporânea à propositura da ação. Assim, não seria logicamente aceitável pensar que o legislador processual civil ofertou uma tutela provisória de potencial satisfativo ao jurisdicionado,

24 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, 8.ª ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022.

mas lhe negou a possibilidade de que esta demonstre o seu interesse em resguardar o seu direito nos casos em que o magistrado entender pela necessidade da lide completa, indeferindo a tutela antecipada antecedente.

Não obstante, há de se explicitar que, onde existe a mesma razão, deve haver o mesmo direito (*ubi eadem ratio ibi idem jus*) e onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir (*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*). Assim, tal como nos casos da interrupção judicial da prescrição por previsão expressa do art. 240, § 1º, c/c art. 802, parágrafo único, do CPC/15, esta não se opera se o autor da demanda acionária não promover a citação no tempo e forma legal, também não haverá de ser reiniciado o prazo prescricional se: após o indeferimento da tutela antecipada antecedente o requerente não promover a emenda exigida pelo art. 303, § 6º, no prazo e forma legalmente assinalados, por sua própria conduta, ou, em caso de deferimento da liminar, este não promover o aditamento da inicial no prazo de 15 (quinze) dias ou eventualmente concedido pelo magistrado, com o pedido e suas especificidades, como exige o art. 303, § 1º, inciso I - quando não for o caso de estabilização (exemplo: a tutela antecedente é concedida, mas o réu recorre ou contesta) -, tudo sob pena de extinção (art. 303, §§ 2º e 6º). Nestes casos sim, nos parece possível dizer que estaremos diante da deserção de uma inicial incompleta. Portanto, sendo o processo extinto nas hipóteses supracitadas, não há de se falar em interrupção judicial da prescrição prevista no art. 202, inciso I, do CC/02, continuando o prazo a correr se não atingido por alguma causa impeditiva, interruptiva ou suspensiva.

Neste sentido, é possível sustentar que a leitura do art. 302, inciso II, do CPC/15 também deverá ser alvo de uma interpretação sistemática, conjugando-o com o já expressado art. 303, § 1º, inciso I, do mesmo diploma legal. Ambos os dispositivos tratam da hipótese de ser deferida a tutela de caráter antecedente, dispondo o art. 302, inciso II, que:

302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

[...]

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

É requisito da efetivação da estabilização, sob pena de que seja obrigado a indenizar eventuais danos, que o requerente promova a citação válida do requerido. Assim, a estabilização é medida apta a interromper a prescrição pela via judicial, promovendo o requerente a citação do requerido no prazo e termos assinalados pela legislação (art. 302, inciso II), mesmo se não ocorrer a eventual emenda ou aditamento do requerimento feito em sede de tutela antecipada antecedente, não se contrapondo o

requerente e efetivando-se a estabilização da liminar deferida (art. 304, *caput* e § 1º, do CPC/15).

Portanto, nem todas as hipóteses de extinção do processo em sede de tutela antecipada antecedente são impeditivas da incidência da interrupção judicial da prescrição prevista no art. 202, inciso I, do CC/02. Pois, apesar de a interrupção prescricional pela via judicial ser impedida nos casos em que o requerente da tutela antecedente não promove a citação do réu nos termos da lei, seja pelo caso do: 1) art. 302, inciso II; 2) do art. 303, § 1º, inciso I (quando não é caso de estabilização) ou do 3) art. 303, § 6º, todos do CPC/15, não há de se falar em vedação à incidência da interrupção judicial da prescrição se o processo for extinto em virtude de ter efetivamente ocorrido a estabilização da referida tutela. Isso porque, em todo o caso de estabilização, teremos um autor que atuou diligentemente no requerimento da tutela antecipada antecedente (inclusive para a citação da parte contrária) e um requerido que se quedou inerte ou concordou com os efeitos do benefício legal em questão. Por esta razão, além de ser evidente a atuação do possuidor do direito para a sua preservação e realização, é também incontroversa a conduta condescendente do requerido.

Um ponto que merece destaque é a eventual cumulação de pedidos definitivos em sede de tutela antecipada antecedente. Neste caso, entendemos que, em todas as especificidades acima descritas, se interrompe judicialmente a prescrição tanto para o pedido em relação ao qual a tutela antecipada antecedente estabilizada é satisfativa, quanto para aquele em relação ao qual esta não se estabilizou. Fato é que, se um dos pedidos não se submeter ao fenômeno da estabilização e o autor não tomar as medidas para prosseguir o seu processamento, a prescrição há de ser interrompida em sua relação. Isso porque, para que a estabilização incidisse sobre o pedido cumulado o autor teve que, necessariamente, promover os meios que lhe eram cabíveis para a citação do requerido e efetivação da estabilização nos termos da lei. Assim, ainda que a inicial não foi aditada no prazo legal (art. 303, § 1º, inciso I), tendo havido a extinção do processo também para o pedido não abrangido pela estabilização satisfativa (art. 303, § 2º), o requerente atuou diligentemente para que a citação da parte contrária efetivamente fosse promovida, tendo ela podido tomar ciência de ambos os pedidos deduzidos, sem ter a ao menos um deles se oposto (do contrário a estabilização não se teria perfazido - art. 304, *caput*, parte final). Neste sentido, apesar de representar um benefício para o credor caso o direito relativo ao pedido não estabilizado estivesse próximo de ser alcançado pela prescrição, fato é que esta não poderá ser novamente interrompida judicial ou extrajudicialmente, tendo em vista que a causa interruptiva da prescrição só pode se operar uma vez (art. 202, *caput*, do CC/02).

Uma última observação importante é a data marco para o reinício do prazo prescricional. Dispõe o art. 202, parágrafo único, do CC/02 que: “a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”. Assim, com a ocorrência da estabilização, o pedido definitivo indi-

cado que está a ser satisfeito pelo benefício da técnica em questão permanece sendo resguardado pelos efeitos da tutela antecipada antecedente concedida, enquanto esta não for revogada. Deste modo, notadamente, o autor beneficiado não terá interesse de agir em relação a este direito, uma vez que o seu exercício está resguardado pela estabilização, não havendo sentido em sustentar o reinício do prazo prescricional enquanto assim se manter. Tal entendimento se coaduna com a previsão do art. 189 do CC/02, no sentido de que: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Já nos casos de cumulação definitiva, para o pedido não resguardado pela estabilização, isto é, do qual o direito não esteja sendo satisfeito, o prazo prescricional será reiniciado com a ocorrência da estabilização, não podendo ser novamente interrompido.

CONCLUSÃO

Em conclusão, percebe-se pela abordagem do trabalho que o ajuizamento e concessão de tutela antecipada antecedente acobertada pelo benefício da estabilização é medida satisfativa que possibilita a interrupção judicial da prescrição, tal como a hipótese expressa do art. 202, inciso I, do CC/02. Neste sentido, em casos de pedidos cumulados, entendemos que também aquele direito para o qual a estabilização não se perfer terá o prazo prescricional interrompido pela tutela antecipada com liminar estável, ainda que não seja promovido o aditamento da inicial a seu respeito. A razão de tal entendimento é que, para que a estabilização ocorresse, houve uma atuação diligente do requerente da tutela provisória, não só para indicar o seu direito correlato ao pedido principal, como também para citar o réu nos termos legais.

Assim, indubitavelmente, pela máxima jurídica de que onde há a mesma razão também deve operar o mesmo direito, é certo que a faculdade concedida pelo legislador ao jurisdicionado de requerer uma tutela antecipada satisfativa em juízo de probabilidade, que inicia a relação jurídica processual²⁵, é apta a interromper o prazo prescricional, com a atuação autoral regular para a citação do requerido. Ainda que a liminar estabilizada não julgue o mérito propriamente dito, ela é meio de antecipação da entrega da tutela final, permitindo que o autor exerça o seu direito com regularidade. Nesse sentido, não nos parece nem um pouco razoável negar que este provimento, extinto por sentença, não seja apto a interromper a prescrição. Tanto que, ocorrendo sequencialmente o aditamento, ou mesmo a emenda (como entendemos no presente trabalho), no caso de não estabilização, prosseguindo o processo, a “complementação” do requerimento inicial não inaugura uma nova relação jurídica processual, continuando com as mesmas partes e nos mesmos autos, retroagindo o marco de interrupção

25 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, 8.ª ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022.

da prescrição ao momento da propositura do requerimento feito em ação de tutela antecipada antecedente.

BIBLIOGRAFIA

- ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. ISBN 978-85-309-7024-6. Acesso em: 05 dez 2023.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 dez 2023.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05 dez 2023.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 dez 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.235.620/PR*, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 09/05/2023, v.u. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203313040&dt_publicacao=17/05/2023. Acesso em: 05 dez 2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). *Interrupção da prescrição pelo despacho que ordena a citação*, Código de Processo Civil na Visão do TJDFT. Publicado em 11 out 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/interruptao-da-prescricao-pelo-despacho-que-ordena-a-citacao>. Acesso em: 05 dez 2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). *Apelação Cível n. 1.0000.22.152630-4/001*. Relator(a): Des.(a) Maria Lúcia Cabral Caruso, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/08/2023, publicação da súmula em 22/08/2023. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=7BFE8B-6202973567F626E139B1675B20.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.152630-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 05 dez 2023.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, 8.ª ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022. EPUB 1.016 p. ISBN: 978-65-5362-210-4 (impresso). Disponível em: https://www.academia.edu/94792976/Manual_de_Direito_Processual_Civil_Cassio_Scarpinella_Bueno. Acesso em: 05 dez 2023.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 4.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Acesso em: 05 dez 2023.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “Condição da Ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, vol. 197/2011, p. 261 - 269, jul/2011. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5522900/mod_resource/content/1/

C%3%82MARA%2C%20condi%C3%A7%C3%B5es%20da%20a%C3%A7%C3%A3o.pdf.
Acesso em: 19 jul. 2024.

CASTRO *et al.* Interrupção da prescrição pela decisão que determina a citação. Coluna CPC na prática. *Migalhas*. Publicado em 01 jun 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/387557/interruptao-da-prescricao-pela-decisao-que-determina-a-citacao>. Acesso em: 05 dez 2023.

DINIZ *et al.* *Novo Código Civil comentado (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*. Disponível em: <https://turmadireitofmusala07.files.wordpress.com/2015/10/codigo-civil-comentado.pdf>. Acesso em: 05 dez 2023.

FERREIRA, Rafael Medeiros Antunes. CAUSAS DE IMPEDIMENTO, SUSPENSÃO E INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. *Semana Acadêmica: Revista Científica*, 2015. 13 p. ISSN 2236-6717. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_-_fatos_preclusivos_da_prescricao.pdf. Acesso em: 19 jul. 2024.

SANTOS, Achibaldo Nunes dos. GOMES, Luiz Manoel. CHUEIRI, Miriam Fecchio. A ação rescisória como causa interruptiva da prescrição. *Research, Society and Development*, [S. l.], v. 11, n. 8, p. e27111831204, 2022. DOI: 10.33448/rsd-v11i8.31204. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/31204>. Acesso em: 19 jul. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*, colaboradores: Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. 19ª edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. ISBN 978-85-309-5967-8. Acesso em: 05 dez 2023.

LISBOA, J. M. de M. V.; GERALDI, G. P. de B. A necessidade da citação para garantia do devido processo legal nas execuções fiscais: inconstitucionalidade do art. 174, I do Código Tributário Nacional e do Recurso Especial nº 1.120.295/SP. *Juris Poiesis*, [S. l.], v. 23, n. 33, p. 243–268, 2020. Disponível em: <https://mestradoedoutoradoestacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurispoiesis/article/view/9334>. Acesso em: 19 jul. 2024.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

SHOULD WE BID A FOND FAREWELL TO THE LEGAL TRANSPLANTS 'THEORY? THE THEORY OF LEGAL POLLINATION THROUGH THE LENS OF A LEGAL SLEEPING BEAUTY (MEDIATION)¹

Hugo Luz dos Santos

Professor at City University of Macau and at the University of Macau, China. Fellow of the Forum for International Conciliation and Arbitration (United Kingdom).

Abstract: The intrepid Portuguese sailor Jorge Álvares led the maritime convoy towards the uncharted Far East aimed at establishing trade relations with the Imperial China in 1514. In so doing, he marked the first encounter between glaringly different civilizations and starkly different cultural backgrounds/legal cultures. This can be hailed as the inception of a bedazzling *legal dualism*, which has traversed centuries of Macau legal history and still ripples forward.

Fast forward to the nineteenth century, the Portuguese – further the decaying of the Qin dynasty – seized the opportunity to exert control over Macau while imposing their own laws and wiping out Chinese laws in the process. Like they were never able to do before. A plethora of changes took place thereafter. Leveraging on the «new illuminist winds», which were sweeping across all Europe and beyond, Portugal inscribed in its Constitution that Macau was part of

¹ This paper was presented at the Workshop: Reforming Empire: Curial Reform and the Legal Ordering of Empires in the Nineteenth Century Sponsored by the Australian Research Council, the Gerda Henkel Stiftung, held both at the University of Maastricht (The Netherlands) and the University of Technology Sydney (Australia). Heartfelt thanks to Professor C. H. van Rhee (University of Maastricht (The Netherlands) and Professor Shaunnagh Dorsett (University of Technology Sydney (Australia) for having me.

the United Kingdom of Portugal, Brazil and the Algarves (*Reino Unido de Portugal, Brasil e dos Algarves*) (pursuant art. 9 20/III of Portuguese Constitution of 1820). Such an historical event marked the outset of a movement of *legal pollination*, which would overhaul Macau's legal landscape forever.

Consistent with the overarching idea of Macau-as-a-part-of-Portugal, the Portuguese Penal Code of 1852, the Civil Code of 1867, the Civil Procedure Code of 1876 and the Commercial Code of 1888, have been *extended* to Macau. Such a batch of drastic changes inflicted upon Macau's legal landscape sparked the outset of Portuguese «colonial/legal domination» and prompted both the emergence of *legal dormants* (as Chinese laws were swept aside) and *cultural divergence with law* (as both the Confucian normative system («Rites») and Chinese customary mediation were slowly submerged by the ceaseless stream of Portuguese bodies of laws) accordingly. To this day, they both stand as *sleeping legal beauties* in the remit of Macau's legal landscape.

Against this background, this paper seeks to demonstrate that the current legal landscape in Macau (mirrored on the prominence of court adjudication over amicable means of solving disputes, a hallmark of Chinese legal culture) can be traced back to the botched/watered down legal pollination undertaken by the Portuguese back in the nineteenth century. This paper accordingly challenges the validity of the legal transplants' theory.

Keywords: Macau; China; Portugal; Confucianism; Legal Dualism; Legal Transplants; Legal Dormants; Cultural Divergence with Law; Legal Pollination.

1. INTRODUCTION

Legal cultures vary widely as a result of differing cultural² and legal traditions³. This axiom is hardly startling as culture⁴ is one of the most important social sub-sys-

2 See: Hugo Luz dos Santos, A Prospective Court-Connected Mandatory Mediation Regime in Macau: A Brief Note, in: Peter Chi Hin Chan/C. H. van Rhee (Editors), *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, Beijing/Singapore, Springer Nature, (2021): 199-204.

3 See in Chinese language: Leong Cheng Hang/Hugo Luz dos Santos, 梁靜姮 · 雨果：第七章 葡萄牙衛生基本法 · 《部分國家衛生基本法研究》 · 法律出版社 · Beijing, Law Press China, 2018年版 · 第115頁至第127頁. In Spanish language: Hugo Luz dos Santos, Plan para una posible *mediación* pre-procesal judicial obligatoria con una fácil opción de exclusión voluntaria en Macao, in: *Revista de mediación*, Volume 14, N.º 2, (2021): 34-40; in Portuguese language: Hugo Luz dos Santos, "O acesso ao direito e aos tribunais em processo civil", in: *Cadernos de Direito Privado*, n.º 75, julho-setembro 2021, (2021): 13-29.

4 Geert Hofstede, "Cultural constraints in management theories", *The Academy Management Executives*, 7 (1), (1993): 82-93. Geert Hofstede, "Masculine and feminine cultures", A. F. Kazdin (Editor.), *Encyclopaedia of psychology*, Washington, DC, American Psychological Association, (2000): 113-118 and passim. Geert Hofstede, *Cultures and organizations: Software of the mind*, New York, NY: McGraw Hill, (1991): passim. G.H. Hofstede/M. H. Bond, "The Confucius connection: From cultural roots to economic growth", *Organizational Dynamics*, 16, (1988): 5-20. Geert Hofstede, *Culture's consequences: Comparing values, behaviours, institutions, and organisations across nations*, 2nd edition, Thousand Oaks, CA: Sage, (2001): 18 ff. Geert Hofstede, *Culture's consequences: International differences in work-related values*, London, United Kingdom, Sage, (1980): 17 ff (this literature focuses on the importance of cultural variations of members of different cultural backgrounds working in enterprises and organizations across several nations). See M. J. Gelfand/H.C. Triandis/D.K.S. Chan, "Individualism versus collectivism or versus authoritarianism", *European Journal of Social Psychology*, (2006): 398-410 (drawing upon the dichotomy individualism versus collectivism carved out by Geert Hofstede).

tems⁵. It follows that it should not amount to a baffling statement that parsing a given legal culture equates to canvassing its foundations in the vast swathes of legal history⁶. As a result, one should not be flabbergasted to learn that culture is tightly interlocked with the development⁷ of a legal culture⁸.

Legal culture is not only mirrored on a host of historical traditions⁹ though¹⁰. Rather, legal culture is also mirrored on both a bevy of judicial¹¹ practices¹² and the public¹³ per-

- 5 For a nuanced and fine-grained account on Luhmann's social systems, in English language: Hugo Luz dos Santos, *Towards a Four-Tiered Model of Mediation (Against the Background of a Narrative of Social Sub-systems in Everlasting Cross-Fertilization)*, Singapore/Beijing/Berlin/New York, Springer Nature, (2023): 1-217, which I will follow closely in this regard.
- 6 In German doctrine: Dieter Heinrich, *Hegel im Kontext*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2010, *passim*.
- 7 In Italian doctrine: Maria Bruna Chito, *Codice Civile, a cura di Pietro Rescigno con il coordinamento di G.P. Cirillo - V. Cuffaro - Roselli*. X edizione, Tomo I, 7.^a ed. Milano, Giuffrè Editore, (2008): *passim*.
- 8 Lawrence M. Friedman, "Is there a Modern Legal Culture?", *Ratio Juris*, 7 (2) (1994): 118 ff (legal culture amounts to a set of ideas, values, attitudes, and opinions that people in some society hold with regard to law and the legal system).
- 9 Historical tradition – hence: legal tradition - go hand in hand with both the cultural and religious influence regarding legal debt collection. See in Swiss French-speaking doctrine: Bernard Piettre and François Vouga, *La dette. Enquête philosophique, théologique et biblique sur un mécanisme paradoxal*, Genève, Labor et fides, (2015): *passim*. In German doctrine, on the tandem between theology, philosophy, natural law and restitution, Nils Jansen, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der Spät scholastischen Lehre von der Restitution. Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, Tübingen, Mohr Siebeck, (2013): *passim*. In the same vein, in Italian doctrine: Arrigo Diego Manfredini, *Rimetti a noi i nostri debiti. Forme della remissione del debito dall'antichità all'esperienza europea contemporanea*, Bologna, Il Mulino, (2013): *passim*. The influence of law and religion (concretely, Christianity) on a given legal framework is being hotly discussed by scholars. Such debate rests upon a simple question: a debt forgiveness to the poor is based on moral grounds, cultural, moral, or religious ones? «Debt forgiveness is at the heart of the gospel message. The Lord sent His Son to redeem the debts of the world created by Adam and Eve and that were transmitted to subsequent generations of humanity. The New Testament restored older biblical ideas of debt relief, such as the Jubilee. The Lord's Prayer begs God to forgive the pious their debts, as they also forgive their debtors (Mt 6:12). Yet what, if anything, does that mean for legal practice? Is there a Christian mode of debt collection and enforcing contractual promises? Should Christian creditors refrain from exercising their rights?» See: Wim Decok, Law, "Religion and Debt Relief: Balancing above the "Abyss of Despair" in Early Modern Canon Law and Theology", *The American Journal of Legal History*, 57 (2017): 125–141.
- 10 Franz Wieacker, "Foundations of European Legal Culture", *The American Journal of Comparative Law*, 38 (1989): 1 ff (on the foundations of legal culture).
- 11 See in French doctrine: FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE/FRANÇOIS CHÉNÉDÉ, *Droit civil; les obligations*, 12e édition, Paris, Dalloz, 2018, pp. 1-2036.
- 12 Converging: Yulin Fu/Zhixun Cao, *The Position of Judges in Civil Litigation in Transnational China-Judicial Mediation and Case Management in Towards a Chinese Civil Code*, L. Chen/C. H. van Rhee (Editors), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, (2012).
- 13 Nancy Welsh/Bobbi McAdoo/Donna Stienstra, "The Application of Procedural Justice Research to Judicial Actions and Techniques in Settlement Sessions", Tania Sourdin/Archie Zariski (Eds.), *The Multi-Tasking Judge: Comparative Judicial Dispute Resolution*, Eagan, Minnesota, Thomson Reuters, (2013): (noting that when citizens feel they have had a fair treatment – in judicial settlements – they tend to yield perceptions of fairness and increase the levels of satisfaction with the administration of justice).

ception¹⁴ of a given legal¹⁵ system¹⁶. Taken together, both amount to the cultural matrix of a given jurisdiction¹⁷, which forms part of a broader legal apparatus.

For that very reason, culture is tightly interlocked to tradition. Tradition¹⁸ has been defined as a set of rules of empirical analysis, a symbol of rational meaning that has travelled all the way from the past¹⁹, which is wholly shaped by deep-seated habits that are amenable to be relayed from generation²⁰ to generation²¹. In this vein, legal

- 14 Rebecca Hollander-Blumoff/Tom R. Tyler, “Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution”, *Journal of Dispute Resolution*, 1 (2011): 1 ff (noting that procedural justice is closely linked to perceptions of legitimacy); Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Jersey, United States of America, Princeton University Press; Revised ed. edition (March 2006), (2006): 1-320 (92-110) (Tom R. Tyler suggests that lawmakers and «law enforcers would do much better to make legal systems worthy of respect than to try to instil fear of punishment. He finds that people obey law primarily because they believe in respecting legitimate authority») (italics added); Edgar Allan Lind/Tom R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York, Springer, (1988): 208 ff. (emphasizing that the perceptions of justice are of paramount importance as to enhance citizens’ perception of provider legitimacy).
- 15 Tom R. Tyler, *Why people cooperate: The role of social motivations*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, (2011) (the author establishes a parallelism between underlying social motivations – such as trust and perceived legitimacy - to engage in cooperation with the authorities).
- 16 Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation; First Edition (US) First Printing edition (August 1, 1975), (1975): passim. One should not confound legal culture with my concept of *positive legal-real-feel* and *negative legal-real-feel* within the meta-concept of *legal sentiment* inserted at the third pillar of four-tiered model of dispute resolution (*legal dynamics of dispute resolution*).
- 17 See in Spanish doctrine: Na doutrina espanhola: ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18ª edição, 2018, Granada.
- 18 Leong Cheng Hang, “Macao’s Marital Property System: A Chronicle of the Road to Successful Autonomy”, Mozambique, Faculty of Law of the University of Maputo, (2019): 3 ff and passim, whose research I have followed closely in this regard.
- 19 A corollary of the well-known German doctrine of both *Fernrecht und Das Prinzip Verantwortung*: Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, (1979): 47-49.
- 20 See: John Rawls, *A Theory of Justice*, 2nd edition, Cambridge, United States of America, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, (1999): 1-540 («Rawls aims to express an essential part of the common core of the *democratic tradition-justice as fairness*-and to provide an alternative to utilitarianism, which had dominated the Anglo-Saxon tradition of political thought since the nineteenth century. Rawls substitutes the ideal of the social contract as a more satisfactory account of the basic rights and liberties of citizens as free and equal persons. “Each person,” writes Rawls, “possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override»); John Rawls, *Political Liberalism*, Expanded version, Columbia Classics of Philosophy, New York City, Columbia University Press, (2005): 1-525 (This book continues and revises the ideas of justice as fairness that John Rawls presented in *A Theory of Justice* but changes its philosophical interpretation in a fundamental way. «That previous work assumed what Rawls calls a “well-ordered society,” one that is stable and relatively homogeneous in its basic moral beliefs and in which there is broad agreement about what constitutes the good life. Yet in modern democratic society a plurality of incompatible and irreconcilable doctrines—religious, philosophical, and moral—coexist within the framework of democratic institutions. Recognizing this as a permanent condition of democracy, Rawls asks how a stable and just society of free and equal citizens can live in concord when divided by reasonable but incompatible doctrines?»).
- 21 Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, (1983): 549 and ff and passim, whose research I have followed closely in this regard.

tradition is deeply woven into the fabric of legal culture^{22/23}. Rule of Law²⁴ – a beacon of natural justice²⁵ – embodies a comprehensive and full-fledged legal tradition that must be left to develop of its own accord nonetheless²⁶. Which is firmly rooted in the fact that it behoves to jurisdictions to squarely align extant/enacted bodies of laws to their underlying social reality. A truism that the former Portuguese rulers that undertook legal transplants in Macau back in the nineteenth century were clearly oblivious of. More on this further down in this paper²⁷.

22 *Id.*

23 Geoffrey J. Martin, *All Possible Worlds: A History of Geographical Ideas*, Cheng Yinong and Wang Xuemei (translation), Shanghai Century Publishing House, (2008): 249 ff and passim. Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, cit, passim. Leong Cheng Hang, "Macao's Marital Property System: A Chronicle of the Road to Successful Autonomy", cit., passim.

24 Dylan Dino, "The Rule of Law and the Rule of Empire: A. V. Dicey in Imperial Context", *The Modern Law Review*, 81 (5) (2018): 739-764 (739-741) (noting that «the idea of the rule of law, more ubiquitous globally than ever before, owes a lasting debt to the work of Victorian legal theorist A.V. Dicey (...) To Dicey we owe not only the phrase "the rule of law" but also one of the most influential expositions. Dicey's account of the rule of law emphasised three elements: first, government through legal norms and procedures rather than unrestrained discretion; second, formal equality before the law; and third, the establishment of individual rights through gradual, bottom-up (common-law) development»); T. R. S. Allan, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and the Common Law*, Oxford, Oxford University Press, (2013), Chapter 3; J.W.F. Allison, "Turning the Rule of Law into an English Constitutional Idea", C. May/A. Winchester (Ed.), *The Edward Elgar Handbook on the Rule of Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, (2018): passim (giving nuanced accounts of Dicey's ground-breaking work and originality when it comes to Rule of Law); John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, (2014): 1-328 (in this book Professor John Gardner «collects, revisits, and supplements fifteen years of celebrated writings on general questions about rule of law, law, and legal systems - writings in which he attempts, without loss of philosophical finesse or insight, to cut through some of the technicalities with which the subject has become encrusted in the late twentieth century»).

25 The principle of natural justice is intrinsically woven with natural law, whose foundations were laid down by Hugo Grotius and Leibniz and later embraced by John Finnis. See, respectively, Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, II, cap. XVII, I, Paris, Presses Universitaires de France (2nd edition of 2012) (1625: 1st edition): 1-894 (passim) (this renowned author argues that the human community (and law) is (are) undergirded by the human reason as opposed to the mercurial and whimsical instinct. Such a stance is squarely aligned with an agreed-upon Latin maxim, which reads as follows: *ius naturale est dictatum rectae rationis*). In Latin language: Gottfried Wilhelm Leibniz, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (The New Method of Learning and Teaching Jurisprudence According to the Principles of the Didactic Art Premised on the General Part and in the Light of Experience: A Translation of the 1667 Frankfurt Edition with Notes by Carmelo Massimo de Iuliis), Ringwood, Hampshire, United Kingdom, Talbot Publishing, (2017): 1-213. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, (2011): 1 ff and passim (contends that is necessary to identify the host of reasons that favour having law – or a universe of regulations commensurate with it - from the «first-person perspective of practical reason»).

26 Although further utterances on the fabric of Rule of Law fall well outside the scope and breadth of this paper, one must not lose sight of the fact that the thrust to Deglobalizing Rule of Law is underway. See: Mauro Bussani, "Deglobalizing Rule of Law and Democracy: Hunting Down Rhetoric Through Comparative Law", *The American Journal of Comparative Law*, 67 (2019): 701-744 (701) (contending that the thrust to Deglobalizing Rule of Law is interwoven with thrust to take heed of «well-known differences that run through cultures and traditions». In spite of which, «the West has never stopped trying to export its own law into the rest of the world»). Italics added. Unsurprisingly, there have been educated calls to take heed of the pinpointed cultural and legal differences by, in the case of China, allow for a «Socialist Rule of Law». See: Chinese Common Law Guiding Cases, *Harvard Law Review*, 129 (2016): 2213.

27 See point 4. to point 5.2. of this paper.

Whilst the existence of cultural differences across nations and continents has been widely documented²⁸ and debated²⁹, there is a perceived dearth of legal research on the frailties/drawbacks laid bare by the shoddy, botched and watered-down legal transplants undertaken by the Portuguese back in the nineteenth century in Macau. With this backdrop in mind, no surprise stems from the fact that opportunities for costly missteps abound³⁰.

This paper proceeds as follows. Part 2 skeletally sketches out the methodology underpins this paper. Part 3 features topics that fall outside the purview of this paper. Part 4 pores over Macau's legal history spanning four centuries against the background of which a fine-grained analysis on the mesmerizing *two-layered law and social reality* is carried out. Part 5 throws light on the dazzling *two-layered cultural originalism* that still ripples forward. In Part 6 light will be cast upon the theory of legal transplants while avowedly underlining that its quintessence is utterly inapplicable to a hybrid jurisdiction like Macau. In Part 7 a bevy of concluding remarks that capture the gist of this paper will be made.

2. RESEARCH METHODOLOGY

2.1. The importance of the uses of history to premise the assertions made throughout the paper: Between a law-in-context methodology and originalism (st) methodology³¹

If one strives to grasp the gist of a given legal framework, a *law-in-context methodology* is not only necessary but indispensable. This entails delving (excavating³²) into

28 See Jonathan Matusitz/George Musambira, "Power Distance, Uncertainty Avoidance, and Technology: Analysing Hofstede's Dimensions and Human Development Indicators", *Journal of Technology in Human Services*, (2013): 43 ff and passim (parsing two of the most iconic Hofstede's Dimensions of power distance and uncertainty avoidance).

29 Sasha Abramsky, *Jumping at Shadows: The Triumph of Fear at the End of the America Dream*, Bold Type Books, (2017): 28 ff (noting that profound cultural differences prompt society cleavages, which can hamper the so-called American dream).

30 About this see: Hugo Luz dos Santos, *Towards a Four-Tiered Model of Mediation (Against the Background of a Narrative of Social Sub-systems in Everlasting Cross-Fertilization)*, Singapore/Beijing/Berlin/New York, Springer Nature, (2023): 1-217 (passim).

31 Written by Professor Dongjuan Lyu (Faculty of Law, City University of Macau).

32 Edward J. Eberle, "The Method and Role of Comparative Law", *Washington University Global Studies Law Review*, 8 (3) (2009): 452 (noting that «we need to excavate the underlying structure to understand better what the law really is and how it really functions within a society»). See also, Rodolfo Sacco, "Legal formants: A dynamic approach to comparative law: discovering and decoding invisible powers", *The American Journal of Comparative Law*, (1991): 343-385 (echoing the same views).

the *origins* of a given legal framework³³. History is bound to play a starring role in this regard³⁴. So does Originalism^{35/36/37}.

- 33 Rodolfo Sacco, "Diversity and Uniformity in the Law", *The American Journal of Comparative Law*, 49 (2001): 172 (arguing that «law is not independent, nor separated from other social phenomena. In addition to law, language, knowledge, and the quality of human endeavour (material objects and intellectual creations) together constitute human culture»).
- 34 The relevance of originalism (suitably tailored to my research purposes) and the uses of history could not be clearer in this regard: «*the way people imagine history, look for things in history, deem historical evidence relevant or salient, and weigh competing historical claims will depend on their background modes of justification. For each different theory or style of legal argument, there will be a corresponding way to use history to support that argument. There will be also a corresponding lens or filter through which people perceive and interpret the significance and relevance of historical events*»; (italics added); Jack M. Balkin, "New Originalism and the Uses of History", *Fordham Law Review*, 82 (2013): 665.
- 35 Jack M. Balkin, "New Originalism and the Uses of History", *cit.*, 652 (History is being held dear by acclaimed academic circles. Here is why: «*history is a resource, not a command. It is resource in three senses. First, lawyers use of history to support arguments from each and every modality of argument. Rather than a distinct mode of argument, history is a resource for making arguments within each modality. Second, how history is used and how it becomes relevant depends on each modality's underlying theory of justification. Third, historical arguments within each modality are always defeasible given sufficiently powerful countervailing considerations*» (italics added).
- 36 I will use the term *originalism* to express a interchangeably a *cultural originalism* or an *original cultural meaning* (as opposed to *original semantic meaning* of a Constitution or a given law). «The semantic meaning of a word or phrase is its dictionary definition or to definitions that are in common use among the population; hence «*original semantic meaning*» refers to dictionary definitions or to definitions in common use at the time of adoption»; (italics added) Jack M. Balkin, "Must We Be Faithful to Original Meaning?", *Jerusalem Review Legal Study*, (7) (2013): 57-77; Jack M. Balkin, "The New Originalism and the Uses of History", *Fordham Law Review*, 82 (2013): 641-646. *Original cultural meaning* is not easy to ascertain as grasping its *original cultural meaning* depends on the context (social, philosophical, cultural) in which it has been etched. Hence the *law-in-context* methodology used throughout this paper; See on Originalism: Jack N. Rakove, "Joe the Ploughman Reads the Constitution, or, the Poverty of Public Meaning Originalism", *San Diego Law Review*, (4), (2011): 575 ff («It is one thing, after all, to suppose that words fraught with political content retain a relatively fixed meaning in quiet times, but it is quite another to apply that assumption to a period like the late 1790s or the Revolutionary era more generally.»); *id.* at 593 («The adopters of the Constitution inhabited a world that was actively concerned with ... the instability of linguistic meanings, and ... arguments about the definitions of key words and concepts were themselves central elements of political data»). See: Saul Cornell, "Conflict, Consensus & Constitutional Meaning: The Enduring legacy of Charles Beard", *Constitutional Commentary*. 3 (2014): 405 («Given the contentious nature of Founding era legal culture it seems unreasonable to assume that one can identify a single set of assumptions and practices from which to construct an ideal reasonable reader who could serve as model for how to understand the Constitution in 1789.»); textually, Jack M. Balkin, *The Construction of Public Original Meaning. Constitutional Commentary*. Minnesota, University of Minnesota Law School, 26 (2016): 78.
- 37 Acclaimed North American doctrine often criticizes the Supreme Court of the United States of America and the Court of Appeals, respectively, for paying little to none attention at all to the scrutiny of original public meaning of the United States of America Constitution. Examples of this to be frowned-upon trend are: *Arizona v. United States*, 132 S. Ct. 2492 (2012); *Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Clinton*, 132 S. Ct. 1421 (2012); *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008); *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006); *Am. Ins. Ass'n v. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003); *Crosby v. Nat'l Foreign Trade Council*, 530 U.S. 363 (2000); *Breard v. Greene*, 523 U.S. 371 (1998); *Regan v. Wald*, 468 U.S. 222 (1984); *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981); *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981); *DeCanas v. Bica*, 424 U.S. 351 (1976); *Zschernig v. Miller*, 389 U.S. 429 (1968); *Zemel v. Rusk*, 381 U.S. 1 (1965); *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964); *Perez v. Brownell*, 356 U.S. 44 (1958); *United States*

There is a fairly good academic reason for the use of law-in-context methodology in this regard: this paper is aimed at *understanding in retrospect*³⁸ the *legal dualism*³⁹ created by the Portuguese back in the nineteenth century.

A law-in-context methodology aims to unlock such a set of *original reasons* and bring them into light⁴⁰ with a view to support my central claim according to which social sub-systems⁴¹ (namely, law and the social reality) have interacted with each other on a permanent basis for a long-winded amount of time in the tiny – yet dazzling – peninsula of Macau. Proving that the foregoing social sub-systems have permanently interacted with each other throughout the vast swathes of history would be utterly untenable devoid of, and decoupled from, an in-depth law-in-context methodology⁴² premised on the adroit uses of history.

v. Caltex (Phil.), Inc., 344 U.S. 149 (1952); Harisiades v. Shaughnessy, 342 U.S. 580 (1952); United States v. Pink, 315 U.S. 203 (1942); United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937); Russian Volunteer Fleet v. United States, 282 U.S. 481 (1931); MacKenzie v. Hare, 239 U.S. 299 (1915); Juragua Iron Co. v. United States, 212 U.S. 297 (1909); Neely v. Henkel, 180 U.S. 109 (1901); The Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900); Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698 (1893); In re Ross, 140 U.S. 453 (1891); Jones v. United States, 137 U.S. 202 (1890); Chae Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581 (1889); Ker v. Illinois, 119 U.S. 436 (1886); Fleming v. Page, 50 U.S. (9 How.) 603 (1850). See: Andrew Kent, “The New Originalism and the Foreign Affairs Constitution”, *Fordham Law Review*, 82 (2) (2013): 757-758. Antithetically, US Supreme Court’s decision delivered on *Heller* 554 U.S. 570 (2008) constitutes a fine example of the pursuit for Originalism, which has merited the applause of renowned doctrine. See: Jamal Greene, “Selling Originalism”, *Georgetown Law Journal* 97 (2009): 657-659 (arguing that *Heller* constitutes “the most thoroughgoing originalist opinion in the Court’s history”).

38 Jack M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, (2011): passim (putting forth a new concept of framework originalism in which both constitutional lawyers and laypeople should be truly faithful to the original meaning of the Constitution). See also: Jack M. Balkin, “New Originalism and the Uses of History”, *Fordham Law Review*, *cit.*, *passim*.

39 One of the most emphatic accounts of that *legal dualism* (with which I fully agree to the extent that captures to picture of a bifurcation between Chinese laws and Portuguese laws since ancient times) can be found in an academic paper published in Hong Kong Journal which reads as follows: «*A dualism has been shown in all aspects of life: in the exercise of political power, the administration of justice, religious structures, trade affairs, even the urban administration*»; R. Pereira Alfonso, “The Political Status and Government Institutions of Macau”, *Hong Kong Law Journal*, 16 (1) (1986): 28-48.

40 Peter Mascini, “Responses of Law and Economics to the Threat of Its Initial Success”, *Comparative Law, Law and Method*, November 2018, (2018): 15 («the concept of the decision maker as enculturated actor is far removed from the assumption of the decision maker as rational actor. Rather, it assumes that *preferences are flexible, incoherent, and embedded in a social and cultural context*» (italics added).

41 For a nuanced and fine-grained account on Luhmann’s social systems: Hugo Luz dos Santos, *Towards a Four-Tiered Model of Mediation (Against the Background of a Narrative of Social Sub-systems in Everlasting Cross-Fertilization)*, Singapore/Beijing/Berlin/New York, Springer Nature, 2023, passim, which I will follow closely in this regard.

42 Mark Van Hoecke, “Methodology of Comparative Legal Research”, *Law and Method*, (2018): 17 (referring to the need to «putting *law-in-context* aims at *understanding* the law, as a foreigner to that legal system and, hence, *explaining* why the law is as it is. Inevitably, this *implies empirical observation*». When it comes to the *law-in-context* methodology, this renowned scholar stated that «*a historical study will inevitably also use sociological, economic, psychological, and/or other context data. In this way it may encompass, on occasion, a full law-in-context approach*») (italics added).

2.1.2. An interdisciplinary methodology: The importance of an evidence-informed law and the rules of inference to bolster the creation of new doctrinal concepts⁴³

To add plausibility to the newly-crafted doctrinal concepts set forth in this paper (v.g. *two-layered law and social reality*⁴⁴ and *two-layered cultural originalism*⁴⁵ that surpass the hackneyed concept of legal dualism), an interdisciplinary⁴⁶ methodology⁴⁷ will be used.

The evidence-informed law⁴⁸ (as opposed to mere hunches⁴⁹) - coupled with brawny and robust rules of inference⁵⁰ - will prove invaluable to premise the claims made throughout this paper.

43 Written by Professor Dongjuan Lyu (Faculty of Law, City University of Macau).

44 See: Point 4. to point 4.1.1.6.1. of this paper.

45 See: Point 5. to point 5.2. of this paper.

46 Jacqueline N. Font-Guzmán, "Programa de Derivación en Puerto Rico desde la Perspectiva de la Mediación", *Contemporary Tendencies in Mediation*, Humberto Dalla Bernardina de Pinho/Juliana Loss de Andrade (Editors), Madrid, Editorial Dykinson, (2015): 31-32 (in a similar vein, in Porto Rican doctrine (Spanish language) has lavished praised on the multidisciplinary approach in the realm of mediation as follows: «Mis experiencias a través de los años me han convencido de la necesidad de adoptar modelos interdisciplinarios en el desarrollo y la implementación de programas de métodos alternos de resolución de conflictos»).

47 Bart van Klink/Sanne Taekema, *Law and Method: Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, (2011): 1 ff («The disciplines are classified in broadly three categories: empirical social science (sociology, economics, psychology), humanities (history, political theory, ethics, philosophy), and language-oriented disciplines (rhetoric, law and literature, argumentation theory)»). I will follow this taxonomy throughout the paper with the accompanying limitations of an academic lawyer entering those boundless (yet cognitively distant) epistemologist hemispheres though.

48 Tom Tyler, "Methodology in Legal Research", *Utrecht Law Review*, 13 (3), (2017): 130-131 (I will avowedly embrace an *evidence informed law* approach. Here is why: «Empirical models have become increasingly popular with the increasing availability of large data sets and the growth in familiarity both with quantitative regression models and qualitative methods for research. *Empirical research has value and it is much better to base policy on evidence than on hunches. In this article it is suggested that the benefits of an empirical approach are enhanced not simply by the use of data, but in particular by drawing upon the power of social science theories.* A number of social science theories might potentially be relevant. Because my own background is in psychology, I focus on psychological theories. These theories allow the law to expand the framework within which issues of law are considered. It is in drawing upon theoretically based social science models of human nature that the law has been especially weak and has a great deal to gain, *and not just in the widespread use of research instead of intuition, hunch and supposition*» (italics added).

49 Tom Tyler, "Methodology in Legal Research", *cit.*: 130-131 («A number of social science theories might potentially be relevant. Because my own background is in psychology, I focus on psychological theories. These theories allow the law to expand the framework within which issues of law are considered. It is in drawing upon theoretically based social science models of human nature that the law has been especially weak and has a great deal to gain, *and not just in the widespread use of research instead of intuition, hunch and supposition*» (italics added).

50 Lee Epstein/Gary King, "The Rules of Inference", *University of Chicago Law Review*, 69 (1) (2002): 19 ff and passim (the workability of rules of inference – from either data collated directly or indirectly by the researcher – relies upon, and entails: (i) amassing data; ii) summarizing data; iii) making descriptive, qualitative and causal inferences from the batches of data analysed). The paper is to rely upon the rules of inference's methodology

3. MATTERS AND SUBJECTS THAT FALL OUTSIDE THE BREADTH AND SCOPE OF THIS PAPER⁵¹

This paper aims not to do a comparative law research. The rationale behind the choice of each of the analysed jurisdictions (Macau and Portugal) is related with the thrust to support the claims made throughout the paper drawing upon the selected jurisdictions. Not with a thrust to make a comparative law research drawing upon the selected jurisdictions. The paper aims not to compare legal systems⁵². For that reason, neither a *macro level* comparative analysis nor a *micro level* comparative analysis⁵³ will be used in this paper.

4. SETTING THE STAGE: THE INCEPTION OF A TWO-LAYERED LAW AND SOCIAL REALITY IN MACAU

4.1. West meets East. Macau as a stage for an exquisite encounter between different civilizations and different cultural backgrounds (1513-1573): The era of the flourishing trade in the Far East

Macau is a mesmerizing place. One is sure that this thought must have crossed Portuguese sailors' minds as they set foot on this tiny Peninsula as far back as 1513. The crave to ferret out uncharted territories was the overriding goal.

To cater for that, the intrepid Portuguese sailor Jorge Álvares has led the maritime convoy towards the uncharted Far East aimed at establishing trade relations with the Imperial China⁵⁴. In doing so, he marked the first encounter between glaringly diffe-

with a view to withdrawing some conclusions and inferences from the handful of bodies of empirical research reviewed throughout the paper.

51 Written by Professor Dongjuan Lyu (Faculty of Law, City University of Macau).

52 Mauro Bussani/Ugo Mattei, "Diapositives versus Movies – The Inner Dynamics of the Law", *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Mauro Bussani/Ugo Mattei (Editors), Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, (2012): 3 (arguing that to duly understand comparative law one must not lose sight of the fact that legal transplants accounts for «the borrowing of ideas between legal cultures and/or systems»).

53 W. Twining, "Globalisation and Comparative Law", Esin Örücü/D. Nelken (editors), *Comparative Law. A Handpaper*, Oxford, Hart Publishing, (2007): 69-89.

54 Converging, B. V. Pires, "Origins and Early History of Macau", 2nd edition, R. D. Cremer (ed.), *Macau: City of Commerce and Change*, Hong Kong, API Press, (1991): 1-7 ff. For further developments: Albert H.Y. Chen and Peter C.H. Chan, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China (Sixth Edition)*, under contract with LexisNexis, forthcoming 2026; Peter Chi Hin Chan, *Mediation in Contemporary Chinese Civil Justice: A Proceduralist Diachronic Perspective*. Leiden & Boston: Brill Martinus Nijhoff Publishers, 328 pages. Aug 2017. Peter C.H. Chan and Shen Guotong*, "Court Personnel Management Reforms in China: Have They Enhanced Judicial Professionalism?", *Modern China*, forthcoming 2025; Shen Guotong and Peter C.H. Chan, "The Party's Court or the Court for the Parties: An Empirical Assessment of the Fifth Judicial Reform in China", *University of Pennsylvania Asian Law Review*, forthcoming 2025; Wu Wanqiang, Peter C.H. Chan, and Lin Xifen, "Urban Pollution Governance, Prosecutor-led Environmental Public Interest Litigation, and Regional Environmental

rent civilizations and starkly different cultural backgrounds. Naturally, Jorge Álvares' endeavours were not unbeknownst to the Portuguese King as he envisioned a trade expansion to the Far East⁵⁵.

Portuguese Prince's (Henry the Navigator) pristine entrepreneurship vision⁵⁶ yielded palpable results belatedly though. It was not until 1557⁵⁷ that commercial rewards started to pour in as business trades with local Chinese authorities bloomed⁵⁸ from that date onward⁵⁹. Signalling Portuguese gradual permanence in Macau, Chinese officials

Disparities in China: Evidence from 282 Cities", *China: An International Journal* 22(4), 73–95, 2024; Peter C.H. Chan and Wu Wanqiang, "From 'Line Appraisal' to 'Case-Process Ratio': Will the New Case Quality Assessment System Facilitate the Changing Role of the Chinese Prosecutor?", *Hong Kong Law Journal* 54(1), 205–231, 2024; Peter Chi Hin Chan, "Old Wine in a New Bottle? – An Empirical Evaluation of the Judicial Reforms in China in the 2010s", *UC Law SF International Law Review* (formerly *Hastings International and Comparative Law Review*) 42(2), 87–128, 2024; Peter Chi Hin Chan, "Does Black-Letter Law Matter in Labor Rights Protection in China? - A Tale of Two Cities", *Washington International Law Journal* 33(2), 345–388, 2024; Peter Chi Hin Chan "Judicial Reform in China: What Do Judges Think?", *International Journal of Procedural Law* 13(2), 312–330, 2023; Peter Chi Hin Chan, "The Regulation of Dismissal in China: Diverging Standards of Serious Breach Dismissal and the Need for Reform", *King's Law Journal* 33(2), 208–227, 2022.

- 55 Despite historical accounts stating that Portuguese establishment in Macau emerged from an informal agreement between the Portuguese Captain Chief of Maritime Journey to China and Japan (*Capitão-Mor da Viagem da China e do Japão*) and Chinese ruling authorities of Canton (Macau's closest neighbour which exerted power over Macau back then). Being this informal agreement unbeknownst to both the Portuguese king and the Chinese emperor; see in the Portuguese doctrine, João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *Estudos Comemorativos XX Anos do Código Penal e Código de Processo Penal de Macau*, Pedro Pereira de Sena e José Miguel Figueiredo (Coordenação Científica), Macau, Fundação Rui Cunha, (2016): 62. See also: Leong Cheng Hang, "Investing in Macao - New Opportunities and Challenges Under the New Macao Financial Regulations", "International Investment Law at the Juncture", Springer, 2024; Leong Cheng Hang, Macau banking law and financial institutions, Research Handbook on Asian Financial Law, Edward Elgar Publishing, 2020.
- 56 Beatrice Leung, "The Portuguese Appeasement Policy in Macau's Church and State relations", *Journal of Contemporary China*, 19 (64) (2010): 181–200 («In the Middle Ages, Europe was not able to contact Asia due to the Muslim occupation in between. The Portuguese Prince, Henry the Navigator (1394–1460), launched exploratory voyages along the western coast of Africa and eventually Vasco da Gama reached India (1460–1524)»).
- 57 When it comes to describing the relationship between Chinese and the Portuguese back then, tolerance is a word that one should bear very firmly in mind. Although it is accurate to assert that the early Portuguese (sailors, settlers, and business men) began to exercise trade with local Chinese authorities from 1557 onwards, there are a few historical accounts that signal an early *tolerance* towards the Portuguese in this regard dates as far back as 1535. From this date onward, the Portuguese business men and sailors were given a «sort-of» free pass to anchor their ships and perform some business activities provided they did not stay onshore; see, G. L. Zhao/Liu G. L., *A New Conspectus of Macau law*, Macau, Macau Foundation, (2005): 2 ff and passim.
- 58 Trust and Trustworthiness, which are fuelled by a prior creation of a harmonious and healthy relationship (a hallmark of Confucian-beliefs-based Chinese culture), might help explain this time gap. First establish rapport and trust then (and only then) do business. Back then just like now Chinese millenary culture would not fall far behind from its founding tree (Confucianism). Back then just like now culture nurtured business and trade relationships. One can foresee the omnipresence of my concept of *law and social reality* to its fullest extent. See on Trust and Trustworthiness in contract law and public policy, Matthew Harding, "Trust and Fiduciary Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 33 (2013): 81 ff; Mark A Hall, "Law, Medicine, and Trust", *Stanford Law Review*, 55 (2002): 463 ff; Matthew Harding, "Responding to Trust", *Ratio Juris*, 24 (2011): 75 ff; Mark A Hall, "The Importance of Trust for Ethics, Law, and Public Policy", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 14 (2005): 156 ff.
- 59 Tong Io Cheng/Wu Yanni, "Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture", *Saidat Law Review (SLR), Legal culture and Legal Transplants*, 1 (Special Issue 2) (2012): 644–645 (630).

demanded ground rent payments, which began in 1573⁶⁰. From that point onward, Religion (concretely: Christianity brought along by the Portuguese Jesuits) has begun to exert its influence⁶¹ in Macau⁶² at the *second layer of law and social reality*.

Such a fortunate event has paved the way to the thriving/blossoming of Sino-Portuguese trade and diplomatic relations: «after strong ruptures of the seemingly harmonious relations and military encounters between the Chinese and the Portuguese merchant sailors, in 1557, local Chinese officials allowed the Portuguese to settle in Macau permanently against the payment of an annual rent of 500 taels of silver. However, there was no written agreement. «It is assumed that this permission was given because the Portuguese helped China to expel pirates around the southern sea of China»⁶³.

This event has augmented the levels of trust^{64/65} and has bolstered amicable relations^{66/67} between Chinese authorities and Portuguese traders⁶⁸. As a result, the Portuguese were awarded the long-sought permission to settle in Macau and establishing

60 *Id.*

61 See Rosemarie Wank-Nolasco Lamas, *History of Macau – A student's manual*, 1st edition, Macau, Institution of Tourism Education, (1998): 18 ff.

62 Religion (especially, Christianity brought along to Macau by Portuguese Jesuits) played a major social and demographic role in Macau both before and after 1573. Before the construction (in 1573) of the China-Macau border gate (*Portas do Cerco*), there were no Chinese non-converted to Christianity living in Macau. An exception was made to the Chinese that were converted to Christianity. From the construction of *Portas do Cerco* onwards, Chinese non-converted to Christianity were allowed to work in Macau provided they did not stay overnight. They were forced to go across *Portas do Cerco* towards China before sunset in a daily basis. Chinese non-converted to Christianity were not allowed to live nor possessing any kind of property in Macau, unless special authorisation was issued by the *Procurator (Procurador)*. Those (Chinese non converted to Christianity) who got caught both living and working illegally in Macau were to be chastised with merciless corporal punishments; see C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, tradução do inglês por Maria Alice Morais Jorge, 1a edição, Macau, Livros do Oriente, (1990): 58 ff. See also: João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 62 ff and *passim*, whose research I will follow closely in this regard.

63 Tong Io Cheng, “Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the “Colonial” and the “Post Colonial” Context”, *Juridikum, Zeitschrift für kritik/recht/gesellschaft: thema recht (de) kolonisiert*, 2010 (3), (2010): 288.

64 See Bong Yin Fung, *Macau: a General Introduction*. Hong Kong, Hong Kong, Joint Publishing (Hong Kong), (1999): *passim*.

65 Trust and trustworthiness have always been the basis to the development of contracts, businesses, and corporate deals. See in the North American doctrine: Roger Cotterrell, “Trusting in Law: Legal and Moral Concepts of Trust”, *Current Legal Problems (CLP)* 46 (1993): 73 ff; Margaret M Blair and Lynn A Stout, “Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 149 (2001): 1733 ff.

66 Matthew Harding, “Manifesting Trust”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (2009): 243 ff; Anthony J Bellia, Jr, “Promises, Trust, and Contract Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, 47 (2002): 23 ff (on the seminal concept of trust and trustworthiness).

67 In a similar stance, Tom Tyler, “Trust and Law Abidingness: A Proactive Model of Social Regulation”, *Boston University Law Review*, 81 (2001): 359 ff (on the importance of trust).

68 In the Portuguese doctrine: Jorge Noronha e Silveira, *Subsídios para a História do Direito Constitucional de Macau, 1820-1974*, traduzido por C. Y. Sam and H. F. Vong, Macau, Gabinete de Tradução jurídica/ADAT, (1997): 1 ff.

commercial trade relations with China⁶⁹ and beyond. It is believed that the settlement of the Portuguese in Macau stood as a token of appreciation for the Portuguese military endeavours in southern sea of China⁷⁰.

China exerted a sizeable power at the outset of 16th century. China had a sword. The most powerful one of all back then: economic power. China wielded the sword of economic power with overwhelming prowess. No wonder that such majestic economic power beguiled the Portuguese traders to the confines of the uncharted world. Here is why: «at the beginning of the 16th Century, China was a dominant economic force in the global trade scenario. Its massive production of porcelain and silk, as well as the crazy demand for silver created great opportunities for profits, which stimulated trans-continental commerce. Even when the economy of China faced a recession in the subsequent centuries, it continued to be the largest integrated economic system in the world. It is particularly interesting that land productivity in the four most productive provinces of China was much higher than land productivity in England and Wales, the most prosperous countries in Europe». ^{71/72}

To the extent that China had reached the zenith of its economic power, Portugal did not lag far behind. Coincidentally (or not), the 16th century constituted the onset of a golden era as far as navigation and trade were concerned. Portuguese sailors navigated to the confines of the uncharted world reaching out to a wide range of countries, cultures and civilizations thus connecting both edges of the known and of the unknown world⁷³. The trade settlement in Macau would serve a larger purpose such as establishing a regional and gravitational trade (and evangelization-missionary-driven) network in the Far-East⁷⁴ ranging from Macau, Malaca, and (to) Japan⁷⁵.

69 China was a powerful economic giant at the outset of the 16th century. See: Dennis O. Flynn and Arturo Giraldez, *China and the Birth of Globalization in the 16th Century*, Surrey, Ashgate Variorum, (2010): 215-219.

70 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *Juridikum, Zeitschrift für kritik/recht/gesellschaft: thema recht (de) kolonisiert*, 2010 (3), (2010): 288.

71 *Id.*

72 In a similar vein, Jürg Helbling, *Agriculture, population and state in China in comparison to Europe population and economic development in China and Europe*, Stuttgart, Breuninger Stiftung GmbH, (2003): 118; *apud*, Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*: 288.

73 In Portuguese doctrine, Manuel António Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, Macau, Fundação Macau, (1995): *passim*, whose research I will follow closely.

74 In Portuguese doctrine, João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 62.

75 There are some historical accounts that tell us that the Portuguese set foot in Japan accidentally thus paving the way to a rather lucrative commercial route indeed. Malaca (a then Portuguese lucrative stronghold at the Far East) served as a liaison trade route with the newly «conquered» Kyushu, Japan. Macau acted as a secure trading point aimed at guaranteeing that a continuous stream of businesses continued to flow from and to China. Buying silk from China, the bulk of the products sold in the distant Japan, was one of the overriding commercial goals. See: Charles Ralph Boxer, *Fidalgos no Extremo Oriente*, Fundação Oriente e Museu e Centro de Estudos Marítimos de Macau, tradução de Teresa Bairrão Oleiro e Manuel Bairrão Oleiro, (1990): 8-16. See: João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*

Unlike China, Portugal had unanswerable ties with the Catholic Church and Christianity⁷⁶ – a cultural and religious^{77/78/79} connection^{80/81} that would prove important to the Portuguese community in Macau, and to the creation and maintenance of the *two-layered cultural originalism* still in force in this tiny Peninsula, as further shown below⁸². Back then, Catholic Church exerted its mighty power by dividing the charted world between Portugal⁸³ and Spain⁸⁴.

Thereafter, Portugal seized power over Brazil (an enormous mass of land loaded with natural resources) and India (a no-less gigantic and opulent country). The economic power brought along by these wealthy colonies consolidated Portugal's clout in

- 76 Beatrice Leung, "The Portuguese Appeasement Policy in Macau's Church and State relations", *cit.*: 181-200 («In 1454, the Pope granted Henry all the rights south of the Tropic of Cancer, with latitudes 23 degrees north of the Equator, as well as power over the missionary bishops therein. This practice is called the 'Padroado' which allowed the patronage of the Portuguese court over missionary activities in the conquered lands of the New World. In return, the Catholic Church obtained permission to Christianize the Portuguese colonies»).
- 77 On the cultural and religious influence from a legal debt collection standpoint; in Swiss French-speaking doctrine, Bernard Piettre and François Vouga, *La dette. Enquête philosophique, théologique et biblique sur un mécanisme paradoxal*, Genève, Labor et fides, (2015): *passim*.
- 78 In German doctrine, on the tandem between theology, philosophy, natural law and restitution, Nils Jansen, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der Spät scholastischen Lehre von der Restitution. Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, Tübingen, Mohr Siebeck, (2013): *passim*.
- 79 In the same vein, in Italian doctrine, Arrigo Diego Manfredini, *Rimetti a noi i nostri debiti. Forme della remissione del debito dall'antichità all'esperienza europea contemporanea*, Bologna, Il Mulino, (2013): *passim*.
- 80 The influence of law and religion (concretely, Christianity) on a given legal framework is being hotly discussed by scholars. Such debate rests upon a simple question: a debt forgiveness to the poor is based on moral grounds, cultural, moral or religious ones? «Debt forgiveness is at the heart of the gospel message. The Lord sent His Son to redeem the debts of the world created by Adam and Eve and that were transmitted to subsequent generations of humanity. The New Testament restored older biblical ideas of debt relief, such as the Jubilee. The Lord's Prayer begs God to forgive the pious their debts, as they also forgive their debtors (Mt 6:12). Yet what, if anything, does that mean for legal practice? Is there a Christian mode of debt collection and enforcing contractual promises? Should Christian creditors refrain from exercising their rights? »; Wim Decok, Law, "Religion and Debt Relief: Balancing above the "Abyss of Despair" in Early Modern Canon Law and Theology", *The American Journal of Legal History*, 57 (2017): 125–141.
- 81 Providing a far-reaching overview about legal scholarship both in ancient and modern times, James Gordley, *The Jurists: A Critical History*, Oxford, Oxford University Press, (2013): 18 ff.
- 82 See: Point 5. to point 5.2. of this paper.
- 83 Portugal, just like Spain, was a highly stratified and socially imbalanced society as far back as the 16th century and beyond, which could have prompted young sailors to embark in a caravel and sail across the world on a pursuit of a better fortune. About this social imbalance in Portugal: Nuno Brandão, "Desobediência e resistência a ordens de autoridade no período das ordenações", *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade *et alii* (org.), Coimbra, Coimbra Editora, (2013): 1183 ff and *passim*.
- 84 In the Portuguese doctrine, José Hermano Saraiva, *História Concisa de Portugal*, Lisboa, Editora Montanha das Flores, (1994): 28 ff. A converging take has been written by acclaimed doctrine, who (m) has provided a scintillating portray of sixteenth-century Mediterranean societies grappling with the rising of an honour-based criminality and misdeeds alike: Scott K Taylor, *Honor and Violence in Golden Age Spain*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, (2008): 28 ff. Although shaping up to be both a maritime and economic giant, there are nuanced historical accounts stating that Spain struggled to tackle social skirmishes, which have revolved around keeping the social status and social hierarchy of its aristocrats; Wim Decok, "Law, Religion and Debt Relief: Balancing above the "Abyss of Despair" in Early Modern Canon Law and Theology", *cit.*: 133 ff.

the Middle Age world. Portugal was one of the wealthiest and prosperous countries in the Middle Age world. But circumstances were to alter. Portugal's streak of luck and prosperity would suffer a downturn (yet a transient one).

«Shortly after the promulgation of a *new world order*, the occupation in India and Brazil brought in large areas of land and supply of natural resources, while the settlement in Macau opened the gate for a bigger volume of trans-continental trade. In this period, the Portuguese were busily shipping silver and timber from America and spices (pepper) and porcelain from the Far East. The international trade was extremely profitable. However, when prices of goods in Europe were boosted and trade competition aggravated in the late 16th century, Portugal quickly fell into deficit. In the 17th Century, the Royal Court even had difficulties in paying the salaries of its officials»⁸⁵.

Despite this ephemeral economic setback, Portugal's fortune would be reversed. Again. A fortunate stroke of serendipity would bless Portugal. This time taking a turn for the best: «It was the discovery of a gold mine in the 18th century in Brazil that saved the last vestige of dignity of this first-generation empire»⁸⁶.

Against this background, the time is ripe as to sketch out – in broad strokes - the outset of a *two-layered law and social reality of two-layered cultural originalism*⁸⁷ in Macau, which dates back the year of 1557 and still ripples forward.

4.1.1. The outset of a *two-layered law and social reality* and of a *two-layered cultural originalism* (1557-1573): The dawn of the era of «what is mine is mine and what is yours is yours»

As hinted above, Portugal's permanence in Macau dates as far back as 1557. The arrival of a foreigner (a total stranger) from half way across the world posed a sizeable (social and legal) challenge to Macau. Whereas one could anticipate that this clash between two radically different civilizations would be neither smooth nor without a certain amount of social (and even legal) challenges, the considerable social and legal changes that this minimal Peninsula underwent pursuant the arrival of the Portuguese traders would fall far beyond one's rosy expectations.

Amongst which stands the creation of a *two-layered law and social reality* and an exquisite *two-layered cultural originalism* which has survived to this day. The distant year of 1557 marked the inception of a *two-layered cultural originalism*⁸⁸ in Macau: Confucianism-based beliefs upheld and nourished by most Chinese residents living si-

85 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*: 288.

86 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post-Colonial" Context", *cit.*: 288.

87 See: Point 5. to point 5.2. of this paper.

88 See: Point 5. to point 5.2. of this paper.

de-by-side with Christian-based faith nurtured by the early Portuguese settlers and Portuguese Jesuits⁸⁹. More on this later⁹⁰.

At first blush, this finding does not seem flummoxing. A closer look to the extant literature⁹¹ gives us the vivid impression that scholars have just pinpointed a legal dualism though. In sum, just a legal dualism was broached. Neither a two-layered law and social reality nor a two-layered cultural originalism were parsed. Just a so-called *legal dualism*⁹², which has pervaded Macau legal history.

There is no legal dualism (or doctrinal classifications alike) decoupled from a *law-in-context* legal research methodology⁹³. Respectfully, there is no such thing as ascribing a given doctrinal qualification to a given legal framework without providing a dogmatic and methodological account of it⁹⁴. Let alone a proper and sound academic legwork⁹⁵.

The characteristics of a two-layered law and social reality began at the commencement of Portugal's permanence in Macau (as far back as 1557), as further shown below. The emergence of a *two-layered cultural originalism* would not lag far behind, as sketched out further down in this paper⁹⁶.

89 Before 1573, regular Chinese (meaning: non-Christians converted to this religious faith) were not allowed to stay in Macau overnight. They were forced to leave Macau prior the sunset. Only Chinese that were converted to Christianity could live and work in Macau permanently; See: João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 63.

90 See: Point 5. to point 5.2. of this paper.

91 One of the most renowned scholars in Macau gives us the historical account Confucian's normative system subsistence and pristine maintenance of Chinese customary practices. Tong Io Cheng/Wu Yanni, "Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture", *cit.*, 630 ff.

92 One of the most emphatic accounts of that *legal dualism* (with which I fully agree to the extent that captures to picture of a bifurcation between Chinese laws and Portuguese laws since immemorial times) can be found in an academic paper published in Hong Kong Journal which reads as follows: «*A dualism has been shown in all aspects of life: in the exercise of political power, the administration of justice, religious structures, trade affairs, even the urban administration*»; R. Pereira Alfonso, "The Political Status and Government Institutions of Macau", *Hong Kong Law Journal*, 16 (1) (1986): 28-48.

93 Methodology concerns, which have reached Public Law's breadth too. See D. Dragos & P. Langbroek, 'Law and Public Administration: a Love-Hate Relationship?', in E. Ongaro & S. van Thiel (eds.), *The Palgrave Handpaper of Public Administration and Management in Europe* (2017), London/New York/Melbourne/Palgrave Macmillan, (2017): chapter 54.

94 In a similar take, P. Glenn, 'Legal families and legal traditions', M. Reimann & R. Zimmermann (eds.), Oxford, Oxford Handpaper of Comparative Law (2008): *passim*.

95 Philip Langbroek, Kees van den Bos, Marc Simon Thomas, Michael Milo, Wibo van Rossum "Methodology of Legal Research: Challenges and Opportunities", *Utrecht Law Review*, Volume 13 (3), (2017): 1-2 («*In traditional legal research, academic lawyers usually do not refer to any methodology at all. Increasingly, traditional legal research is confronted with the challenge of making its methodology explicit and even of rethinking it. Academics of different disciplines point at the lack of reflection on methodological considerations in most traditional legal research designs as they compare this with what is common in their own disciplines. In many academic legal publications, research design and accounts of methods used are not discussed in detail. Usually, validity issues are ignored altogether. The question then becomes how legal research methodologically evolves, what steps should be part of it, and why, and what constitutes the validity of legal research. Experience teaches us that scholars in the different disciplines in the social sciences have their own methodological preferences and conventions. Psychologists, for example, in general prefer experiments over other methods, whereas public administration scholars tend more towards the opinion that qualitative empirical research and quantitative approaches should be combined with literature review, in a mixed methods approach*» (italics added).

96 See: Point 5. to point 5.2. of this paper.

4.1.1.1. The inauguration of a two-layered law and social reality mirrored on the coexistence of Chinese laws (Law of Great Ming) and Portuguese laws (the Ordinance period - Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas and Ordenações Filipinas) (1573-1849)

For a long-winded and long-drawn-out span of time, Chinese bodies of laws (*Law of Great Ming*)⁹⁷ and general Portuguese laws (arising out the enactment of the dubbed Ordinances)⁹⁸ have coexisted in the small territory of Macau: «In the 16th century, in Ming China, in an informal sense, were included in a compilation named «*Da Ming Lu*» (*Law of Great Ming*), a compilation of rules (above all criminal rules). For civil law matters, although the idea of a judicially enforceable agreement («*yue*») appeared already in the Han Dynasty, the state never deemed it necessary to promulgate a body of rules describing the details of such matters during the whole imperial period (up to the last years of the Qing Dynasty)»⁹⁹. This is the *legal layer*.

At the *cultural layer*, alongside with this relative informal compilation of laws, which constituted the backbone of Chinese legislation ranging from Han Dynasty to Qing Dynasty, a pristine Confucianism normative system comprising norms of rites («*Li*») coexisted with customary practices¹⁰⁰ in China¹⁰¹ (and Macau) for over 2000 years in China's millenary imperial history¹⁰².

97 Y.G. Su, *Ming Qing Lu Dian Yu Tiao Li (Codes and Regulations in the Ming and Qing Dynasty)*, China, CUP Press, (2000): 93-98 (providing an overview about Ming and Qing Dynasty legal regulations in Imperial China).

98 In the Portuguese doctrine, for a nuanced historical account about the Epoch of Ordinance, Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, Coimbra, Almedina, (1996): 272-338 (stating the origins, scope and width of Epoch of Ordinance and its impact in Portugal's legal history).

99 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*: 289.

100 Zh. P. Liang, *Customary law in Qing Dynasty: Society and State*, China, China University of Political Science and Law Press (CUP Press), (1996): 1 ff. See also: Hugh T. Scogin, Jr., Civil "Law" in Traditional China: History and Theory", *Civil Law in Qing and Republican China*, Redwood City, California, Stanford University Press, (1995): 28 ff. (emphasizing the paramount importance of this set of norms of rites and customary practices in China Imperial legal history).

101 Land law in China (profoundly interwoven with foundational concepts of public and private property) deserves the wealth of a footnote: «As far as land is concerned, one final remark must be made on Chinese law before we can move on to discuss the Macau case critically. In relation to the idea of land ownership or rights on lands, the earliest and most frequently cited text is a song from the Paper of Poetry which reads as follows: Under the wide heaven, all is the King's land. Within the sea-boundaries of the land, all are King's servants" (Northern Hill, *Minor Odes of the Kingdom, The Paper Of Poetry*). By a very restrictive and isolated reading of the above song, it seems that in ancient China (Zhou Dynasty or earlier, some 3000 years ago) there was no room at all for ordinary people to possess any right on land. However, it is strongly questioned to what extent the royal control over land was effectively exercised in such a big country and whether civic and economic activities did not imply at least a minimal basis of "private property". Passages in other classic documents such as the Mencius and Paper of Rites seem to indicate that a kind of feudalism was generally practised in the Zhou Dynasty, so that several layers of possession could be established on the on the same piece of land nominally belonging to the King. The widespread prevalence of private property as well as the official recognition of private land as distinct from public land occurred in the period of the Tang Dynasty (79 A. D.). The "Six Codes of Tang" (elaborated in 738 A.D.) implied a detailed system to distribute land to ordinary people. And most important of all, public and private land was equally protected. The land system established in the Tang Dynasty was inherited in the following centuries by other forthcoming dynasties (including Ming and Qing) with some modifications. Generally speaking, throughout the whole Chinese history (except maritime period), "land property rights" were respected by the central and local governments most of the time. Recently, a western scholar noticed that in early modern China, there was a strict link between tax payment and the protection of land property. A tax payment receipt not only served as a proof of liquidation of tax duty, but also of land transaction; sometimes, it even legitimised an illegal occupation of land»: see: Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*: 290.

102 *Id.* at 289. See also: António Manuel Hespanha, *Panorama Histórico do Direito Chinês. O Pensamento Jurídico*, Macau, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, (1994-1995): *passim*.

On the opposite pole, Portuguese legal history has been pervaded by a long period of compilation of laws¹⁰³. Such a long-haul span of time stretched from 16th Century to the 19th Century – the tagged Epoch of Ordinance¹⁰⁴. Ordinations were typically a miscellany of compiled ordinances¹⁰⁵ ranging from the temporal period of *Ordenações Afonsinas* of 1446, *Ordenações Manuelinas* of 1514, *Colecção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Lião* of 1569, to the hailed *Ordenações Filipinas* of 1595¹⁰⁶. It is often stated that *Ordenações Afonsinas*¹⁰⁷ stood as the benchmark to the subsequent ones¹⁰⁸.

At the *second layer of law and social reality*, the influence of a paramount Luhmann's social sub-system¹⁰⁹ named Religion (*pactum subjectionis*^{110/111/112}) on

103 This Epoch of Ordinance has been hailed as one of Portugal's turning point in terms of administration of justice and of a thrust to centralize and exert power over the fullest extent of its colonial territories; In the Portuguese doctrine, Henrique da Gama Barros, *História da Administração Pública dos Séculos XII a XV*, Tomo I, Lisboa, Imprensa Nacional, (1885): 72 ff.

104 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*: 289.

105 Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, *cit.*: 272-338.

106 In the Portuguese doctrine, Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, *cit.*: 272-338.

107 To a certain degree, the Portuguese Royal power has shared its clout with the no-less robust religious power (Catholic Church and its accompanying Christian faith). To some extent, they were both «powers in arms» or «brothers in arms» (so to speak). No accurate analysis on Portuguese sovereignty in Macau can possible overlook such an interplay. See in the portuguese historical doctrine: Armindo de Sousa, *História de Portugal, A Monarquia Feudal (1096-1480)*, José Mattoso (coord.), Lisboa, Editorial Estampa, (1993): 371 ff. (No reference to Macau was made though). The Portuguese King Afonso III played a pivotal role in both centralizing the ruling power and shifting it (almost) entirely towards the Royal clutch. See in Portuguese doctrine, A. L. Carvalho Homem, *Nova História de Portugal, III – Portugal em Definição de Fronteiras (1096-1325). Do Condado Portucalense à Crise do Século XIV*, Maria Helena Cruz Coelho/A. L. Carvalho Homem (coord.) Lisboa, Editorial Presença, (1996): 133 ff.

108 Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, *cit.*: 272-338.

109 For a nuanced and fine-grained account on Luhmann's social systems: Hugo Luz dos Santos, *Towards a Four-Tiered Model of Mediation (Against the Background of a Narrative of Social Sub-systems in Everlasting Cross-Fertilization)*, Singapore/Beijing/Berlin/New York, Springer Nature, (2023): 1-217, which I will follow closely in this regard.

110 *Pactum subjectionis* has been inscribed at Digesto's (1, 4, 1) in the following excerpt (in Latin), which reads as follows: «*quod principi placuit legis abet vigorem; utpote cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne sum imperium et potestaem conferat*». See in the Portuguese doctrine, José Adelino Maltez, *Nova História de Portugal, Vol. V, - Portugal. Do Renascimento à Crise Dinástica*, J. J. Alves Dias (coord.), Lisboa, Presença, (1998): 370 ff; Luís Cabral da Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, 2ª edição, reimpressão, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, (1995): 73 ff; Manuel Paulo Merêa, "As teorias políticas medievais no "Tratado da Virtuosa Bemfeitoria", *Estudos de História do Direito*, Coimbra, (1923): 179 ff.

111 This finding (*pactum subjectionis*) chimes in with the Thomistic Philosophy background according to which King's supremacy derived from the dubbed *pactum subjectionis*: all power derived from a greater source (God Almighty) which was subsequently imparted to the people and thereafter to the king. See: Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, V Volumes, Christian Classics; English Dominican Province Translation edition (June 1, 1981), (1981): passim (on these astounding essays a detailed account on Christian thought is provided – a paper which has had a paramount and ground-breaking impact on philosophy and religion since the thirteenth century sending ripples across the navigable eternity).

112 António Manuel Hespanha, *História das Instituições. Épocas Medievais e Moderna*, Coimbra, Almedina, (1982): 199 ff; Marcelo Caetano, *História do Direito Português*, I Volume, Lisboa, Verbo, (1981): 469 ff.

the enactment¹¹³ and interpretation of the Ordinances¹¹⁴ was (thus) ubiquitous. This compilation - or miscellany - of Ordinances was far from being a mere amalgamation of rules and laws though. Ordinances encompassed a far-reaching and overriding objective of regulating nearly-all aspects of Portugal's legal life¹¹⁵ ranging from administration of justice, ground taxes, local taxes, royal and municipal posts, criminal offences, and misdeeds, to civil matters and beyond (even legal procedures)¹¹⁶.

Reinforcing an evident connection between Portuguese law and Catholic Church¹¹⁷ (*at the second layer of law and social reality*), citizens' personal status was regulated by an entirely different body of laws¹¹⁸ – Canon-Catholic-inspired-Law and Roman-Catholic-inspired-Law^{119/120/121}. Against this backdrop, no surprise springs from the fact that a batch of

113 A converging stance can be found in: Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*: 289.

114 Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, *cit.*: 272-338.

115 Thus further blurring the lines between private sphere (private law) and public sphere (public law). See: John Christman, *Myth of Property: toward an egalitarian theory of ownership*, Oxford, Oxford University Press, (1994): *passim*. For a brief thumbnail sketch about public land property system in Imperial China, Y. Li/ J. G. Wu, *A historical account of public land property system in ancient China*, China, Yunan People Press, (1997): 9 ff.

116 Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, *cit.*: 272-338.

117 *Id.*

118 *Id.*

119 *Id.*

120 Roman's law influence in Portugal legal system was indisputable. Especially from the land law standpoint. Controversies on the breadth and scope of Portuguese laws (Roman-law-inspired) and the extent of the permission granted by the Ming Dynasty to the Portuguese to settle in Macau have been hanging aloft for a protracted period of time. Unsurprisingly, the Chinese tolerance towards the Portuguese has been pinpointed by renowned doctrine: «Before the colonial period, the Portuguese land law (comprising those in the Ordinance and Roman law) was already the only land law applicable in Macau. However, two inferences drawn from those set of documents do not allow for this assumption. First, the order of the Qing officials clearly demonstrated that Chinese living inside Macau, before the Portuguese moved in, were allowed to stay and own their property or to transact it in accordance with Chinese law. Second, the above-mentioned Portuguese prohibitions imply that there were Portuguese residents ignoring the rule and selling and mortgaging house to Chinese. Therefore, the most reasonable conclusion shall be that before the colonial period, the Portuguese land law applied land law dominantly inside Macau inside Macau but in general, it was still a system of legal pluralism. (.....) Portuguese land law was at least applied on transactions of landed property in Macau, though not exclusively. It is also clear that in the Portuguese legal system of the 16th century, Roman law was the main body of law governing land transactions and civil life in general. According to the Roman legal concept, a sale or purchase of land is only valid if the seller has ownership. However, it is assumed that the Portuguese were asked to pay a ground rent (*foro de chão*). Hence, the tenure they had over Macau lands must be considered as a lease, which is a concept clearly different from ownership under Roman law. However, this dogmatic contradiction was considered neither by the Portuguese nor by Chinese living in the area. Even according to official records from both sides, lands in Macau were protected and transferred, as if the Portuguese did have ownership. Of course, this was in accordance with Portuguese interests. However, it is less clear why also Chinese disregarded this contradiction. For them, the permission given by the Ming Dynasty and later by the Qing Dynasty implied only the right of the government to supervise the activities of the Portuguese and to collect rent from them every year. They had no difficulties qualifying a Portuguese settler who built a house inside the rented territory as the owner of that land and house. In fact, for ancient Chinese intellectuals and government officials the border line between politics and law was blurred. Besides, since the so-called "lease" was not a written agreement, in the Qing Dynasty, it was almost impossible to define the exact area rented to Portuguese settlers. However, it should be noted that throughout the late Ming Dynasty and Qing Dynasty, the Portuguese were not allowed to build new houses without permission of Chinese officials, and the original area attributed to the first comers extended only the size of one narrow street (from the Fortaleza Monte to the Colina de Penha). Despite all these constraints, starting from the 17th century, the Portuguese, through various means, gradually occupied the lands surrounding the original settlement spot. As a consequence, Portuguese assumption primitive rights over the lands they occupied the lands they occupied without the permission of Chinese remained controversial in later periods»; Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*: 291-292.

121 See also about this period: Geoffrey C. Gunn, *Encountering Macau: A Portuguese City-State on the Periphery of China*, Gunn Editions, (2005), 8 ff.

Luhmann's social sub-systems (ranging from religion, law, and culture) were interacting with each other on a permanent basis back then. A connection that the Ordination Epoch (*Época das Ordenações*) would stiffen.

When the Portuguese established themselves in Macau (back in 1557), *Ordenações Manuelinas*¹²² were in force¹²³. It should not come as a surprise that from this moment onwards «all major changes in the continental Portuguese legal system affected Macau law»¹²⁴.

Notwithstanding some major subjective exceptions, *Ordenações Manuelinas* were also applicable in Macau from that date (1557) onward¹²⁵, as further shown below. Consistent with an early stage of a *two-layered law and social reality*, Portuguese law was only applicable to Portuguese or Chinese converted to Christianity¹²⁶. Chinese law was applicable only to Chinese (who upheld a Confucianism-based culture and beliefs)¹²⁷.

4.1.1.2. A two-layered law and social reality in the administration of justice in Macau – The Captain Chief of Journey of China and Japan (*Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão*) and the Chinese Justice named Mandarin (1573-1623)

A two-layered law and social reality could be also ascertained at the administration of justice level. Two separate bodies of administration of justice coexisted. At the *first layer of law and social reality*, there was a system administration of justice for Chinese who nurtured Confucianism-based beliefs. At the *second layer of law and social reality*, there was a system of administration of justice for both Portuguese and Chinese converted to Christianity (to whom both the Portuguese law and Portuguese administration of justice applied).

At the *second layer of law and social reality*, the Captain Chief of Journey of China and Japan (*Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão*)¹²⁸, has received from the Portuguese crown a wide-scope mandate to exert powers¹²⁹ at the administration of justice level in Macau¹³⁰.

122 A converging stance can be found in: Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*: 289.

123 Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, *cit.*: 272-338.

124 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*: 289.

125 *Id.*

126 António Manuel Hespanha, *Panorama Histórico do Direito Chinês. O Pensamento Jurídico*, *cit.*: 31-46.

127 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*: 291.

128 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 62.

129 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, *cit.*: 69 ff.

130 Charles Ralph Boxer, *Fidalgos no Extremo Oriente*, *cit.*: 12 ff.

Captain Chief of Journey of China and Japan (*Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão*) was chosen annually either by the Portuguese King¹³¹ or the Vice King of India amongst a cohort of noble citizens¹³² amenable - some would say entitled - ¹³³ to receive such a high distinction¹³⁴. Such an honorific award was mainly due to outstanding contributions to the Portuguese crown¹³⁵ in a given span of time¹³⁶.

If such an award was granted to a *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão*, he would wield a sizeable power in (at) the Far East¹³⁷. Especially from the trade and commerce standpoint¹³⁸. *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* would rule with a nearly-absolute and undisputed power¹³⁹. Alongside the trade and commerce monopoly¹⁴⁰, *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* was allotted a representative role¹⁴¹.

This role entailed representing Portuguese crown's interests in commercial strongholds¹⁴² held in-between Malaca and Japan¹⁴³. *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* was assigned a handful of administrative chores¹⁴⁴ ranging from anodyne to highly relevant ones. Such as the administration of justice¹⁴⁵. *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* exerted this power towards either Portuguese citizens¹⁴⁶ or newly-converted Christians (*cristãos novos*)¹⁴⁷ living in newly-conquered colonies or newly-conquered commercial strongholds¹⁴⁸.

131 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 69 ff.

132 *Id.*

133 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 63.

134 *Id.*

135 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 69 ff.

136 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 63.

137 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 69 ff.

138 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 63.

139 Charles Ralph Boxer, *Fidalgos no Extremo Oriente*, cit.: 12 ff.

140 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 69 ff.

141 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 62-63.

142 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 69 ff.

143 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 62-63.

144 Charles Ralph Boxer, *Fidalgos no Extremo Oriente*, cit.: 12 ff.

145 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 69 ff.

146 The far-reaching extent of *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão's* powers (which not only entailed administration of justice but extended also to law enforcement) can be gauged by this excerpt in Portuguese language: «os capitães das naus ou frotas reais ou de navios privados, enquanto pessoas encarregues da direcção da frota ou do navio, tinham poderes jurisdicionais, sendo-lhes permitido o uso de medidas coercivas. Os capitães de frota detinham ainda poderes conferidos no seu regimento»; António Manuel Hespanha, *Panorama Histórico do Direito Chinês. O Pensamento Jurídico*, cit.: 71; See: João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 63.

147 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 62-63.

148 *Id.*

Exerting judicial powers and administrating justice in Portuguese domains, strongholds, and colonies in the Far East fell well within *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão's* jurisdiction¹⁴⁹. This prestigious role derived from Portuguese Ordinations¹⁵⁰ (enacted during the long-lasting Epoch of Ordinances, whose majestic influence traversed a long-winded span of time from 16th century to 19th century), which have awarded sizeable powers to Captains of Cities of Africa (*Capitães dos Lugares de África*)¹⁵¹.

As hinted above, at the *two-layered law and social reality* level, Ordinations (*Ordenações*) were fully applicable in Macau from 1557 onwards to either Portuguese citizens or Chinese newly-converted to Christianity¹⁵² (*cristãos novos*)¹⁵³. In sum, at the administration of justice level¹⁵⁴, *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão's* task¹⁵⁵ in Macau¹⁵⁶ was not circumscribed to dealing with every-day issues related to Portuguese citizens. Rather, it also encompassed overseeing and exerting the administration of justice in Macau to either Portuguese citizens or Chinese newly-converted to Christianity (*cristãos novos*).

As emphasized earlier in this section, *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão's* broad-scope judicial powers¹⁵⁷ in Macau¹⁵⁸ comprised the administration of justice in Macau¹⁵⁹ to either Portuguese citizens or Chinese newly-converted to Christianity (*cristãos novos*)¹⁶⁰. Chinese citizens non-converted to Christianity fell under the jurisdiction of Chinese Officials^{161/162} named *mandarins*^{163/164}. As previously asserted, the exis-

149 *Id.*

150 *Id.*

151 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 71 ff.

152 *Id.*

153 *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão's* jurisdiction (which, as mentioned, not only comprised the administration of justice but extended also to law enforcement) can be also ascertained by this excerpt in Portuguese language: «Portanto, era ao Capitão-Mor que cabia, durante os intervalos das suas viagens (isto é, enquanto esperava pelos ventos de monção para prosseguir viagem até ao Japão) dirigir os assuntos dos portugueses em Macau e administrar a justiça»; see: João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, cit.: 63.

154 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 71 ff. See also: Rosemarie Wank-Nolasco Lamas, *History of Macau – A student's manual*, cit.: 18 ff.

155 C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 58 ff.

156 Charles Ralph Boxer, *Fidalgos no Extremo Oriente*, cit.: 12 ff.

157 C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 58 ff.

158 Charles Ralph Boxer, *Fidalgos no Extremo Oriente*, cit.: 12 ff.

159 João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, cit.: 63.

160 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 71 ff.

161 C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 58 ff.

162 See Rosemarie Wank-Nolasco Lamas, *History of Macau – A student's manual*, cit.: 18 ff.

163 João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, cit.: 63.

164 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 71 ff.

tence of a pristine Confucianism normative system¹⁶⁵ comprising norms of rites («*Li*») coupled with customary practices^{166/167} pervaded this area (China and Macau) for over 2000 years in China's millenary imperial history^{168/169}.

Against this background, it would hardly amount to a figment of a bewildering imagination to assert that *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* wielded an astounding judicial power in Macau back then¹⁷⁰. The width of his judicial powers is self-explanatory: *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* was responsible for trialling a host of crimes and misdemeanours in last instance¹⁷¹. Exceptions were made to either crimes to which death penalty could be applied or crimes perpetrated by aristocrats¹⁷². Cases in which regional security was in jeopardy would also fall outside the remit of *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão's* jurisdiction. In such cases, *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* lacked judicial power to trial such cases¹⁷³.

In such cases, appeals were to be made to the Court of Second Instance of Goa (India) to which *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* was hierarchically subordinated¹⁷⁴. Further to a copious social outcry and widespread dissatisfaction with the administration of justice¹⁷⁵, *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão's* role was

165 *Id.*

166 Zh. P. Liang, *Customary law in Qing Dynasty: Society and State*, China, CUP Press, (1996): 1 ff.

167 Hugh T. Scogin, Jr., Civil "Law" in Traditional China: History and Theory", *Civil Law in Qing and Republican China*, cit.: 28 ff (on the paramount importance of this set of norms of rites and customary practices in China Imperial legal history).

168 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", cit.: 289.

169 In Portuguese doctrine, António Manuel Hespanha, *Panorama Histórico do Direito Chinês. O Pensamento Jurídico*, cit.: 8 ff.

170 See Second Paper, Title XXVIII, Prologue and First Paragraph, *Ordenações Manuelinas*, available at: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/12p138.htm>. (access: 1.07.2023).

171 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 63.

172 *Id.*

173 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 68 ff.

174 *Id.*

175 Portrayed in the following excerpt in Portuguese: «Pouco depois da ascensão ao trono de Filipe II (I de Portugal), perante o descontentamento generalizado na administração da justiça, este encarregou uma comissão para averiguar e solucionar os problemas relativos à aplicação da justiça. O resultado dessas averiguações foi a Lei da Reforma da Justiça, em 28 de Julho de 1582, que, nas palavras de Cândido Mendes de Almeida, era "por si só um Código de Processo Civil e Criminal", onde, basicamente, se tratava do procedimento nos vários tribunais, dos recursos, entre outras matérias processuais. Também durante o reinado de Filipe I procedeu-se à reforma das Ordenações Manuelinas, as quais deram lugar às Ordenações Filipinas. No que toca aos poderes jurisdicionais dos Capitães-Mores, na época das Ordenações Filipinas, pouco ou nada mudou, acrescentando-se, porém, que não caberia recurso dos casos que julgassem a traição, sodomia, roubo e furto em navio (*Título XLVIII, Livro 2, número 1*), e, desde que não contrariassem as disposições das Ordenações, o Capitão podia aplicar as "Cartas ou Regimentos que lhes fôr outorgado" (número 2) entre outras alterações». See: João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit., 64, whose stellar research I have been following closely.

abolished in 1623¹⁷⁶. General Chief Captain (*Capitão-Geral*), an eminent military role with ties to the Civil Governor (*Governador Civil*) role, followed suit¹⁷⁷.

Standing in stark contrast with the *second layer of law and social reality*, at the *first layer of law and social reality* there was a bespoke system of administration of justice to Chinese citizens non-converted to Christianity. Such justice would be served to the latter according to pristine Confucianism normative system comprising norms of rites («Li») coupled with customary practices¹⁷⁸. A (vivid) portray of a (vibrant) millenary culture.

A millenary culture that was deeply steeped in Macau's backbone way before the «arrival of the birds» (the Portuguese) in 1513. Hence the expression *cultural originalism*. Whose main cultural traits (a Confucian-beliefs-based one) remained unscathed in Macau ever since.

With this backdrop in mind, the traits of a *two-layered cultural originalism* have begun to blossom in Macau as far back as 1557. This phenomenon was enabled by the jurisdiction-bifurcation of Portuguese citizens or Chinese newly-converted to Christianity (*cristsãos novos*) that were to fall under the jurisdiction of Portuguese Law and Chinese citizens non-converted to Christianity that were to fall under the jurisdiction of Chinese Confucianism normative system. This normative system («Rites») was applied concomitantly and seamlessly with millenary customary practices under the guidance and tutelage of Chinese *mandarins*¹⁷⁹. Solving disputes through conciliatory means (including Mediation)¹⁸⁰ was an important part of it. To a certain extent, a *two-layered*

176 *Id.* at 63.

177 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: *passim*.

178 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", cit.: 289. See also: Tong Io Cheng/Wu Yanni, "Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture", cit., 628 ff.

179 *Id.*

180 See: Peter Chi Hin Chan, "Dispute Resolution under the Belt and Road Initiative: Constructing an Effective Mediation Regime in the Guangdong-Hong Kong-Macau Bay Area," *Asian Dispute Review*, 125-130, July 2018; Peter Chi Hin Chan, "Civil Mediation in Imperial, Republican and Modern-day China: Historical and Cultural Norms under the Traditional Chinese Legal Order," *The Legal History Review (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)* 85, 577-602, 2017, Peter Chi Hin Chan, "China's Grand Mediation Strategy for Social Stability: A Study on Out-of-Court Mediation Procedures," *Revista de Processo Comparado* 6(3), 81-111, 2017; "A Distorted Mediation Landscape: Judicial Mediation in the Chinese Civil Courts," *Nederlands-vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement (TMD) [Dutch-Flemish Journal for Mediation and Conflict Management]* 20(3), 6-18, 2016; Peter Chi Hin Chan, "An Uphill Battle: How China's Obsession with Social Stability is Blocking Judicial Reform," *Judicature* 100(3), 14-23, 2016, Peter Chi Hin Chan, "OPCIONES DE MEDIACIÓN PARA RESOLVER DISPUTAS COMERCIALES EN CHINA" [Mediation Options for Resolving Commercial Disputes in China: A Guide for Foreign Enterprises], *Revista Chilena de Derecho* 41(1), 153-170, 2014 (in Spanish). Also published in *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2, 49-56, 2012 (in English); Peter Chi Hin Chan, "The Enigma of Civil Justice in Imperial China: A Legal Historical Enquiry," *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 19(2), 317-337, 2012; Efficiency and Truth in Civil Fact-finding: The Evolving Role of the Judge in Mainland China and Hong Kong and the Effect of the Policy Preference for Court Mediation on Fact-finding in the People's Courts," in C.H. van Rhee & Alan Uzelac eds., *Truth and Efficiency in Civil Litigation: Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative Context*, Antwerp: Intersentia, p. 231-260, 2012.

law and social reality and a *two-layered cultural originalism* were deeply intertwined from the outset.

In a converging stance, it has been said that laws and customs (a set of cultural-based norms) were - and still are - inextricably intertwined in Imperial China and in a place known as Macau¹⁸¹ nowadays¹⁸²: «A long time ago, the place known as Macau nowadays was already inhabited by Chinese residents from the nearby regions. In the Ming Dynasty, when the Portuguese were allowed by local officials to settle, it was region governed by Xiangshan County, Guangdong Province, where Chinese law applied. At the time, the legal system in force could be represented in *two levels; the written law of the Ming Empire*, and the *regional customs* of Guangdong Province and Xiangshan Country. The former mainly included a synthetic code titled “Ming Lü” (*Ming Dynasty Code*), which structure and content borrowed mainly from the Tang Lü (*Tang Dynasty Code*)».¹⁸³

«In ancient China, just like many other ancient civilization, judicial and administrative functions were not performed separately. Some administrative powers were shared by the officials according to the Emperor's delegation. However, the Emperor himself also reserved the legislative power. Official law always includes two main components, penal law and administrative law. The “unofficial” law was the customary law of the people, rules that developed in localities or in merchant guilds for handling of matters of common concerns. The magistrate could derive principles of civil law directly from provisions of the penal code or indirectly read into a criminal statute to excavate a basis for a private civil suit»¹⁸⁴.

Unlike Portuguese legality-driven and equality-driven bodies of laws, Chinese Confucian normative system's «blood-stream» (in force in Macau prior the arrival of the Portuguese settlers) was undergirded by morality. Thus being morality-driven. Concerns about equality were neither pre-emptive nor mandatory: «Finally, in terms of spirit, the *Confucian view of law was always centred on morality*. Also, where a new piece of legislation was being considered, discretion would be used to assess its relationship to the existing law. *Equality before law was never officially accepted as a legal principle and a practice*. Besides, a person could not be convicted without a confession; torture was often used to elicit such a confession. In conclusion, before the Portuguese' settlement in the middle of the 16 th century, Macau was ruled under a centralized monarchical hegemony similar to other parts of China. *The traditional Chinese legal culture was composed of a social-legal structure rooted in Confucianism and rulings of a monarchical hegemony*»¹⁸⁵. Hence the expression (Chinese) *cultural originalism* at the first layer of law and social reality in Macau.

181 Tong Io Cheng/Wu Yanni, “Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture”, *cit.*, 628 ff.

182 Liu Haiou, *Outline of the Macau Legal History*, China, Jilin University Press, (2009): 1-18.

183 Tong Io Cheng/Wu Yanni, “Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture”, *cit.*, 628 ff (italics added).

184 *Id.*

185 *Id.*

4.1.1.3. The creation of the Senate of Macau (*Senado da Câmara*) (1583-1849): The beginning of an autonomous administrative path or the onset of the era of divide and conquer between Portuguese judicial actors?

At the purely administrative level, there were conspicuously clear signs that the Portuguese were seizing the opportunity to establishing their own city government in Macau¹⁸⁶. Bearing that assertion very firmly in mind, Bishop D. Leandro de Sá (between 1583 to 1585)^{187/188} has summoned all the prominent Portuguese citizens dwelling in Macau with a view to garner their attention about the organization and model of governance¹⁸⁹. From that long-held deliberation emerged the *Senate* (*Senado da Câmara*)^{190/191}, which was officially recognized in 1586 by the Vice-King of India (*Vice-Rei da Índia*)^{192/193}.

The Senate had exquisite characteristics (better said: an abnormal wide range of powers) ranging from purely administrative powers to eminently judiciary ones¹⁹⁴. From a certain span of time onwards (depending on the exact date of Senate's creation in Macau)¹⁹⁵, there was a schizophrenic coexistence between *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* (and thereafter his functional heir *Capitão-Geral*) and *Senado da Câmara*. Functional coincidence which has led to constant strife between both ends. Eventually, such an acrimonious war turf would prove dreadful to the trustworthiness of both thus prompting their disbandment.

186 *Id.* at 630.

187 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 64.

188 There are neither iron-clad (let alone air-tight) certainties regarding the exact dates of Senate's creation nor regarding its founding fathers. Some glaringly different historical accounts (sometimes from the same author) have surfaced. Some historical reports stated that *Senado* was created in 1583 under the auspices of Bishop D. Belchior Carneiro (or Melchior Carneiro for some authors). Some historical accounts asserted that were instead the Portuguese traders the founding fathers of the Senate back in 1562. See: Luís Gonzaga Gonçalves, "Leal Senado da Câmara de Macau", *Macau – Um Município com História*, António Aresta/Celina Veiga de Oliveira, Macau, Edição do Leal Senado, (1997): 13 ff; Luís Gonzaga Gonçalves, "O Município Macaense", *Macau – Um Município com História*, António Aresta/Celina Veiga de Oliveira, Macau, Edição do Leal Senado, (1997): 43-45; Luís Gonzaga Gonçalves, "Os inícios da cidade de Macau", *Macau – Um Município com História*, António Aresta/Celina Veiga de Oliveira, Macau, Edição do Leal Senado, (1997): 106 ff; Converging: João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 64-65.

189 *Id.* at 64.

190 In the Portuguese doctrine, António Aresta/Celina Veiga de Oliveira, *O Senado -Fontes Documentais para a História do Leal Senado*, Macau, Edição do Leal Senado, (1998): 18 ff.

191 C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, *cit.*: 53 ff. (Asseverating that Senate's creation can be traced as far back as 1583 further the initiative of Bishop D. Belchior Carneiro).

192 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 64.

193 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, *cit.*: 75 ff.

194 *Id.*

195 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 64.

The Senate had functional jurisdiction over criminal and civil matters¹⁹⁶ regarding Portuguese citizens and Chinese converted to Christianity residing in Macau. Two judges were functionally linked to the Senate exerting their powers as for trialling and sentencing both criminal and civil cases¹⁹⁷. Just like *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão's* (and thereafter his functional heir *Capitão-Geral*), appeals from Senate's judges were to be made to either the Chief Justice (*Ouvidor*) or the Court of Second Instance of Goa¹⁹⁸ (India).¹⁹⁹

Besides, Senate had a cohort of Peace Judges (*Juízes de Paz*)²⁰⁰. Unlike judges, their roles were not driven by strict-legality concerns. In a certain way, *Juízes de Paz* sprang into action a (non-nugatory piece of) administration of justice underpinned by quasi-conciliatory means. Yet, conspicuously far from mediation canons though.

Amidst a vast array of administrative reforms undertaken by the Portuguese politician Mouzinho da Silveira, *Senado da Câmara* was partially expunged somewhere in the middle of the XIX century²⁰¹. Never-ending functional clashes with *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* (alongside staggering reputational damages inflicted upon both their functional integrity) hastened such a predictable outcome. Thereafter, *Senado da Câmara's* jurisdiction²⁰² got severely constrained as it was circumscribed to dealing with merely administrative²⁰³ matters²⁰⁴.

Senado da Câmara was later renamed as Loyal Senate (*Leal Senado*). Somewhere in the first quarter of the XVIII (1720), *Leal Senado* regained judicial powers. Thus rekindling the acetous feuds and war turfs amongst Portuguese administration of justice organs²⁰⁵. More on this at the following sub-chapters.

4.1.1.4. The creation of the Procurate of Macau (Procurador) (1584): The beginning of an era of Sino-Portuguese judicial network cooperation: Two sides of the same coin or two coins instead?

At the outset of this section one must emphasize that the Portuguese never acted as conquerors²⁰⁶ or undisputed rulers in Macau²⁰⁷. Instead, they have carefully customized

196 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 55 ff.

197 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 64.

198 *Id.*

199 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 55 ff.

200 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 65.

201 *Id.*

202 António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, cit.: 55 ff.

203 *Id.*

204 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 65.

205 *Id.*

206 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", cit.: 290 ff.

207 Tong Io Cheng/Wu Yanni, "Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture", cit., 630 ff.

a «picturesque» image of mere traders or (ephemeral?) visitors²⁰⁸. This image punctiliously crafted by the Portuguese settlers would eventually yield tangible results. It conveyed to the outer world an image of western-people-amenable-to-living-in-the-Far-East. This bespoke image might have progressively eroded the resistance of the Chinese in regards of the presence of the Portuguese in Macau. Furthermore: not only decreased acrimony (if any) between both communities, but also boosted (to a certain extent) social cooperation between them thereafter. A clear-cut (and rather perspicuous) sign of that was the increase of Portuguese settlers that began to come-and-dwell in Macau²⁰⁹. This was a hint that the harmless image of mere traders and visitors conveyed by the Portuguese settlers eventually bore fruits.

At the very end of the XVI century, there were diaphanous signs that the initial mistrust between both communities was being increasingly dispelled. As adduced by illustrious doctrine: «gradually, it seems a kind of balance or harmony was established between the Chinese government and the Portuguese community in Macau».²¹⁰

A seemingly harmonious relationship between Chinese authorities and Portuguese rulers gave rise to an era of unprecedented *judicial network cooperation*. With this backdrop in mind, the Procurate (*Procurador*) was created by the Portuguese community in 1584²¹¹. *Procurador's* task was to act as a kind-of liaison official (thus an intermediary)²¹² between local authorities, Chinese Imperial government, and the Provincial Government of Canton (*Governo Provincial de Cantão*)²¹³.

Procurador's creation was not a sole and square «invention» of the Portuguese community though. Rather, it has received local Chinese acquiescence. Likewise, *Procurador* has been officially endorsed by the Chinese Emperor in 1584 as a second rank Mandarin officer (*Mandarin de Segundo Grau*). This nomination was aimed at fostering social connections between the Portuguese community and the Chinese community. *Procurador* thus served as an intermediary between the Portuguese community and the Provincial Government of Canton (*Governo Provincial de Cantão*)²¹⁴.

This newly-created position (*Procurador*) has heralded a new era in the institutional and legal relationship between Portuguese local authorities and Chinese Imperial

208 *Id.*

209 See João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit., passim*. See also: Tong Io Cheng, “Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the “Colonial” and the “Post Colonial” Context”, *cit., passim*; Tong Io Cheng/Wu Yanni, “Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture”, *cit., passim*.

210 Tong Io Cheng/Wu Yanni, “Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture”, *cit.*, 630.

211 C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, *cit.*: 55 ff.

212 Aureliano Campino da Rosa Barata, “Procuratura do Expediente Sínico”, *Ditema – Dicionário Temático de Macau*, Vol. IV, Leonor Diaz Seabra/António Rodrigues Baptista (Coordenação), Macau, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Português, Universidade de Macau editora, (2011): 1245 ff.

213 See João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 65.

214 *Id.*

Government. Although maintaining markedly different layers of *law and social reality* and keeping untouched their respective *cultural originalism*²¹⁵, Chinese authorities ascribed jurisdiction to the *Procurador* to trial Chinese citizens non-converted to Christianity²¹⁶ nonetheless. Amongst these newly-assigned judicial powers to the *Procurador* stood the right to expel Chinese citizens non-converted to Christianity if they posed an eminent threat to public order²¹⁷.

Additionally, *Procurador* was entitled to hold informal hearings and entertaining complaints from the Chinese community against Portuguese citizens and vice-versa²¹⁸. Although this was not clearly an administration of justice through conciliatory means (let alone mediation)²¹⁹, one cannot fail to see a glimpse of it.

Besides the afore-known jurisdiction and judicial powers attributed by the Chinese Imperial Government²²⁰, *Procurador's* powers also comprised trialling and sentencing misdemeanours perpetrated by Chinese citizens non-converted to Christianity²²¹. Such misdemeanours were immediately trialled and sentenced by the *Procurador*²²². *Procurador* had also jurisdiction²²³ over felonies (such as battery and robbery) perpetrated by Chinese²²⁴ citizens non-converted to Christianity in which Portuguese citizens were the aggrieved parties²²⁵. In such cases (felonies)²²⁶, *Procurador* held preliminary hearings under oath²²⁷.

215 See Point 5. to point 5.2. of this paper (on China's and Macau's cultural originalism to solve disputes through amicable means on the heels of Confucianism with a view to both grasp social harmony and foster a biddable and long-lasting relationship).

216 C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 57 ff.

217 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66.

218 Aureliano Campino da Rosa Barata, "Procuratura do Expediente Sínico", *Ditema – Dicionário Temático de Macau*, cit., 1245 ff.

219 The doctrine affords some importance to the *Juizes de Paz* in this regard. See: João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66; Aureliano Campino da Rosa Barata, "Procuratura do Expediente Sínico", *Ditema – Dicionário Temático de Macau*, cit., 1245 ff.

220 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 136 ff.

221 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66.

222 *Id.*

223 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 137 ff.

224 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66.

225 *Id.*

226 Aureliano Campino da Rosa Barata, "Procuratura do Expediente Sínico", *Ditema – Dicionário Temático de Macau*, cit., 1245 ff.

227 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66.

Subsequently, Chinese citizens non-converted to Christianity who had committed felonies were to be, would be, handed over to a Chinese magistrate in Canton²²⁸ to be trialled and sentenced²²⁹. Whenever a murder occurred, Chinese citizens non-converted to Christianity would be immediately arrested by the *Procurador*²³⁰. Thereafter, Chinese *Mandarins* (officials that applied Chinese law and customs)²³¹ would come along to Macau to process the corpse²³². At the same time, the Chinese defendant would be sent over to Canton²³³ for trial and, should that be the case, execution²³⁴.

It would be unwise - and ultimately inaccurate - to assert that the *two-layered law and social reality* (which has pervaded Macau legal history) was dispelled in «thin air» though. I would deem this period as a *Sino-Portuguese judicial network cooperation*. With slight nuances, Portuguese law was still applied to both Portuguese and to Chinese converted to Christianity. Chinese law was still applied to Chinese non-converted to Christianity. In this vein, there were two coins instead of two sides of the same coin. This conclusion will be reinforced in the following sections.

4.1.1.5. The creation of the Chief Justice of Macau (*Ouvidor*) (1587-1720): One more judicial actor to fuel the tension between *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão*, *Leal Senado* and the *Procurador*?

Whilst is not certain the exact date in which the Chief Justice's (*Ouvidor*) was created²³⁵, one can set forth the date of 16th of February of 1587²³⁶. As adduced by the Portuguese doctrine, this date has signalled the enactment of a paramount *Regiment*

228 Aureliano Campino da Rosa Barata, "Procuratura do Expediente Sínico", *Ditema – Dicionário Temático de Macau*, cit., 1245 ff.

229 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 137 ff.

230 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66.

231 Aureliano Campino da Rosa Barata, "Procuratura do Expediente Sínico", *Ditema – Dicionário Temático de Macau*, cit., 1245 ff.

232 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66.

233 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 137 ff.

234 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66.

235 See in the Portuguese doctrine, Carla Araújo, "Ouvidor", *Ditema – Dicionário Temático de Macau*, Leonor Diaz Seabra/António Rodrigues Baptista (Coordenação), Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Português, Macau, Edição da Universidade de Macau, Vol. IV, (2011): 1097 ff. Converging: João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.

236 See in the Portuguese historical archive, "Regime da Reiação, e Ministros da Justiça da Índia, Título do regimento do Ouvidor de Macão nas partes da China", *Arquivo Portuguez Oriental*, fascículo 5.º, 3ª parte, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, (1866): 1143 ff. Converging: João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.

(*Regimento*)²³⁷. Such *Regimento* of 16th of February of 1587 has symbolically marked the outset of *Ouvidor*'s²³⁸ tenure in the administration of justice of Macau²³⁹. This *Regimento* has been enacted pursuant a bevy of administrative and judicial reforms²⁴⁰ undertaken on Portuguese colonies in East Africa Coast and Far East²⁴¹.

Ouvidor's main tasks boiled down to assisting the *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* in administrating justice in Macau at the second layer of law and social reality. Namely, preparing all the cases, trialling (as *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão*'s assistant)²⁴² criminal and civil suits and signing²⁴³, alongside the former, all the decisions that were made during their tenure²⁴⁴.

Ouvidor's jurisdiction was rather broad. He had jurisdiction to trial all criminal and civil cases (pursuant art.º 1 of the Regiment of Macau's *Ouvidor* in China)²⁴⁵. Additionally, *Ouvidor* had jurisdiction to trial, in last instance, all civil and criminal cases that fell within *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* jurisdiction²⁴⁶ (pursuant the jurisdiction outlined on Paper 2, Title 47, of Filippine Ordinations)²⁴⁷. In such cases, their decisions were not appealable to the Second Instance Court of Goa (India)²⁴⁸.

Pursuant IV Regiment of Macau's *Ouvidor* in China, *Ouvidor* had the duty to prepare and trial all the criminal cases²⁴⁹. As soon as all the preliminary hearings and proceedings were finished, *Ouvidor* had the incumbency to inform *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* accordingly²⁵⁰. Further this formal notice, the latter would schedule a date for trial²⁵¹. Pursuant IV Regiment of Macau's *Ouvidor* in China, *Ouvidor* had the duty to write down the decision which would close the case. Such a decision needed to be signed by the *Ouvidor* and the *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão*²⁵².

237 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 137 ff.

238 *Id.*

239 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66 ff.

240 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 137 ff.

241 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66 ff.

242 Carla Araújo, "Ouvidor", cit.: 1097 ff.

243 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66 ff and passim, whose research I have been following very closely.

244 Carla Araújo, "Ouvidor", cit.: 1097 ff.

245 *Id.*

246 *Id.*

247 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 137 ff.

248 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66 ff.

249 Carla Araújo, "Ouvidor", cit.: 1097 ff.

250 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 137 ff.

251 *Id.*

252 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 66 ff.

In case of dissension between *Ouvidor* and *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão*, a consensus could not be reached. Conversely, a decision would not be issued²⁵³. In such cases, the oldest council member (*alderman*) working in *Senado da Câmara*²⁵⁴ would be summoned. Such council member would be entitled to have a quality vote to untie the standoff. Further a new round, if a majority had been reached, the decision was to be written down mirroring the newly-reached majority.²⁵⁵

Should the *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* be unavailable (or travelling across other Portuguese colonies or commercial strongholds)²⁵⁶, the *Ouvidor* had the incumbency to trial and sentencing all criminal cases that fell under its jurisdiction as if the *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* was present (pursuant VI Regiment of Macau's *Ouvidor* in China)²⁵⁷.

*Ouvidor*²⁵⁸ had the incumbency to trial and sentencing all criminal cases²⁵⁹ that fell within its jurisdiction²⁶⁰ (being that those crimes to which the dead penalty would be applicable provided the defendant was a layperson (*peão*)²⁶¹. Should the defendant be a noble or aristocrat²⁶², prior to reaching a decision or to its enforcement (should that be the case), a binding opinion would be requested to the highest echelon of justice in Macau – Court of Second Instance of Goa (India) (*Tribunal da Relação de Goa*)²⁶³.

Mirroring a *two-layered law and social reality* in Macau, *Ouvidor* was forbidden to exert its jurisdiction over Chinese-non-converted to Christianity²⁶⁴. However, further an

253 Carla Araújo, “*Ouvidor*”, *cit.*: 1097 ff.

254 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, *cit.*: 137 ff.

255 See João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 66 ff.

256 Carla Araújo, “*Ouvidor*”, *cit.*: 1097 ff.

257 See João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 66 ff.

258 In the Portuguese doctrine, António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, Macau, Fundação Macau, (1995): 29-47 (stating that, in principle, Portuguese law was to be applied to all Christians regardless of their nationality).

259 Carla Araújo, “*Ouvidor*”, *cit.*: 1097 ff.

260 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, *cit.*: 137 ff.

261 See João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 66 ff.

262 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, *cit.*: 137 ff.

263 See João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 66 ff.

264 *Id.* The very same remarks (though in slightly different direction when it comes to the date of *Ouvidor*'s creation and the extent and width of its jurisdiction) have been made by esteemed doctrine as follows: «When the number of Portuguese settlers began to grow, they started organizing their own political and municipal unit, the *Senado* (Senate). This was accompanied by the influence of Portuguese law and legal institutions. For example, the regime of *Ouvidor* (Chief Justice) was established almost as soon as the Portuguese community was settled in Macau. In 1642, they already had installed their institution of a Notary. It is quite obvious that from the middle of the 16 th century to the middle of the 19 th century, Portuguese law was applied in Macau, though beliefs differ about the extent of this legal influence»; Tong Io Cheng, “Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the “Colonial” and the “Post Colonial” Context”, *cit.*: 291.

ongoing trend of *Sino-Portuguese judicial network cooperation* (initiated with *Procurador's* creation)²⁶⁵, *Ouvidor* had full jurisdiction over cases of mixed jurisdiction²⁶⁶ (which involved both Chinese non-converted to Christianity and Portuguese or Chinese converted to Christianity)²⁶⁷. Nonetheless, if a Chinese non-converted to Christianity was murdered, Chinese *Mandarins* would be summoned to join the case²⁶⁸ to co-decide it²⁶⁹.

With this backdrop in mind, it is not difficult to grasp the vivid impression that strife, feuds, and war turfs were constant between a wide range of Portuguese judicial actors in Macau²⁷⁰ (concretely: *Procurador*, *Ouvidor*, *Capitão-Mor de Viagem da China e do Japão* and *Leal Senado*)²⁷¹. Thus leading to a widespread dissatisfaction and disrepute of the Portuguese organs of administration of justice²⁷². Further this widespread dismay, *Ouvidoria* de Macau has been disbanded pursuant King's dispatch (*Carta Régia*) issued in 1720²⁷³. *Leal Senado* (formerly known as *Senado da Câmara*) followed suit. *Ouvidor's* jurisdiction has been transferred to the newly-appointed municipal judges (*juizes concelhios*) working therein²⁷⁴.

4.1.1.6. A temporary suppression of the two-layered law and social reality (1743-1804): The Creation of White House Mandarin (*Mandarim da Casa Branca*) and the temporary reinstatement of Chinese Penal Code in Macau

At this stage it seems clear that there was a *two-layered law and social reality* in Macau between the middle of the 16 th century and roughly the middle of 19 th century. Despite an ongoing *Sino-Portuguese judicial network cooperation*, this assumption is not to be brushed aside. This two-layered legal reality stems from another assertion: no serious doubts can be cast upon the fullest extent of China's sovereignty over Macau in that span of time.

The very creation (and the proliferation)²⁷⁵ of the *Sino-Portuguese judicial network cooperation* was a byproduct of an ongoing judicial and administrative tolerance

265 Carla Araújo, "Ouvidor", *cit.*: 1097 ff.

266 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, *cit.*: 137 ff.

267 *Id.*

268 Carla Araújo, "Ouvidor", *cit.*: 1097 ff.

269 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 66 ff.

270 Carla Araújo, "Ouvidor", *cit.*: *passim*.

271 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 66 ff.

272 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, *cit.*: 137 ff.

273 See João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 66 ff.

274 *Id.*

275 One should bear in mind that the Sino-Portuguese judicial network cooperation started with the judicial cooperation with the *Procurador* and yet have been extended to the *Ouvidor* shortly after.

(again)²⁷⁶ from Chinese authorities towards the Portuguese²⁷⁷, rather than a full manifestation of sovereignty from Portuguese judicial authorities²⁷⁸ over Chinese-non-converted to Christianity. Which means that the Chinese would resume full judicial sovereignty and jurisdiction²⁷⁹ (as a figure of speech as, in this period, they have never lost track of it)²⁸⁰ whenever they saw socially fit^{281/282}. Overall, this two-layered law and social reality was reasonably functional though²⁸³.

However, signs of a temporary suppression of the two-layered law and social reality were looming large. At a certain span of time (from 1743 until roughly 1803), further the ceaseless strife and war turfs between Portuguese organs of administration of justice²⁸⁴, Chinese judicial organs were gathering pace when it comes to extending the

276 Every now and then this fact (Chinese judicial and administrative tolerance towards the Portuguese) was reminded to the latter even in official occasions. The clear message was (as stated at the outset of this sub-chapter) Portuguese should govern themselves and show a lenient and obedient stance towards the Chinese as no sovereignty over Macau had been given to them by the Chinese Emperor: «mal assumiu o cargo de vice-rei de Cantão, em 1582, mandou que se apresentassem as principais autoridades civis, legais e eclesiásticas de Macau para que lhe fosse explicado por que direitos governavam a colônia, porque, alegava ele, o imperador, ao dar-lhes Macau, não lhes outorgava qualquer jurisdição sobre o território (...) *Como se esperava, não havia necessidade de mais justificações. Que os portugueses permaneçam em Macau, bons e leais amigos, disse o vice-rei, que se governem a si mesmos como até aqui e obedecem aos mandarin*»; (italics added); See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 52 ff. *Apud*, João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, cit.: 70 ff and passim.

277 See João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, cit.: 70 ff (no direct mention to a ongoing Sino-Portuguese judicial network cooperation has been done though).

278 A full height of administrative and judicial sovereignty which was demographically impossible and utterly unfeasible given the imbalance between Chinese and Portuguese respective population back then: «Os Chinas nesta cidade são perto de 22.000, e todos os cristãos assim velhos como moços e crianças de peito (...) não chegarão a 6.000»; Charles Ralph Boxer, *Estudos para a História de Macau – Séculos XVI a XVIII*, 1.º Tomo, 1ª edição, Macau, Edição Fundação Oriente, (1991): 182 ff.

279 A fairly good example is an historical report portraying that (in 1644, further a social unrest that led to the overthrow of the Ming Dynasty by the Manchu Dynasty) the Emperor has issued an Imperial decree stating that the Chinese citizens non-converted to Christianity were forced to move back to the interior Mainland China (towards Canton) in order to avoid any contacts with aliens or westerners. This measure was mainly aimed at preventing any strike back attempts to restore Ming Dynasty in China. Likewise, this measure clearly shows that until then (1644) Chinese Emperors always considered Macau as a part of China, administered by the Portuguese and within the boundaries drawn by the Chinese; See: João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, cit.: 70 ff; See also: Charles Ralph Boxer, *Estudos para a História de Macau – Séculos XVI a XVIII*, cit.: 182 ff.

280 Tong Io Cheng/Wu Yanni, “Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture”, cit., 630 ff.

281 In spite of seemingly good institutional relationship between Chinese authorities and Portuguese authorities, there are some historical accounts depicting a sort-of episodic disarray between both ends; See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, cit.: 57 ff.

282 See also, in the Portuguese doctrine, A. M. Martins do Vale, *Os Portugueses em Macau (1750-1800) – Degredados, ignorantes ou fiéis vassallos d’El-Rei?*, 1ª edição, Macau/Lisboa, Instituto Português do Oriente, (1997): 68 ff.

283 In Portuguese language, Charles Ralph Boxer, *Estudos para a História de Macau – Séculos XVI a XVIII*, cit. 181 ff.

284 A. M. Martins do Vale, *Os Portugueses em Macau (1750-1800) – Degredados, ignorantes ou fiéis vassallos d’El-Rei?*, cit.: 68 ff.

application of Chinese law to all Macau's residents (including Portuguese and Chinese converted to Christianity). With this backdrop in mind, the White House Mandarin (*Mandarim da Casa Branca*)²⁸⁵ or Sub-Branch of White House (*Sub-prefeitura da Casa Branca*) has been created. *Mandarim da Casa Branca* was aimed at overseeing all the subjects related to both Chinese and Portuguese (irrespective of their religion) and to prevent banditism within Macau's boundaries²⁸⁶.

This situation (that lasted for 60 years or so) has reached its full height in 1774 with the sole (and square) application of the Chinese Penal Code (*Código Penal Chinês*) to all Macau's residents²⁸⁷ (irrespective of their religion or nationality)²⁸⁸. This temporary suspension of the Portuguese law (and inherently the suspension of the *two-layered law and social reality*, which had been in force in Macau since 1557) was allegedly due the assassination of a Chinese non-converted to Christianity perpetrated by a Portuguese citizen²⁸⁹.

Additionally, the thrust to showcase Chinese sovereignty over Macau in that span of time also encompassed displaying outdoors (both at *Mandarim da Casa Branca* and *Leal Senado*) containing excerpts of a series of Chinese laws²⁹⁰ (better said: compilation). This reaffirmation of sovereignty was not only aimed at fortifying (by replenishing a Chinese body of laws in Macau) Qing's Dynasty sovereignty over Macau, but also to clarifying and harmonizing the interpretation of conflicting bodies of laws (both Chinese and Portuguese)²⁹¹ – the dubbed *Twelve Chapters (Doze Capítulos)*²⁹².

4.1.1.6.1. Bidding farewell to the *two-layered law and social reality* (1803-1999) via the (unlikely) influence of French Illuminism? The inception of legal pollination which has prompted *legal dormants* and *cultural divergence with law* in Macau

It was not before long that the equilibrium in which the two-layered law and reality rested upon was reinstated in Macau. But not for long though. This time the imbalance tilted towards the other side of the scale. Further to the decaying of Qing Dynasty in China, the Portuguese seized the opportunity to «claim» sovereignty (at the very least, enhanced jurisdiction) over Macau. Like they were never able to do before. «Although Portuguese settlers did not colonize nor conquer Macau by force at the beginning, the harmonious

285 Jin Goupeng, "Mandarim da Casa Branca", *Ditema – Dicionário Temático de Macau*, Leonor Diaz Seabra/António Rodrigues Baptista (Coordenação), Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Português, Macau, Edição da Universidade de Macau, Vol. IV, (2011): 945 ff.

286 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 72 ff, whose research I have been following very closely.

287 See C. A. Montalto de Jesus, *Macau Histórico*, *cit.*: 135 ff.

288 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 72 ff.

289 *Id.*

290 A. M. Martins do Vale, *Os Portugueses em Macau (1750-1800) – Degredados, ignorantes ou fiéis vassallos d'El-Rei?*, *cit.*: 71 ff.

291 See Jin Guo Ping/Wu Zhiliang (Coordenação), "Versão de doze Capítulos", *Correspondência Oficial Trocada entre as Autoridades de Cantão e os Procuradores do Senado*, 1ª edição, Macau, Fundação Macau, (2000): 5 ff.

292 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 72 ff.

“convívio” among Chinese and Portuguese in this small island gradually lost its foundation as soon as the Qing government started decaying and falling in the late XVIII century»²⁹³.

The inception of the so-called Portuguese-sovereignty-turn²⁹⁴ over Macau²⁹⁵ can be traced back to the enactment of Royal Provisions (*Providências Régias*) of D. Maria I of 1783²⁹⁶. Such *Providências Régias* resonated with, and were the encapsulation of, an unshakeable intention of claiming (yet very softly) sovereignty over Macau. As such: «Since the *Providências Régias* (Royal Provisions) of D. Maria I of 1783, the intention of Portugal claiming sovereignty over Macau became more and more clear. The Portuguese seizure of control over Macau started in the XIX century with the intervention of their Governor in all issues related to urban and rural administration of this “territory”, and at the same time, claiming jurisdiction over the Chinese in and around Macau. In 1822 the Portuguese Constitution declared Macau an integral part of Portuguese territory (the first time Portugal claimed sovereignty over Macau); and in 1845 Portugal declared Macau a free port, challenging the Chinese right to levy and collect custom duties»²⁹⁷.

Most of the Chinese scholars do not extol such a stance on the so-called Portuguese-sovereignty-turn over Macau though. Views on the width and extent of self-autonomy and self-governance allotted to foreign populations living in a Chinese land underpinned such a take²⁹⁸. But one thing is for sure: «As shown in history, the claim of sovereignty by Portugal in the late 19th century was a venture in international politics which turned controversial later. Chinese scholars refused this claim. According to the traditional Chinese political philosophy, it was normal that relevant organs of foreign societies governed the disputes within their own societies. Accordingly, the self-governance of a foreign population in a Chinese land in no way indicates a loss of sovereignty or loss of jurisdiction. It should however be noted that in Macau or even in the whole Chinese Empire of the 16th century, law was not consciously identified as a separate element, but instead, an expression of political, economic or military power. Who held sovereignty over Macau after the takeover remained a controversial issue for quite a long time. If not sovereignty, the kind of power held by the Portuguese government over Macau during that period became ambiguous»²⁹⁹.

293 Tong Io Cheng, “Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the “Colonial” and the “Post Colonial” Context”, *cit.*, 293.

294 Sometimes named as Legal and Political Anthropology of Portuguese Overseas Expansion (*Antropologia jurídico-política da expansão portuguesa*); António Manuel Hespanha, *Panorama Institucional e Jurídico de Macau*, Macau, Fundação Macau, (1995): 30-31.

295 See in the Portuguese doctrine, Mário Júlio Almeida Costa, *História do Direito Português*, Coimbra, Almedina, (1996): 157 ff (displaying nuanced historical accounts on this topic).

296 See Jorge Noronha e Silveira, *Subsídios para a História do Direito Constitucional de Macau, 1820-1974*, tradução por C.Y. Sam e H.F. Vong, Gabinete de Tradução Jurídica/ADAT, (1997): 30 ff (on Portugal’s increasing intention to claim sovereignty over Macau through the creation of Governor (*Governador*) in the XIX century).

297 Tong Io Cheng, “Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the “Colonial” and the “Post Colonial” Context”, *cit.*, 293.

298 *Id.*

299 *Id.*

This sizzling hot topic falls well beyond the breadth and scope of this paper. Instead of focusing on the so-called sovereignty-turn over Macau, I will shift my attention to the impact that alleged Portuguese-sovereignty-turn had on the design of dispute resolution in Macau. The question then becomes to ascertain whether and to what extent has this convoluted period of Macau legal history impacted the equilibrium (or lack thereof) of the *two-layered law and social reality* in Macau. If so, to which degree the alleged Portuguese-sovereignty-turn (through the enactment of laws, policies, and other manifestation of jurisdiction alike such as the creation or rebirth of organs of administration of justice) prompted *legal dormants* and *cultural divergence with law* in Macau. It should not come as a surprise that French illuminist conceptions stood at the heart of the so-called Portuguese-sovereignty-turn over Macau. A close-range look at it is in order. A *law-in-context methodology* stands at its core³⁰⁰.

From the *law-in-context standpoint*³⁰¹, back at the very end of the XVIII there was an unrelenting stream of French illuminist conceptions (deeply soaked in State sovereignty-borne ideas) running through Europe and beyond. French's illuminism overriding goal was overhauling men's state-of-nature to a civil-State-nature to which the citizens were kindly invited to place their trust upon³⁰². Creating a sought-after Social Pact between citizens and the State would not fall far behind.^{303/304}

With this backdrop in mind, laws were a powerful manifestation of State's *longa manus*. Laws were a natural expression of State's sovereignty (a natural expression

300 See: point 2. to point 2.1. of this paper.

301 See: point 2. to point 2.1. of this paper.

302 In French language, «*De l'État civil. Ce passage de l'état de nature à l'état civil produit dans l'homme un changement très remarquable, en substituant dans sa conduite la justice à l'instinct, & donnant à ses actions la moralité qui leur manquait auparavant. C'est alors seulement que la voix du devoir succédant à l'impulsion physique & le droit à l'appétit, l'homme qui jusque-là n'avait regardé que lui-même, se voit forcé d'agir sur d'autres principes, & de consulter sa raison avant d'écouter ses penchants. Quoiqu'il se prive dans cet l'Etat de plusieurs avantages qu'il tient de la nature, il en regagne de si grands, ses facultés s'exercent & se développent, ses idées s'étendent, ses sentiments s'ennoblissent, son amé toute entière s'élève à tel point que, si les [209] abus de cette nouvelle condition ne le dégradent souvent au-dessous de celle dont il est sorti, il devrait bénir sans cesse l'instant heureux qui l'en arracha pour jamais, & qui, d'un animal stupide & borné, fit un être intelligent & un homme*»; See in French doctrine : Jean Jacques Rousseau, *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, Bibliothèque publique et universitaire de Genève (première version); «Le manuscrit contenant la version définitive du Contrat social qui a été imprimée a disparu.» le Pléiade édition t. III, p.1866. Publication, Amsterdam, février-mars 1762, Marc Michel Rey, etc.; le Pléiade édition t. III, pp. 347-470, 1866-1874. == Du Peyrou/Moultou 1780-1789 quarto édition; t. I, (1782): 187-360 (italics added).

303 See : Jean Jacques Rousseau, *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, cit.: 347-470, «*Du Pacte Social. Je suppose les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature, l'emportent par leur résistance, sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet l'Etat primitif ne peut plus subsister, & le genre-humain périrait s'il ne changeait de manière d'être. Or, comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir & diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen pour se conserver, que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile, & de les faire agir de concert*» (italics added).

304 In French doctrine, Émile Durkheim, *Montesquieu et Rousseau précurseurs de la sociologie*, Paris, Librairie Marcel Rivière, (1953): 18 ff (hailing both Montesquieu and Rousseau as Sociologists's founding fathers).

of how things must be)³⁰⁵. Jurisdiction (exercised by the judicial power further the emergence of the principle of separation of powers crafted by the French philosopher Montesquieu³⁰⁶, a concept albeit alien to Chinese Confucianism³⁰⁷), has not fallen far behind. Portugal has embraced such a political-philosophical stance³⁰⁸.

Whilst such a stance has not entailed claiming direct sovereignty over Macau (a question that falls well outside the scope of this paper), it certainly meant that the Portuguese authorities were (at the very least) making staggering efforts to superimpose their side of the two-layered law and social reality. This approach prompted (though silently and imperceptibly) the emergence of my newly-crafted concept of *legal dormants* and *cultural divergence with law* in Macau, especially from the middle of the XIX century onwards. Both at the jurisdiction level and the enactment of laws level.

At the jurisdiction level, Portugal's staggering efforts to superimpose their side (layer) of two-layered law and social reality were set in motion through the rebirth and reinstatement of Chief Justice (*Ouvidor*) (which was reinstated in 1787 and yet it was not until 1803 that its Regiment was issued³⁰⁹ and ratified)³¹⁰. One of the main novelties of this Regiment (*Regimento*) was that from 1803 onwards, *Ouvidor* had jurisdiction to trial criminal cases in which Chinese citizens non-converted to Christianity were murdered without the intervention of Chinese *mandarins*³¹¹ (art.º VI of Alvará de Regimento do Ouvidor de 26 de Março de 1803).

Consistent with the above-mentioned paradigm shift, *Ouvidor* had also jurisdiction to trial both criminal and civil matters in which Chinese non-converted to Christianity were the aggrieved parties and the Portuguese the defendants³¹² respectively (art.º

305 In French language, «*Les Lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*» (italics added); see in French doctrine, Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, Une édition électronique réalisée à partir du livre Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758). (Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. L'orthographe a été modernisée et la ponctuation légèrement, mais non la graphie. Édition établie par Laurent Versini, professeur à la Sorbonne. Paris: Éditions Gallimard, 1995 (2 volumes: vol I: pp. 1 à 604 ; vol. II: pp. 605 à 1628.) Collection folio Essais.).

306 Several reviews of Montesquieu's intellectual and republican legacy have been done throughout the history, see in French doctrine, C. Larrère, *Montesquieu republican? De interprétation universitaire pendant la III république*, XVIII siècle 21 (1989): 150-160; C. Nicolet, *Histoire, Nation, République*, Paris, Odile Jacob, (2000): 47-54.

307 See: Zhou Zhenjie, *Corporate Crime in China: History and Contemporary Debates*, New York, Routledge, (2015): 1-204 (passim) (88) (arguing that the Chinese judiciary «is quite different, if not completely different, from that in Western countries that have adopted the principle of separation of powers; it is more administrative than judicial in nature»).

308 In Portuguese doctrine, António Manuel Hespanha, *Panorama Institucional e Jurídico de Macau*, cit.: 53 ff.

309 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", cit.: 75 ff.

310 See in Portuguese historical archive, Álvora de Regimento do Ouvidor de 26 de Março de 1803, available at <http://legislacao-regia.parlamento.pt/V/1/11/24/> (access: 25.12.2018).

311 *Id.*

312 *Id.*

XVIII of Alvará de Regimento do Ouvidor de 26 de Março de 1803). *Ouvidor's* second life did not last long though. Pursuant a Decree of 7th of December of 1836³¹³, *Ouvidor* has been (once more) disbanded³¹⁴. This time for good.

Another manifestation of the foregoing stance was the creation of Committee of Justice (*Junta de Justiça*)³¹⁵ in 1803, which had jurisdiction to trial in last instance all criminal cases related with both civilians and military officers³¹⁶. If the case involved either the application of the death penalty or the death of Chinese non-converted to Christianity, the defendant would be entitled to appeal to the Second Instance Court of Goa³¹⁷ (India) (*Tribunal da Relação de Goa* (India)).

Leveraging on the «new illuminist winds», which were sweeping across all Europe and beyond, Portugal inscribed in its Constitution that Macau was part of the United Kingdom of Portugal, Brazil and the Algarves³¹⁸ (*Reino Unido de Portugal, Brasil e dos Algarves*) (pursuant art.º 20/III of Portuguese Constitution of 1820).

Such historical event marked the outset of a movement of *legal pollination* (as opposed to legal transplants), which would overhaul Macau's legal landscape forever.

Major social and legal changes followed suit in Macau: **i)** ground rent (*foro de chão*), which was being paid to the Chinese Imperial Government since 1573, was abolished in 1846^{319/320}; **ii)** Governor Ferreira do Amaral occupied Taipa and Coloane in 1849³²¹ in a bid to expanding the tiny boundaries of Macau; **iii)** Chinese customs were temporarily extinct (yet they were reinstated in 1862)³²²; **iv)** more importantly, Chinese mandarins special jurisdiction³²³ over Chinese-non-converted to Christianity was officially disbanded in 1849³²⁴;

313 See in Portuguese historical archive, Decreto de 7 de Dezembro de 1836, available at <http://legislacao-regia.parlamento.pt/V/1/16/88/> (access: 31.12.2018).

314 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 75 ff.

315 *Junta de Justiça* has been included in the first major judiciary reform of the overseas provinces situated in the Far-East (Macau) and Indian Sub-Continent (Goa, India) and Oceania (East Timor), which dates as far back as 1th December of 1866. See in Portuguese historical archive, Decreto de 1 de Dezembro de 1866, available at: <http://legislacao-regia.parlamento.pt/V/1/41/90/> (access: 1.01.2019).

316 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 75 ff.

317 *Id.*

318 *Id.*

319 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 78 ff.

320 Tong Io Cheng, "Between Harmony and Turbulence: The evolution of Macau and Land Law in the "Colonial" and the "Post Colonial" Context", *cit.*

321 «In 1849, Governor Ferreira do Amaral took full control of Taipa and Coloane and jurisdiction of Qing Government over Chinese residents in Macau. Later on, the Treaty of Beijing let to a remarkable integration of Macau into the Portuguese constitutional and administrative system»; *Id.* at 294.

322 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 78 ff.

323 António Manuel Hespanha, *Panorama Institucional e Jurídico de Macau*, *cit.*: 55 ff.

324 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 78 ff.

v) Consistent with the overarching idea of Macau-as-a-part-of-Portugal, the Portuguese Penal Code of 1852, the Civil Code of 1867, the Civil Procedure Code of 1876 and Commercial Code of 1888³²⁵, have been *extended* to all overseas provinces³²⁶ (including Macau)³²⁷; vi) in 13th of August of 1862, a paramount Treaty of Friendship and Trade between China and Portugal has been signed thus granting to Macau a position akin to other Portuguese’s overseas provinces³²⁸; vii) further down on this road, 1th of December of 1887 was a hallmark in the legal history of Macau³²⁹: China has granted to Portugal a perpetual right to occupy Macau³³⁰, provided Portugal would not transfer the inalienable right to occupy the Peninsula without China’s prior and express consent³³¹.

Such a set of drastic changes on the legal landscape of Macau sparked the outset of Portuguese «colonial domination» in Macau³³² and prompted the emergence of *legal dormants*³³³ (as Chinese laws application were drastically curtailed) and *cultural divergence with law*³³⁴ (as the Confucian normative system («Rites») and Chinese customary law system were slowly submerged by the ceaseless stream of Portuguese bodies of laws). To this day, they are both *sleeping beauties* in Macau’s legal landscape. This explains the reason behind the legal oblivion of mediation in Macau to this day. Such a legal oblivion is in dire need of quashing. To cater for that, some procedural nudges are needed to ensure the rebirth of mediation in Macau³³⁵. An innovative pre-suit court-connected mandatory mediation legal framework with an easy opt-out stands at the heart of it³³⁶.

Though there was a thrust to centralize the administration of justice in Portuguese organs, that did not mean that Chinese-non-converted to Christianity were deprived from a special jurisdiction. Even though such special jurisdiction was exerted by

325 Tong Io Cheng/Wu Yanni, “Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture”, *cit.*, 634 ff.

326 António Manuel Hespanha, *Panorama Institucional e Jurídico de Macau*, *cit.*: 55 ff.

327 João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 78 ff.

328 *Id.*

329 Tong Io Cheng/Wu Yanni, “Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture”, *cit.*, 634 ff.

330 António Manuel Hespanha, *Panorama Institucional e Jurídico de Macau*, *cit.*: 55 ff.

331 João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 78 ff.

332 Z. L. Wu, *Macau Political System*, Macau, Macau Foundation, (1997): 88 ff. See also: Y. T. MI, *Macau Legal System and Continental Law Family*, Beijing, CUPL Press, (2010): 18 ff.

333 See: Point 6.2. to point 6.2.2.1. of this paper (on legal dormants).

334 See: Point 6.2. to point 6.3.2.1. of this paper (on cultural divergence with law).

335 See: Hugo Luz dos Santos, *Towards a Four-Tiered Model of Mediation (Against the Background of a Narrative of Social Sub-systems in Everlasting Cross-Fertilization)*, Singapore/Beijing/Berlin/New York, Springer Nature, (2023): 1-217, which I will follow closely in this regard.

336 See: Hugo Luz dos Santos, *A Prospective Court-Connected Mandatory Mediation Regime in Macau: A Brief Note*, in: Peter Chi Hin Chan/C. H. van Rhee (Editors), *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, Beijing/Singapore, Springer Nature, (2021): 199-204.

a Portuguese organ of administration of Justice, there was a reminiscence of a special jurisdiction: the *Procuratorate (Procurador)*³³⁷, who was now hierarchically dependent on the *Governor of Macau* (concretely: *Secretariat of Govern of Macau*) and not functionally linked to the *Leal Senado (Leal Senado)* any further. This special jurisdiction to Chinese-non-converted to Christianity lasted from 1847 to 1877³³⁸.

Between 1877 and 1894 some changes were made with regard to the creation of a special jurisdiction to Chinese-non-converted to Christianity. In 1877, the Procuratorate of Chinese Businesses (*Procuratura dos Negócios Sínicos*)³³⁹ was created. In 1894, further a far-reaching groundswell of legal reforms undertaken on the Regiment of Administration of Justice of Ultramarine Provinces (*Regime da Administração da Justiça nas Províncias Ultramarinas*),³⁴⁰ *Procuratura dos Negócios Sínicos* has been effaced from the legal landscape of Macau though³⁴¹. *Procuratura dos Negócios Sínicos*'s judiciary incumbencies were to be transferred to a local Judge³⁴².

It was not until 1917 that an especial jurisdiction was re-created to the Chinese-non-converted to Christianity, further the Regiment's of Special Court for Chinese (*Regimento do Tribunal Privativo dos Chinas*) and its subsequent promulgation by the Decree n.º 3:637, of 29th of November later published in Macau's Official Bulletin³⁴³. Like its predecessor, *Procuratura dos Negócios Sínicos*'s, *Tribunal Privativo dos Chinas* did not last long. As a result, and further its disbandment, a Portuguese judge has been appointed to trial criminal and civil matters in which Chinese-non-converted to Christianity were either defendants or aggrieved parties³⁴⁴.

337 Doubts about whether *Procurador* applied Chinese law or the Portuguese law persist to this day. The very same set of doubts were raised on whether and to what extent *Procurador* applied customary Chinese law; See: João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 78 ff.; Converging: António Manuel Hespanha, *Panorama Institucional e Jurídico de Macau*, *cit.*: 55 ff.

338 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 78 ff.

339 See Portugal Historical Archive, Procuratorate's Regiment of Chinese Businesses (*Procuratura dos Negócios Sínicos*), available at: <http://legislacao-regia.parlamento.pt/V/1/75/124/> (access: 1.07.2023).

340 See Portugal Historical Archive, Regiment of Administration of Justice of Ultramarine Provinces (*Regime da Administração da Justiça nas Províncias Ultramarinas*) available at <http://legislacao-regia.parlamento.pt/V/1/80/117/> (access: 1.07.2023).

341 João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 81 ff.

342 *Id.*

343 Carla Araújo, "Tribunal Privativo dos Chinas de Macau (1917-1927)", *Ditema – Dicionário Temático de Macau*, vol. IV, Leonor Diaz Seabra/António Rodrigues Baptista (Coordenação), Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Português, Macau, Universidade de Macau Editora. (2011): 1469 ff. João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 81 ff.

344 António Manuel Hespanha, *Panorama Institucional e Jurídico de Macau*, *cit.*: 65 ff. See also: João Vieira Guedes, "Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau", *cit.*: 81 ff.

Tribunal Privativo dos Chinas ended up sharing the very same fate of its predecessor *Procuratura dos Negócios Sínicos*'s as it was abolished by the Decree n.º 14 553, of 20th of October of 1927³⁴⁵. *Tribunal Privativo dos Chinas*'s demise marked the very end of special jurisdictions for Chinese-non-converted to Christianity in Macau³⁴⁶. Afterwards, all matters related with the Chinese community were entertained and trialled in common courts (*tribunais comuns*), except when family and successions matters were raised. In such cases, the Code of Chinese Uses and Customs in Macau of 1909 (*Código dos Usos e Costumes dos Chinas de Macau*) was fully (and solely) applicable³⁴⁷. This situation was maintained until 1948³⁴⁸. From 1948 to 1999, Chinese with Portuguese nationality were to be submitted to the Portuguese law³⁴⁹. Chinese who were born in Macau, yet holding a Chinese nationality, were subjected to the Chinese civil law³⁵⁰.

Prior the Macau handover to China in 1999, the Portuguese ceasing administration has enacted a handful of new codes for Macau (Criminal Code of 1996; Criminal Procedure Code of 1996; Civil Code of 1999, Civil Procedure Code of 1999, Commercial Code of 1999 – the so-called Big 5 Codes (*«Cinco Grandes Códigos»*)- and two Arbitration laws, which were not revoked until recently by Law n.º 19/2019 (*«Lei da Arbitragem de Macau»*)³⁵¹.

This set of laws are applicable to all Macau residents. Mediation was bluntly ignored though. As for mediation, the era of *legal dormancy*³⁵² and *cultural divergence with law*³⁵³ had just begun. The following sub-chapter about *two-layered cultural origi-*

345 Carla Araújo, “Tribunal Privativo dos Chinas de Macau (1917-1927)”, *cit.*: 1469 ff. See also: João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 81 ff.

346 This voracious trend towards the erosion of the *first layer of law and reality* has been pinpointed by renowned doctrine: “as we have shown in previous discussions, it is quite obvious that both the Ming Dynasty and the Qing Dynasty had jurisdiction over Macau for a long time. *Chinese residents in the area followed their own customs and were ruled by the Guangdong government under Imperial law.* The written laws of the Ming and the Qing dynasties are of course a part of the Macau legal history. *Nevertheless, this part of the legal history of Macau has had no basis impact on the current Macau law,* like the same set of rules has left no influence on the current legal system in Mainland China” (italics added); See: Tong Io Cheng/Wu Yanni, “Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture”, *cit.*, 642.

347 Carla Araújo, “Tribunal Privativo dos Chinas de Macau (1917-1927)”, *cit.*: 1469 ff.

348 João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 81 ff.

349 Carla Araújo, “Tribunal Privativo dos Chinas de Macau (1917-1927)”, *cit.*: 1469 ff.

350 João Vieira Guedes, “Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau”, *cit.*: 81 ff.

351 The Law n.º 19/2019 (*«Lei da Arbitragem de Macau»*) kicked-off an era of unity and uniformization in arbitration, which has managed unwind (even: wind off) an era of scattered and botched bifurcation between the Decree Law n.º 29/96/M, of 11th of June (Law of Internal Arbitration) and the Decree Law n.º 55/98/M, of 23rd of November (Law of External Arbitration). See: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/2019/44/lei19.asp> (access: 02.07.2023).

352 See: Point 6.2. to point 6.2.2.1. of this paper (on legal dormants).

353 See: Point 6.2. to point 6.3.2.1. of this paper (on cultural divergence with law).

nalism will bestow upon us a vivid portray of such *legal dormancy* and *cultural divergence with law*³⁵⁴.

5. THE INCEPTION OF A TWO-LAYERED CULTURAL ORIGINALISM IN MACAU

5.1. Macau as a stage for a harmonious coexistence between Portuguese Christianity-based faith and Chinese Confucian-beliefs-based culture (1557-2023): Introduction

A *two-layered law and social reality* has just been skeletally sketched out. The time is ripe to address an underlying issue: a *two-layered cultural originalism* encompassing Portuguese Christianity-based faith and Chinese Confucian-beliefs-based culture, which is in force in Macau since the middle of 16th century (1557) to this day (2023).

Whilst it is certain that a *two-layered and social reality* was vibrant in Macau between the middle of the 16th century to the middle of the 19th century (roughly until 1849), a *two-layered cultural originalism*^{355/356/357} comprising a minority of Portuguese that nurtured

354 *Cultural divergence with law* (spawned by both the *two-layered law and social reality* and the *two-layered cultural originalism*, extensively sketched out at the first pillar of the four-tiered model of dispute resolution – *Social Dynamics of Dispute Resolution*), which was excelled by the *language issues* with which Macau has been grappling for centuries now. See: Salvatore Casabona, "The Law of Macau and Its Language: A Glance at the Real Masters of the Law", *Tsinghua China Law Review*, 4 (2012): 223-254 (on the manifold language issues with which Macau has been tussling for a long-winded time).

355 I will use the term *originalism* to express a *cultural originalism* or an *original cultural meaning* (as opposed to *original semantic meaning* of a Constitution or a given law). «The semantic meaning of a word or phrase is its dictionary definition or to definitions that arc in common us among the population; hence «*original semantic meaning*» refers to dictionary definitions or to definitions in common us at the time of adoption»; (italics added) Jack M. Balkin, "Must We Be Faithful to Original Meaning?", *Jerusalem Review Legal Study*, (7) (2013): 57-77; Jack M. Balkin, "The New Originalism and the Uses of History", *Fordham Law Review*, 82 (2013): 641-646. *Original cultural meaning* is not easy to ascertain as grasping its *original cultural meaning* depends on the context (social, philosophical, cultural) in which it has been etched. Hence the *law-in-context* methodology used throughout this paper; See on Originalism: Jack N. Rakovc, "Joe the Ploughman Reads the Constitution, or, the Poverty of Public Meaning Originalism", *San Diego Law Review*, (4), (2011): 575 ff («It is one thing, after all, to suppose that words fraught with political content retain a relatively fixed meaning in quiet times, hut it is quite another to apply that assumption to a period like the late 17XOs or the Revolutionary era more generally.»); *id.* at 593 («The adopters of the Constitution inhabited a world that was actively concerned with ... the instability of linguistic meanings, and ... arguments about the definitions of key words and concepts were themselves central elements of political data»). See: Saul Cornell, "Conflict, Consensus & Constitutional Meaning: The Enduring legacy of Charles Beard", *Constitutional Commentary*, 3 (2014): 405 («Given the contentious nature of Founding era legal culture it seems unreasonable to assume that one can identify a single set of assumptions and practices from which to construct an ideal reasonable reader who could serve as model for how to understand the Constitution in 17XX.»); textually, Jack M. Balkin, *The Construction of Public Original Meaning. Constitutional Commentary*. Minnesota, University of Minnesota Law School, 26 (2016): 78.

356 One must agree with the insightful views of Jack Balkin on the rejection of the «well trained lawyers criteria» to ascertaining «original public meaning». «We might argue that the original meaning of the text is the meaning that well-trained lawyers, using the interpretive methods generally employed at the time of adoption, would have gleaned from the official text. This approach, called "original methods," has been championed by John McGinnis and Michael Rappaport. The legal understandings of ordinary individuals are not part of the original public meaning except to the extent that they would be incorporated into the views of well-trained lawyers using original legal methods. Therefore the understandings of German and Dutch speakers who read the Constitution in translation, are, for the most part, irrelevant to the original public meaning. Only the views of German and Dutch speakers who were also well-trained lawyers would be relevant, and only to the extent that they, as well-trained lawyers, had opinions about the English text that became law»; Jack M. Balkin, *The Construction of Public Original Meaning, cit.*: 78 ff.

357 Acclaimed North American doctrine often criticizes the Supreme Court of the United States of America and the Court of Appeals, respectively, for paying little to none attention at all to the scrutiny of original public meaning of

Christianity-based faith and the overwhelming majority of Chinese that nurtured Confucian-beliefs-based culture did not lag behind. Quite the opposite, they both persist to this day. Especially the Chinese Confucian-beliefs-based culture upheld by most of the Chinese community currently living in Macau.

This means that there was a bifurcation in Macau's legal history. Between the middle of the 16th century to the middle of the 19th century (roughly until 1849), a *two-layered law and social reality* and *two-layered cultural originalism* walked together throughout the long-winded road of social and legal history of Macau. Further down the road (after 1849), they did split up. They have moved on separate paths. At a certain point, a *two-layered law and social reality* ceased to exist (after 1849). From that point onward, Macau legal history shifted towards the erosion of the *first layer* (Chinese bodies of laws and special jurisdiction to Chinese-non-converted to Christianity) and the full emergence of the *second layer* (Portuguese-inspired bodies of laws applicable to Portuguese, Chinese converted to Christianity, and, at a certain stage, to Chinese-non-converted to Christianity) of law and social reality.

On the other hand, a *two-layered cultural originalism* constituted by Portuguese Christianity-based faith and Chinese Confucian-beliefs-based culture has maintained its main (and original) tenets from the middle of the 16th century to this day. There is a good reason for that: culture is not amenable to a revamp by means of a decree. Unlike laws. One can change drastically a legal framework overnight. Not the underlying culture in which the former sits though. That is the reason why I have been continually touting the *two-layered cultural originalism* between Portuguese Christianity-based faith and Chinese Confucian-beliefs-based culture: no matter how hard a given (and circumstantial) lawmaker endeavours, he is downrightly unable to surpass, outstrip or overhaul a deep-rooted culture in which a given legal framework sits. There is a culture (in this case a Chinese Confucian-beliefs-based culture) which has resisted Portuguese

the United States of America Constitution. Examples of this to be frowned-upon trend are: *Arizona v. United States*, 132 S. Ct. 2492 (2012); *Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Clinton*, 132 S. Ct. 1421 (2012); *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008); *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006); *Am. Ins. Ass'n v. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003); *Crosby v. Nat'l Foreign Trade Council*, 530 U.S. 363 (2000); *Breard v. Greene*, 523 U.S. 371 (1998); *Regan v. Wald*, 468 U.S. 222 (1984); *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981); *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981); *DeCanas v. Bica*, 424 U.S. 351 (1976); *Zschernig v. Miller*, 389 U.S. 429 (1968); *Zemel v. Rusk*, 381 U.S. 1 (1965); *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964); *Perez v. Brownwell*, 356 U.S. 44 (1958); *United States v. Caltex (Phil.) Inc.*, 344 U.S. 149 (1952); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952); *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942); *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937); *Russian Volunteer Fleet v. United States*, 282 U.S. 481 (1931); *MacKenzie v. Hare*, 239 U.S. 299 (1915); *Juragua Iron Co. v. United States*, 212 U.S. 297 (1909); *Neely v. Henkel*, 180 U.S. 109 (1901); *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *In re Ross*, 140 U.S. 453 (1891); *Jones v. United States*, 137 U.S. 202 (1890); *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Ker v. Illinois*, 119 U.S. 436 (1886); *Fleming v. Page*, 50 U.S. (9 How.) 603 (1850). See: Andrew Kent, "The New Originalism and the Foreign Affairs Constitution", *Fordham Law Review*, 82 (2) (2013): 757-758. Antithetically, US Supreme Court's decision delivered on *Heller* 554 U.S. 570 (2008) constitutes a fine example of the pursuit for Originalism, which has merited the applause of renowned doctrine. See: Jamal Greene, "Selling Originalism", *Georgetown Law Journal* 97 (2009): 657-659 (arguing that *Heller* constitutes "the most thoroughgoing originalist opinion in the Court's history").

lawmaker's staggering efforts in wipe (ing) out the gist of such Chinese-Confucianist *cultural originalism*.

Which prompts the question: how so? Portuguese bodies of laws embody a litigation-driven penchant in which few to none room to amicable means of solving disputes were made. Conversely, Chinese bodies of laws and the Confucian-based normative «Rites» lagged behind. They have been submerged on the cauldron of history (especially from 1849 onwards). The same cannot be said with regard to the underlying penchant for solving disputes through conciliatory means (just like mediation), deeply etched at the backbone of Chinese Confucian-beliefs-based culture though.

They both (mediation and the penchant for solving conflicts through amicable means) stand at the limbic stage of *legal dormants* and *cultural divergence with law* though. They are both (yet temporarily) *sleeping beauties* waiting to be awoken/awoken from their long-held legal sleep.

5.2. The importance of culture (1557-2023) in shaping *cultural originalism* («society free from litigation»): How has the interplay between Confucianism and Mediation in ancient Imperial China shaped the first layer of cultural originalism of China and Macau

There is a starting point that one must not lose sight of: at the *first layer of cultural originalism* (Chinese Confucian-beliefs-based culture) from immemorial times «Chinese community of Macau always resorted to the Chinese alderman, and the local customary rules also played a key role in solution of disputes»^{358/359/360}. This is a legal tradition deeply embedded in Macau's backbone, soaked in Confucianist traits.

358 Tong Io Cheng/Wu Yanni, "Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture", *cit.*, 631 ff.

359 The same goes for the impact of Confucianism as far as boosting Mediation (and especially Arbitration) in Hong Kong is concerned: David Holloway/Feng Lin/Linda Chelan Li/Xiaohe Zheng/Mantak Kwok, "Strengthening Hong Kong's Position as an Arbitration Hub in the Belt and Road Initiative", *International Arbitral Law Review*, 21 (4), (2018): 106-107 («Hong Kong has a long history of providing arbitration services. In the early years of Hong Kong as trade port, the traditional Chinese preference for informal justice over litigation was deep-rooted in the local communities. British officers performed some arbitral activities among Chinese and English traders even before the colony's establishment. Two years into the colonial period, an ordinance was enacted at the newly instituted Legislative Council (LegCo) to mandate the governor to refer civil disputes to arbitration but disallowed by the Colonial Office in 1844. A decade later the Civil Administration of Justice (Amendment) Ordinance 1855 was enacted to grant such power to the court. The beginning of the next century saw the introduction of the Code of Civil Procedure Ordinance 1901, which contained provisions based on the English Arbitration Act 1889. The modern arbitral regime in Hong Kong began with the Arbitration Ordinance 1963 that reflected the English Arbitration Act 1950. Amendments to this ordinance were enacted in 1975 to incorporate the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards. In 1985, the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) was established to promote and manage the use of arbitration. In 1987, the Law Reform Commission of Hong Kong (LRC) recommended the adoption of the Model Law on International Commercial Arbitration of the United Commissions on International Trade Law (UNCITRAL). The Government accepted the recommendation in 1989»).

360 See also: for a nuanced historical account on Mediation and Arbitration in Hong Kong, Derek Roebuck/Christopher Munn, "Something So Un-English: Mediation and Arbitration", 1841-1865, *Arbitration International*, 26 (1), (2010): 87 ff; John Choong/J. Romesh Weeramantry, "Arbitration Law in Hong Kong: Past and Present", *The Hong Kong Arbitration Ordinance: Commentary and Annotations*, Hong Kong, Sweet and Maxwell, (2011): 1-7.

Against the backdrop of Confucianism, solving disputes through conciliatory means (like mediation propelled by Confucianism beliefs³⁶¹) has always played a pivotal role in the history of dispute resolution in China and Macau. There is an inextricable link between Confucianism and Mediation. As so well adduced by acclaimed Chinese doctrine: «The success of China's alternative dispute resolution can be attributed to its historical value on *Confucianism and mediation*, the traditional inaccessibility of Chinese courts for most citizens, and the corruption and lack of training for Chinese magistrates (....) *Confucianism is a philosophy that has dominated Chinese history for over two thousand years. It promotes the belief that litigation brought social disharmony*. Its emphasis on “moral and customary principles of polite conduct” fostered the development of mediation in China as Chinese citizens avoided litigation in fear of disrupting moral and customary standards. *For example, until 1949, village and family elders were tasked with the responsibility of resolving disputes through mediation in China*».^{362/363/364}

Regarding the propensity of Chinese culture (and the underlying Confucianism beliefs) to adhere hastily to conciliatory dispute resolution mechanisms (especially Mediation), scholars like Jerald Auerbach^{365/366} have written extensively of the Quaker³⁶⁷, Chinese and Jewish communities' reliance on mediation³⁶⁸ on the heels of their down-right distrust of alien legal³⁶⁹ culture^{370/371}.

361 See also: Benjamin O. Kostrzewa, “China International Economic Trade Arbitration Commission in 2006: New Rules, Same Results?”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 15 (2006): 518-523.

362 Jiali (Keli) Huang, “One Country, Two Systems: Hong Kong's Unique Status and the Development and Growth of Arbitration in China”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 18(2) (2017): 432 (italics added).

363 See: Amanda Stallard, “Joining the Culture Club: Examining Cultural Context When Implementing International Dispute Resolution”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 17 (2002): 468-477.

364 See also: Michael T. Colatrella, Jr., “Court-Performed” Mediation in the People's Republic of China: A Proposed Model to Improve the United States Federal District Courts' Mediation Programs, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 15 (2000): 391, 398–99.

365 Jerold S. Auerbach, *Justice without Law? Resolving Disputes without Lawyers*, Oxford, Oxford University Press, (1982): 8 ff.

366 Bruce H. Mann, “The Formalization of Informal Law: Arbitration Before the American Revolution”, *New York Law Review*, 59 (1984): 443.

367 See: Part II, Chapter III, point 3.5. to 3.5.2.1.1. of this paper.

368 Hugo Luz dos Santos, “Mediation Needs to be Mediation: How Should a Prospective Mandatory Mediation Legal Framework in Macau Look Like”, *Wonkang Law Review*, KCI Indexed, Wonkwang Legal Research Institute, 36 (2), June 2020, (2020): 163-211.

369 Jacqueline Nolan-Haley, “Mediation: The “New Arbitration”, *cit.*: 88 ff.

370 See: Jason A. Colquitt/Jessica B. Rodell, “Justice, Trust, and Trustworthiness: A Longitudinal Analysis Integrating Three Theoretical Perspectives”, *cit.*, 1188 (As previously emphasized, there is an acute interaction between the *correct exercise of justice, neutrality, fairness, trust* and, foremost, *trustworthiness*, which are to be perceived by the *service users* (citizens) as they gain access to the judicial system) (italics added). See: Jacqueline Nolan-Haley, “Mediation: The “New Arbitration”, *cit.*: 88.

371 The same linkage (justice as a *public service*; *trustworthiness* and *trust* perceived by the *service users* (citizens who access the Judicial System in a regular basis) have been delineated by illustrious French doctrine; see E Severin, “Comment l'esprit du management est venu à l'administration de la justice”, *La Nouveau Management de la Justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, (2011): 54 ff; in Portuguese doctrine,

Chinese culture proneness (steeped in Confucianism traits) to embrace amicable mechanisms to solve disputes dates back centuries^{372/373}. As so presciently contended by Professor Peter Chi Hin Chan, «while civil adjudication existed in imperial China, the legal tradition of *wu song* ('[a society] free from litigation') played a fundamental role in shaping China's imperial civil justice system. Under the Confucian ideology, disputes of a civil nature should be settled through conciliatory means so that the amicable relations of the disputants could be maintained. The culture of face-saving and the maintenance of cordial relations remains a distinctive characteristic of the modern Chinese society. This legal historical background provided the ideological foundation for civil procedural systems during the Republican era (1911-1949) and the early days of the People's Republic (since 1949). The current debate on the contemporary mediation system is placed into the appropriate context when one understands that *civil process in China today still operates under the shadow of cultural norms of the traditional Chinese legal order*»³⁷⁴.

Confucianism envisaged the ideal society as one *free from litigation (wu song)*: «Disputes should be resolved through mediation to preserve social harmony. Under the Confucian ideology, disputes of a civil nature should be settled through conciliatory means so that the amicable relations of the disputants could be maintained. *Litigation should be the last resort*»³⁷⁵.

following roughly the same trend, Miguel Mesquita, "A flexibilização do princípio do dispositivo do pedido à luz do moderno Processo Civil", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 143, (2016): 134 e ss; José Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil (conceito e princípios gerais à luz do novo Código)*, Coimbra, Coimbra Editora, (2013): 148-164; Hugo Luz dos Santos, "A distribuição dinâmica do ónus da prova no direito probatório material português: algumas notas de *iure condendo*", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, LVII (XXX da 2ª Série), N.º 1-4 (2016): 268 ff; Hugo Luz dos Santos/Wang Wei, "A distribuição dinâmica do ónus da prova no direito processual civil de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau: algumas notas à luz do direito comparado", *Scientia Iuridica*, LXVI (343) (2017): 60-65; Miguel Teixeira de Sousa, "Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil", *Cadernos de Direito Privado*, 43 (2013): 10 ff. In English doctrine, Neil Andrews, *The Modern Civil Process*, Tübingen, Mohr Siebeck, (2008): 48 e ss.

372 Peter Chi Hin Chan, "The Enigma of Civil Justice in Imperial China, A Legal Historical Enquiry", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19 (2012): 317-337 («The Chinese imperial magistrate believed that the code was only one source of law. Aside from statutory law (*fa*), Confucian concepts, such as 'qing li', were commonly used as the yardstick for magisterial adjudication. The word 'qing' has the literal meaning of 'human compassion'. The word 'li' (literally meaning 'reason'), when used in Chinese traditional scriptures, denoted the Confucian reasoning model (which was commonly captured in the concept of *tian-li*)).

373 Peter Chi Hin Chan, "Civil mediation in imperial, republican and modern-day China Historical and cultural norms under the traditional Chinese legal order", *cit.*: 578 footnote 1 («However, one should not overlook the influence of Legalism, as a governing ideology, over the development of traditional Chinese law. The Legalist doctrine, as MacCormack had cogently summarized, emphasized the equality of imperial subjects before the law, the promulgation of a clear and unambiguous penal code as an effective means for administrative control, and the supremacy of the imperial ruler. MacCormack argued that there were other unique traits of traditional Chinese law that were neither Confucian nor Legalist. These traits were doctrines of traditional Chinese conservatism, symbolism and technical attributes of the traditional Chinese legal process»); See also: G. MacCormack, *The Spirit of Traditional Chinese Law*, Athens, GA: University of Georgia Press, (1996): 8 ff.

374 Peter Chi Hin Chan, "Civil mediation in imperial, republican and modern-day China Historical and cultural norms under the traditional Chinese legal order", *The Legal History Review*, 85 (2017): 577-602 (578 ff) (italics added).

375 Peter Chi Hin Chan, "Civil mediation in imperial, republican and modern-day China Historical and cultural norms under the traditional Chinese legal order", *cit.*: 578. See also, Shiga asserted that civil justice in imperial

Chinese cultural background impacted also the manner through which criminal law and civil law disputes were handled. On one hand, «in imperial China, the ruling elites were mostly concerned with the enforcement of the criminal code given its direct relevance to the maintenance of public order»^{376/377}.

On the other hand, «civil disputes were handled by the local communities, with occasional guidance from and participation of local authorities. From a proceduralist perspective, this phenomenon can be explained with reference to a procedural spectrum that tracks the degree of formalism and complexity of legal processes. At one end of this spectrum, the state enforces the criminal code through formal procedures and its sophisticated governing apparatus. At the other end of the spectrum, disputes of a civil nature were mostly handled by community leaders in an informal manner (usually through mediation). Magisterial adjudication of civil cases, which played a role only when the community could not resolve the disputes themselves, probably occupied the centre of the spectrum»³⁷⁸.

However, «*the traditional Chinese understanding of mediation is categorically different from modern-day concepts of mediation. The fundamental principles of party autonomy, the neutrality of the mediator and mediation confidentiality in mediation generally practised in modern-day Europe were alien to the Chinese traditional legal culture.* The common term for mediation in imperial China is *tiaochu* (调处), which translates into a process that combines conciliation with adjudicative discretions. Swayed by the Chinese ideological preference for harmony, the conciliatory processes during the imperial periods, in its various forms, were designed not just to provide an alternative to litigation, but also to showcase the moral virtues of resolving disputes in an amicable manner. It is therefore believed that mediation in imperial China had strong didactic functions. *Mediators had the inherent mandate to educate the people on Confucian morals and the law.* In this regard, *the traditional Chinese mediator was not an impartial and neutral third party*, but rather a conciliator with a quasi-official mandate *to advance the policy objectives of the imperial ruling elite and its value system*».³⁷⁹

China, which was soaked in Confucianism traits, was a distinct form of ‘Kadi’ justice in which magistrates would arbitrarily decide cases relying upon a bevy of Confucian moral principles rather than statutory law: see S. Shiga, “A Study of Chinese Legal Culture Focusing on the Litigation Landscape”, *Journal of Comparative Law*, 3 (1988): 18-26 [滋贺秀三 ‘中國法文化的考察以訴訟の形態為素材’ 1988年第3期《比较法研究》18-26]. See also: Peter Chi Hin Chan, “The Enigma of Civil Justice in Imperial China, A Legal Historical Enquiry”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19 (2012): 317-337 (whose research I have been following closely).

376 Peter Chi Hin Chan, “Civil mediation in imperial, republican and modern-day China Historical and cultural norms under the traditional Chinese legal order”, *cit.*: 579.

377 Peter Chi Hin Chan, “The Enigma of Civil Justice in Imperial China, A Legal Historical Enquiry”, *cit.*: 317-337.

378 Peter Chi Hin Chan, “Civil mediation in imperial, republican and modern-day China Historical and cultural norms under the traditional Chinese legal order”, *cit.*: 579.

379 *Id.* at 578 (italics added).

With this backdrop in mind, Chinese Confucian beliefs (culture) have proven to be kind-of impervious to the flux of laws originated from the Portuguese *second layer of law and social reality* undertaken from the 1849 onwards. The ever-blowing winds of Portuguese legislative reforms, which swept across Macau from the middle of XIX century onwards, were shielded by the magnitude of a Confucian Chinese millenary culture, which has remained unscathed in spite of it. Here is why: «*in view of the strong basis of the traditional Chinese legal culture, it was very difficult for Portuguese legal elements to penetrate into and be absorbed by the Chinese community*»³⁸⁰. Hence the expression *cultural originalism*.

This Chinese Confucian-based-philosophy³⁸¹ (which is underpinned by the axiom of a litigation-free society) is currently stranded in shallow waters, which go by the taxonomy of *legal dormants* and *cultural divergence with law* (Portuguese-litigation-driven bodies of laws, which run afoul with the Chinese Confucian cultural originalism, which envisions a society free from litigation).

Such a host of *legal dormants* and *cultural divergence with law* prompted mediation's eclipse in Macau. They are both in a dire need of quashing. For the sake of mediation's rebirth in Macau³⁸². For the sake of wealth procedural maximization³⁸³. For the sake of a sought-after overhaul from a state of *culture divergence with law*³⁸⁴ to a state brimming with *culture convergence with law*³⁸⁵. Thereby, to a state brimming with *positive legal-real feel*³⁸⁶.

6. LEGAL TRANSPLANTS

6.1. Legal transplants: A bird's eye view on Alan Watson's seminal work

Legal transplants are not just a seasonal buzzwords. Legal transplants have entered the legal jargon with stylishness and flair. Especially from the last quarter of the twentieth century onwards. And rightly so. Legal transplants constituted a change in basic

380 Tong Io Cheng/Wu Yanni, "Legal Transplants and the on-going formation of Macau legal culture", *cit.*, 637 ff.

381 A sector of legal thought, science, philosophy, and Enlightenment-era epistemology has shown us the utmost importance of philosophy of law in judicial settings; See Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought)*, The MIT Press; Reprint edition (January 9, 1998) (1998): *passim*.

382 See: Hugo Luz dos Santos, A Prospective Court-Connected Mandatory Mediation Regime in Macau: A Brief Note, in: Peter Chi Hin Chan/C. H. van Rhee (Editors), *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, Beijing/Singapore, Springer Nature, (2021): 199-204.

383 See: Hugo Luz dos Santos, *Towards a Four-Tiered Model of Mediation (Against the Background of a Narrative of Social Sub-systems in Everlasting Cross-Fertilization)*, Singapore/Beijing/Berlin/New York, Springer Nature, (2023): 1-217, which I will follow closely in this regard.

384 See Point 6.3.2. to point 6.3.2.1. of this paper.

385 See Point 6.3.2. to point 6.3.2.2. of this paper.

386 See: Point 6.3.3.1. of this paper (on positive legal-real-feel).

assumptions in the remit of comparative law. Legal transplants' main goal was to defy the long-held view that «law reflects society»³⁸⁷ or «law is the spirit of the people»³⁸⁸.

In Watson's insightful view, the premise according to which the law of a given country mirrors completely the society in which the former sits is misleading and ultimately incorrect. According to Watson, it is undeniable that there is a certain degree of connection (even proximity) between law and society. Not an inextricable connection though. Let alone a «reflecting mirror»³⁸⁹.

Alan Watson draws upon the concept of legal borrowing³⁹⁰ to fuel his quest to quash the long-held view that there is an inextricable connection between law and society³⁹¹. He stated that «borrowing is much easier than thinking»³⁹². The renowned author adduced to a (slight) connection between law and economics. Since «it saves time and money»^{393/394}. He goes further down on emphasizing that legal borrowing³⁹⁵ is a cost-saving³⁹⁶ and brain-saving process³⁹⁷ (as opposed to a brainstorming initiative to brew and breed state-of-the-art legal solutions) as «helps the new law to become acceptable because it

387 Alan Watson, "The Birth of Legal Transplants", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 41 (2013): 605-608 (throwing light on the backbone to his seminal concept of legal transplants carved out roughly 40 years ago).

388 *Id.* at 607.

389 *Id.*

390 Alan Watson, "From Legal Transplants to Legal Formants", *The American Journal of Comparative Law*, 43 (1995): 469-474 (regarding legal borrowings, this author would later point out that «for long my own focus on comparative law was on legal borrowings, but I was aware that other general factors were at work. I realized, for example, that most of the time rulers and governments in the Western world as a whole were little interested in making private law. Instead, the task devolved upon some group of the legal elite who became in effect subordinate law makers without having been given power to make law (....) This culture determined the parameters of their legal reasoning, the systems of law that they would borrow from, and even the extent to which they would borrow»).

391 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1st edition (1974), 2nd edition (1st July of 1993), Athens, Georgia, University of Georgia Press (1974): 1-144 («When it was first published in 1974, *Legal Transplants* sparked both praise and outrage. Alan Watson's argument challenges the long-prevailing notion that a close connection exists between the law and the society in which it operates»).

392 Alan Watson, "The Birth of Legal Transplants", *cit.*, 607.

393 *Id.*

394 Jonathan Miller, "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process", *The American Journal of Comparative Law*, 51 (2003): 845 (noting that «perhaps the simplest motivation and explanation for borrowing is that it saves time and costly experimentation»).

395 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, *cit.*: 1-144 (Watson's «main paper is that a society's laws do not usually develop as a logical outgrowth of its own experience. Instead, he contends, the laws of one society are primarily borrowed from other societies; therefore, most law operates in a society very different from the one for which it was originally created»).

396 Alan Watson, "Aspects of Reception of Law", *American Journal of Comparative Law*, 44 (1996): 335 (arguing that the lawmaker would save both time and thinking by automatically borrowing or adopting the approach of the donor country).

397 Alan Watson, "Society's Choice and Legal Change", *Hofstra Law Review*, 9 (1980-1981): 1473 ff (stating and reinforcing that law is an autonomous phenomenon that can be decoupled from the social, cultural, economic, and political background within which it operates).

has recognized pedigree. And a once a foreign system is accepted by State A, it becomes acceptable in State B. Acceptance implies respectability. So the law of State A, through the law of State B, becomes the law of State C, and so on, almost *ad infinitum*»³⁹⁸.

In Watson's view, legal transplants³⁹⁹ resonates with a watershed in comparative law. Before the publication of his paper, the legal scholarship thought (and accepted) for a long-winded span of time that there would be impossible to have society without law. Just as it would be impossible to have a law that was not a mirror of its society. After the publication of his paper, Watson stated (somewhat modestly) that «while many people now have accepted my work as establishing new parameters for legal change, I am very conscious that my views represent what has happened in legal development throughout the ages. Thus, I was astonished at the refusal of legal scholars to accept this view for so long»⁴⁰⁰. This unaligned position with the long-standing *status quo* would trigger both overwhelming praise and disquiet (even outrage) across the world.

6.1.1. How has Alan Watson appraised his own academic work: Between initial diffidence and subsequent overwhelming joy

The road towards the publication of the ground-breaking paper *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*⁴⁰¹ was not without some problems. To some extent, Watson himself deemed his paper as a stillborn⁴⁰² from the press^{403/404}. Many years later the publication of his paper, Alan Watson shared with the legal community how hesitant, self-effaced,

398 Alan Watson, "The Birth of Legal Transplants", *cit.*,: 607.

399 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, *cit.*: 1-144 («when it was first published in 1974, *Legal Transplants* sparked both praise and outrage. Alan Watson's argument challenges the long-prevailing notion that a close connection exists between the law and the society in which it operates (.....) Utilizing a wealth of primary sources, Watson illustrates his argument with examples ranging from the ancient Near East, ancient Rome, early modern Europe, Puritan New England, and modern New Zealand. The resulting picture of the law's surprising longevity and acceptance in foreign conditions carries important implications for legal historians and sociologists. *The law cannot be used as a tool to understand society, Watson believes, without a careful consideration of legal transplants*») (italics added).

400 Alan Watson, "The Birth of Legal Transplants", *cit.*, 607.

401 Alan Watson, "From Legal Transplants to Legal Formants", *cit.*: 469-474 (469-470) (another major contribution brought forward by Watson's work was the connection (or the lack thereof) between lawmakers and the underlying social reality. He pointed out the distance between the lawmakers and the social reality to which they intended to legislate. According to Watson, it all started with the exclusion of professors-judges and professors from law-making, which dates back Roman law. As he puts it «the task devolved upon some group of the legal elite who became in effect subordinate law makers without having been given power to make law. Thus, Roman jurists as such were private individuals with no ties to government: they made law when their opinions came to win approval from other jurists. English judges in the Middle Ages and later were appointed to decide cases: the tradition long was that they found the law but did not make it. Continental law professors were appointed to teach law, not make it. But they did make law when their writings were accepted as having authority by courts or their fellows, perhaps centuries after they wrote. A good jurist was a jurist who was thought to be good by other jurists and persons of similar standing: likewise with judges and professors. The result of this theoretical exclusion from law-making powers was that these lawmakers developed their own legal culture which was to that extent distant from social reality. This culture determined the parameters of their legal reasoning, the systems of law that they would borrow from, and even the extent distant from social reality»).

402 Gary Francione, "Alan Watson's Controversial Contribution to Scholarship", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 31 (2002): 59-61 (using the expression «stillborn»).

403 Alan Watson, "Law and Society", *Beyond Dogmatics: Law and Society in the Roman World*, John W. Cairns/Paul J. Plessis (Eds.), (2007): 9.

404 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, *cit.*: 1-144 (118).

and diffident he felt back then. He has narrated such state of hesitation in the first person «After I wrote *Legal Transplants*, I followed my usual practice of sending the manuscript to many friends for review. Some of my closest friends, to whom I attribute the utmost good faith, expressed horror and advised me to hide it. Only my old friend and mentor, David Daube, though it was brilliant and he told me that I should publish it immediately. Unfortunately, I lacked the self-confidence in the wake of such overwhelming negativity to go forward, so I hid it for five years. I only decided later to publish it after David expressed fury that I, for once, had failed to follow his advice. He convinced me to send it to the publishers and I got immediate offers to publish»⁴⁰⁵.

Much to Watson's delight and amazement, *Legal Transplants': An Approach to Comparative Law* success and impact in the academic *fora* exceeded his wildest and rosy expectations. He would express his amazement in the following manner «for years after its publication, though, the paper appeared not to make a ripple in the legal world. Then, much to my amazement, it suddenly exploded in different parts of the world at the same time»⁴⁰⁶. He continued by saying that⁴⁰⁷ «one of the most gratifying things about *Legal Transplants*, in addition to its widespread acceptance, has been the many friends that I have made across the world because of it»⁴⁰⁸. From Sweden to South Africa to Serbia, *Legal Transplants* has enriched my life through a widespread group of friends and colleagues who believe in this aspect of my work⁴⁰⁹. Some scholars do not live long enough to see their initially controversial work become truly accepted, if indeed it ever is. I am one of the fortunate ones and I am grateful for the privilege»⁴¹⁰. The steady stream of critics was about to begin though. Such steady stream of critics was to be espoused by a groundswell of praise nonetheless.

6.1.2. Legal transplants in a midst of an outpouring of praise and outrage: A snapshot on the literature review further the publication of Alan Watson's ground-breaking academic work

Legal Transplants: An Approach to Comparative Law sparked a handful of (mixed) reactions from academicians worldwide. On one hand, Watson's work has merited enthusiastic appraisals such as «seminal text in comparative law»⁴¹¹. More than a

405 Alan Watson, "The Birth of Legal Transplants", *cit.*, 607.

406 *Id.*

407 *Id.* at 608.

408 *Id.*

409 *Id.*

410 *Id.*

411 Thomas E. Carbonneau, "Paper Review, Patrick Glenn, Legal Traditions of the World, Sustainable Diversity in Law", *The American Journal of Comparative Law*, 48 (2000): 729. Comparative law amounts to a thrust to grasp a host of similarities and differences between legal systems against the backdrop of different legal traditions. See: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Editors), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd edition,

decade later of Charbonneau's positive appraisal, *Legal Transplants* got included

Oxford Handpapers, Oxford, Oxford University Press, (2018): 1-1456; Jan M. Smits (Editor), *Edgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2nd edition, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, U.K.; Northampton, MA (2012): 1-1024. But comparative law (and within which core the doctrinal subset of legal transplants) must not lose sight of the fact that any thrust to transfer rules, legal institutes, or parts of a legal system to another (hence legal transplants) must be premised on a sound law-in-context methodology while paying close attention to the underlying social reality of the receiver legal system to which I have been drawing attention to since the inception of this paper. Something that the groundswell of legal transplants of U.S. court-connected dispute resolution programs to Africa, Europe and Latin America has been oblivious of. See on the dire need for contextualization: Reza Banakar, *Normativity in Legal Sociology: Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, Berlin/New York, Springer, (2014): 1-304 (145-146). Converging: Sebastian McEvoy, *Descriptive and Purposive Categories of Comparative Law*, Pier Giuseppe Monateri (Editor), Cheltenham, U.K.; Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, (2012): 1-325. Unsurprisingly, attention has been drawn to the noxious effects of globalisation of legal transplants with western values undertones. See: Prakash Shah, "Globalisation and the Challenge of Asian Legal Transplants in Europe," *Singapore Journal of Legal Studies*, 2005 (2) (2005): 349 (alluding to the «recent pressures of globalisation according to Western terms» all over the world). See also: Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira/Nuno Garoupa, "Choosing Judges in Brazil: Reassessing Legal Transplants from the United States", *The American Journal of Comparative Law*, 53 (2011): 529-561 (on the issue of legal transplants from the United States to Brazil and the extent to which legal transplants from the United States of America chimed in with Brazil's legal culture). The globalisation of American legal imperialism towards China has spawned the well-known movement of Critical Legal Orientalism. See: Thomas Coendet, "Critical Legal Orientalism: Rethinking the Comparative Discourse on Chinese law", *The American Journal of Comparative Law*, 67 (2019): 775 (contending that «Critical legal Orientalism is a tale of two empires, The United States and China. In the mid-nineteenth century, the United States established a special U.S. court for China, thus incorporating China as the largest district of their jurisdiction. This extraterritorial court operated for about a century and advanced American legal imperialism in China that continues today. It is an empire founded on the notion of China as a place where law actually does not exist because neither its subjects nor its state lives up to the rule of law. Such Western assumptions about China and its legal tradition are called "legal Orientalism"»). The *longa manus* of American legal imperialism has also reached Switzerland. There have been calls decrying such an «Americanization» of the Swiss Legal Culture. See: Jens Drolshammer (Editor), *The Americanization of Swiss Legal Culture: Highlights of Cultural Encounters in an Evolving Transatlantic History of Law*, Bern, Switzerland, Stämpfli Publishers (2016). See also: Johannes Reich, "Paper Reviews", *The American Journal of Comparative Law*, 66 (2018): 718-726. With this backdrop in mind, it should not come as a surprise that such «migration» of legal concepts between glaringly different legal systems and legal traditions has spawned the so-called «legal irritants». The thrust to throwing light on whether and to what extent some legal transplants to «take root» and «others fail» would not lag far behind. See, respectively, Sujit Choudhry, "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law", *The Migration of Constitutional Ideas*, Sujit Choudhry (Editor), Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, (2006): 1-460 (12-17) (on the «migration» of ideas and the challenges arisen from such event); Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, (2014 reprint in 2016): 1-318 (2-6) (on the host of challenges arisen from legal transplants between different legal systems); Gunther Teubner, "Legal Irritants, *The Modern Law Review*, 61 (1998): 10-14 (pouring in trenchant criticism on the stance according to which rules, legal institutions are amenable to be «transplanted» from one legal system to another). See: Eirini Elefthenia Galinou, "Legal Borrowing: Why Some Legal Transplants Take Root and Others Fail", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 25 (2004): 391-422 (shedding light on the set of underlying reasons that dictate that some legal transplants «take root and others fail»). This drawn-out footnote is to set the stage to my newly-crafted concept of *legal pollination* (whose foundations have been laid at the third pillar of my four-tiered model of dispute resolution – *legal dynamics of dispute resolution* – against the backdrop of, and drawing on the findings arisen from, an in-depth historical account undertaken at the first pillar my four-tiered model of dispute resolution – *social dynamics of dispute resolution*). Which begs the research question: why has the newly-crafted concept of *legal pollination* heavily relied upon a nuanced historical account? Because grasping the importance of the concept of legal pollination would be utterly untenable devoid of, and decoupled from,

on a paper on methods of comparative law, specifically in a part devoted to «Legal Transplants and Transnational Codes: Questioning on Cultural Biases and Scientific Statements»⁴¹².

On this very paper about comparative law, there was another author who has lavished nothing but undeterred praise to *Legal Transplants*. The author Chen Lei hailed Watson's academic work as a «magisterial paper»⁴¹³. In this vein, it was common to see *Legal Transplants* been deemed as a reference⁴¹⁴ in the field of comparative law⁴¹⁵ or as a «landmark paper, a major contribution to the field of comparative law»⁴¹⁶. However, some scholars boded that the «study of legal transplants seems to have reached its saturation point»⁴¹⁷. This prediction⁴¹⁸ seems to have been countervailed by another positive appraisal, which has confirmed the validity of the research undertaken by Alan Watson regarding the jury trial in Japan⁴¹⁹.

the invaluable contribute of legal history and a law-in-context methodology of which this paper has taken heed of. This methodological approach is consistent with the best doctrine, which has contended that the analysis of different legal systems must not forsake a cultural, social, and economic context of the receiver legal system. See: Mathias Siems, "The Power of Comparative Law: What Types of Units Can Comparative Law Compare?", *The American Journal of Comparative Law*, 67 (2019): 865-873 (drawing attention to the fact that the analysis of given legal system must not relinquish an interdisciplinary methodology, ranging from Legal History, Sociology studies, Cultural Studies, Legal Studies). My four-tiered model of dispute resolution has incorporated such a set of invaluable teachings as an *interdisciplinary methodology* stands at its heart.

- 412 Geoffrey Samuel, "All that Heaven Allows: Are Transnational Codes a "Scientific Truth" or Are They Just a Form of Elegant "Pastiche", *Methods of Comparative Law, Research Handpapers in Comparative Law Series*, Pier Giuseppe Monateri, Cheltenham, United Kingdom, Edgar Elgar Publishing (2012): 165-170 («Methods of Comparative Law brings to bear new thinking on topics including: the mutual relationship between space and law; the plot that structures legal narratives, identities and judicial interpretations; a strategic approach to legal decision making; and the inner potentialities of the 'comparative law and economics' approach to the field. Together, the contributors reassess the scientific understanding of comparative methodologies in the field of law in order to provide both critical insights into the traditional literature and an original overview of the most recent and purposive trends»).
- 413 Chen Lei, "Contextualizing Legal Transplant: China and Hong Kong", *Methods of Comparative Law, Research Handpapers in Comparative Law Series*, Pier Giuseppe Monateri (Editor), Cheltenham, United Kingdom, Edgar Elgar Publishing (2012): 192.
- 414 Simone Glanert, "Method?", *Methods of Comparative Law, Research Handpapers in Comparative Law Series*, Pier Giuseppe Monateri (Ed.), Cheltenham, United Kingdom, Edgar Elgar Publishing (2012): 61-63.
- 415 Pier Giuseppe Monateri, "Methods in Comparative Law: An Intellectual Overview", *Methods of Comparative Law, Research Handpapers in Comparative Law Series*, Pier Giuseppe Monateri (Editor), Cheltenham, United Kingdom, Edgar Elgar Publishing (2012): 19-22.
- 416 Frances H. Foster, "American Trust Law in a Chinese Mirror", *Minnesota Law Review*, 94 (2010): 602-610.
- 417 Margit Cohn, "Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom", *The American Journal of Comparative Law*, 58 (2010): 583 ff.
- 418 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 41 (2013): 637-696 (parsing Watson's essay with nuanced references). Whose research I will follow closely.
- 419 Meryll Dean, "Legal Transplants and Jury Trial in Japan", *Legal Studies*, 31 (2011): 570 ff (canvassing the origins of Watson's seminal paper and its underlying theory by examining and confronting it with the system of jury trial in Japan).

In the same vein, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* has been touted as a «seminal paper»⁴²⁰ in comparative law. The reason is clear and straightforward⁴²¹: «since the early work of Alan Watson, legal transplants have become central to the study of comparative law»⁴²². *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* is a worldwide success as «the simplest search through standard data bases shows many more examples of continuing reliance on Alan's work. There is life in the idea yet»⁴²³.

The outpouring of praise to *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* seemed to have no bounds⁴²⁴. A French judge named Marcel Ancel⁴²⁵ made a review on Alan Watson's work in which he adhered to the bulk of his academic conclusions⁴²⁶. The same can be said as for the review made by Charles Maechling in which he reached roughly the same conclusions of Marcel Ancel. Charles Maechling argued that *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* was not an endeavour to bring forward an «expansive new approach»⁴²⁷, but instead⁴²⁸ a thrust to throw light on a «sharper focus and more rigorous analytical approach»⁴²⁹ «to a field hitherto eclectic and narrowly empirical»⁴³⁰.

However, Charles Maechling decried both the brevity of the paper and the lack of a larger set of historical examples to premise its findings⁴³¹. To some extent, Maechling has also criticized the scantiness of a law-in-context methodology⁴³² to support Watson's conclusions^{433/434}. In his insightful opinion, the essay lacked also a somewhat

420 Maraina Pargendler, "Politics in the Origin: The Making of Corporate Law in Nineteenth-Century Brazil", *American Journal of Comparative Law*, 60 (2012): 805-806.

421 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

422 Gilles Cuniberti, "Enhancing Judicial Reputation Through Legal Transplants: Estoppel Travels to France", *Am. J. Comp. L.*, 60 (2012): 383 ff.

423 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696 (passim).

424 *Id.*

425 Marc Ancel, "Paper review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *Revue Internationale de Droit Comparé*, (1975): 303-304.

426 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

427 Charles Maechling, "Paper Review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *Virginia Journal of International Law*, 15 (1974-1975): 1037-1039.

428 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

429 Charles Maechling, "Paper Review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *cit.*: 1037-1039.

430 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

431 Charles Maechling, "Paper Review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *cit.*: 1037-1039.

432 Gunther Frankenberg, "Critical Comparasions: Re-Thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal*, 26 (1985): 411-414 (emphasizing the paramount importance of methodology in comparative law, bringing forward a top-notch methodology which rests upon: i) distancing; ii) differing).

433 Edward J. Eberle, "The Method and Role of Comparative Law", *Washington University Global Studies Law Review*, 8 (3) (2009): 452 (noting that «we need to excavate the underlying structure to understand better what the law really is and how it really functions within a society»).

434 See also, Rodolfo Sacco, "Legal formants: A dynamic approach to comparative law: discovering and decoding invisible powers", *The American Journal of Comparative Law*, (1991): 343-385 (echoing the same views in this regard).

nuanced elaboration on the social, political, and economic context that must invariably underpin academic conclusions and findings⁴³⁵. This is the *bright side*.

On the *dark side*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* also triggered a groundswell of trenchant criticism. Professor Robert B. Seidman and a short note written by an anonym reviewer penned the most hostile reviews. Their criticism can be summarized as follows: Professor Robert B. Seidman asserted (with a dollop of harshness) that Watson's paper conclusions ranged from «trivial to banal»⁴³⁶.

Seidman's academic patience wore even thinner with the absence of consideration of «social variables»⁴³⁷ and (though implicitly) the lack of use of a law-in-context methodology⁴³⁸ to premise the conclusions reached. He has rightly stated that social factors⁴³⁹ should have been carefully weighed up and taken into consideration to premise Watson's general conclusions.

Conversely, in Seidman's view, Watson's has jumped to conclusions without «any careful analysis or testing of hypotheses»⁴⁴⁰. Watson's work has also been lambasted for not paying close attention to the traditional canons of legal methodology⁴⁴¹. Seidman's exact words were that *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* have failed bluntly as to confirm the «acceptance of the categories and methodology of traditional legal scholarship».⁴⁴²

There was another *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* paper review which deserves to be remarked upon. Especially for its harshness⁴⁴³. This anonym paper review published in *Stanford Law Review*⁴⁴⁴ was not by all means docile. It can be said that it was indeed very acrimonious and hostile indeed. The first source of disagreement was Watson's very definition of legal transplants. According to this anonymous note, Watson's dared to defy the well-established notion according to which law was a powerful indicator of a people's identity⁴⁴⁵. «It noted that Alan used the idea of legal transplant to compare a number of legal systems»⁴⁴⁶.

435 Charles Maechling, "Paper Review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *cit.*: 1037-1039.

436 R. B. Seidman, "Paper Review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *Boston University Law Review*, 55 (1975): 682-683.

437 R. B. Seidman, "Paper Review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *cit.*: 682-683.

438 Vernon Palmer, "From Lerotholi to Lando: Some examples of Comparative Law Methodology", *The American Journal of Comparative Law*, 53 (1) (2005): 265 (stating that «context lies beyond the positive law»).

439 Vivian Grosswald Curran, "Cultural Immersion, Difference and categories in U.S. Comparative law", *The American Journal of Comparative Law*, (1991): 343-385 (arguing the necessity to undertake the «immersion in the culture under review»).

440 R. B. Seidman, "Paper Review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *cit.*: 682-683.

441 *Id.* at 685-687.

442 *Id.*

443 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

444 Paper Note, "Paper Review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *Stanford Law Review*, 27 (1975): 1203-1208.

445 Paper Note, "Paper Review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *cit.*: 1203-1208.

446 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

The conclusion could not be more incisive. It stated emphatically that «at its best, the paper provides some not very startling insights into legal history that are consonant with the author's view that comparative law is the study of (mainly historical) relationships between legal systems. At its worst – and too frequently – the paper falls prey to its own criticisms of comparative law: *superficiality and lack of systematization*»⁴⁴⁷. The pace and rate at which harsh criticism were to be done to *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* would be constant over the course of years.

6.1.2.1. Entering the grey area: The both panegyric and sceptical review penned by Sir Otto Kahn-Freund

Despite the chorus/phalanx of critics, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* has been heaped praise (mixed with a healthy dose of criticism and – here and there – even some scepticism) by a renowned labour law scholar named Otto Kahn-Freund⁴⁴⁸. This is the grey area. The area in which panegyrics and scepticism meld and dovetail seamlessly.

Professor Otto Kahn-Freund's appraisal was two-pronged. On one hand⁴⁴⁹, his paper review was redolent of, and filled with, praise. Sentences like those I am about to quote portray such level of positive appreciation received: «this brilliant little paper»; «it provokes thought»; «an extremely interesting paper»; an essay «replete with pungent and original observations»⁴⁵⁰. On the other hand, Professor Otto Kahn-Freund «would profoundly disagree with Alan's conclusions about the ease of transplanting rules»⁴⁵¹.

To the extent that light is to be thrown into Professor Otto's Kahn-Freund disagreement with Professor Alan Watson's ideas on legal transplants, let us take a step back. Particularly recalling that, according to the latter, the whole thrust of *Legal Transplants* was to assert vigorously that legal borrowing⁴⁵² was the most recurrent way of legal development worldwide⁴⁵³. Similarly, in Professor Alan Watson's view, it was wholly unnecessary for the borrowing system to have any real (or accomplished) understanding⁴⁵⁴ of the legal system⁴⁵⁵ from which the host of rules or legal institutions⁴⁵⁶ were legally borrowed⁴⁵⁷.

447 Paper Note, "Paper Review Legal Transplants: An Approach to Comparative Law", *cit.*: 1203-1208. See: John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

448 Otto Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law", *The Modern Law Review*, 37 (1974): 1 ff.

449 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

450 Otto Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law", *cit.*: 1 ff.

451 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

452 Alan Watson, "The Birth of Legal Transplants", *cit.*: 608 ff.

453 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, *cit.*: 1-144.

454 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

455 Mauro Bussani, "A Pluralist Approach to Mixed Jurisdictions", *The American Journal of Comparative Law*, 6 (2011) (noting that caution must be exercised when it comes to drawing the limits of the thrust to understanding the legal system as «the cultural sway of mainstream legal positivism may drive the scholar, even the comparativist, off the track, in search of what is most glimmering, most practically useful, or more comprehensible to the targeted audience»).

456 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, *cit.*: 1-144 (passim).

457 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696.

Furthermore, Professor Alan Watson argued that the longevity of rules was remarkable⁴⁵⁸. In the same vein, comparative law field of study was all about parsing the relationships between legal systems forged⁴⁵⁹ by such legal borrowing⁴⁶⁰. From this point onwards, Watson concluded that there is (a tight or loose?) linkage between the nature of the law and the complexity of relationship between law⁴⁶¹ and the society⁴⁶² in which the former sits⁴⁶³ and operates⁴⁶⁴. Professor Otto Kahn-Freund decried this view though.

According to Professor Otto Kahn-Freund, Alan Watson's stance on the relationship between law and society must not be taken at face value⁴⁶⁵. To the extent that the relationship between both is far more intricate, thorny, and complex, caution must be exercised in this regard. Notably, Professor Otto Kahn-Freund, relying upon Montesquieu's insightful views on this topic, stated that would be a «*un grand hazard*» to conceive the possibility that one country could simply use (and borrow)^{466/467} the law of another country⁴⁶⁸.

To tackle this blemish or shortcoming on Alan Watson's theory, Professor Otto Kahn-Freund⁴⁶⁹ argued that a nuanced analysis on when (and how) legal borrowings⁴⁷⁰

458 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, cit.: 1-144 (passim).

459 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", cit., 637-696 (passim).

460 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, cit.: 1-144 (passim).

461 Rodolfo Sacco, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment II of II)", *The American Journal of Comparative Law*, 39 (1991): 344 (legal formants trigger a spark of contradiction though. «Surprisingly enough, however, the contradiction is only apparent. One can believe both in the omnipresence of the legislator and in the creative power of the judge»).

462 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", cit., 637-696 (passim).

463 Rodolfo Sacco, "The Romanist Substratum in the Civil Law of the Socialist Countries", *Review of Socialist Law*, 14 (1) (1988): (on the importance of delving into the origins of a given legal system).

464 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, cit.: 1-144 (passim).

465 On the notion of value: F.Q. Tan/Dongjuan Lyu, "Exploring green practices that influence customers 'green engagement value in restaurants", *Social Behavior and Personality: An International Journal*, 53 (6), e13261, 2025;

466 Alan Watson, "Two-Tier Law – A New Approach to Law-Making", *International Comparative Law Quarterly*, 27 (1978): 552-575 (552) (Professor Watson would later show a certain degree of consideration to the social context and community needs in his later work in setting forth a «test of law-making» as follows: «The discussion will proceed at this stage as if this method of law-making is (virtually) the sole available in the particular state of society»).

467 Mauro Bussani/Ugo Mattei, "Diapositives versus Movies – The Inner Dynamics of the Law", *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Mauro Bussani/Ugo Mattei (Editors), Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, (2012): 3 (arguing that to duly understand comparative law one must not lose sight of the fact that legal transplants accounts for «the borrowing of ideas between legal cultures and/or systems»).

468 Otto Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law", cit.: 6-7.

469 *Id.*

470 Rodolfo Sacco, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment I of II)", *The American Journal of Comparative Law*, 39 (1991): 4 (noting that «like other sciences, comparative law remains a science as long as it acquires knowledge and regardless of whether or not the knowledge is put to any further use.

could be done was duly needed. Accordingly, legal borrowings (and legal transplants) were in dire need of being prescribed prerequisites in order to be fully functional⁴⁷¹. «He argued that the types of environmental factors that Montesquieu saw as discouraging transplanting were now much less significant, but that constitutional and political factors had become much more important»⁴⁷². Professor Otto Kahn-Freund has further asserted that the thrust to borrow laws should have been coupled with a reflection on the nature of the society⁴⁷³ that generated the set of borrowing norms and rules⁴⁷⁴.

Professor Otto Kahn-Freund would wrap up his review in the following manner⁴⁷⁵: «we cannot take for granted that rules or institutions are transplantable. Any attempt to use a pattern of law outside the environment of its origin continues to entail the risk of rejection. The consciousness of this risk will not, I hope, deter legislators in this or any other country from using the comparative method. *All I have wanted to suggest is that its use requires a knowledge not only of the foreign law, but also of its social, and above all its political context.* The use of comparative law for practical purposes becomes an abuse only if it is informed by a legalistic spirit which ignores this context of the law».⁴⁷⁶

I could not agree more with Professor Otto Kahn-Freund. There is no such thing as a (correct) thrust to transplant a set of rules devoid of, and detached from, a nuanced *law-and-context methodology* of the receiver-legal system. Lest a given lawmaker or policymaker wants to eschew the spectre of rejection of «legal transplants», a nuanced attention to the underlying social reality of the receiver-legal system is not to be

It remains a science when the jurist does make use of it to *borrow* the rules or institutions of foreign legal systems») (italics added).

471 Rodolfo Sacco, "Mute Law", *The American Journal of Comparative Law*, 43 (1995): 464 (arguing that every system has to deal with the phenomenon of mute law. Every legal system is a combination of «both spoken and mute elements». (...) Our legal system is familiar with spoken sources (the written rules, of splendid form and content, produced by legislative assemblies) as well as with unspoken sources (commercial uses, determination of standards of conduct, construction, by an interpreter, of concepts such as fault, reasonableness, bad faith»). In a nutshell, «silence forces of law».

472 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696 (*passim*). Whose research I have followed closely.

473 Alan Watson, "Two-Tier Law – A New Approach to Law-Making", *cit.*: 552-575 (552) (later, Professor Alan Watson gave a shiver of attention to the interplay between law and the underlying social reality. Yet, neither a nuanced nor a slight account about the tandem between law and social reality were to be seen. In this regard, Professor Alan Watson has stated that «the extent to which a source of law is "satisfactory" should be judged, I submit, by three tests. First, how responsive is the law to the serious needs and desires of the community? The more easily a source of law allows law to change when society undergoes change, the better the source of law. Secondly, how comprehensible is the law to the persons affected by it? The more comprehensible the law, the more satisfying the source of law. Thirdly, how comprehensive is the law? The more certainly the existing law can provide an answer to the legal problems that arise the more satisfactory is the source of law. Typically, a tension exists between the ease of comprehension of law and its comprehensiveness»).

474 John W. Cairns, "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *cit.*, 637-696 (*passim*).

475 *Id.*

476 Otto Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law", *cit.*: 6-28 (27) (italics added).

brushed aside. Macau stands as a paradigmatic example of the inappropriateness of legal transplants to grasp the set of reasons according to which mediation is a *legal dormant* in such a tiny (yet dashing) territory. Here lies the importance of my newly-crafted concept of *legal pollination*.

6.2. Legal Pollination in Macau

6.2.1. The inception of the metaphor of legal transplants: «Can the Western pollen fertilize in the soil of Far-East»? Introduction

Legal transplants - pretty much like everything in life - rests upon a background. The expression «transplant» was very trendy back at the 1960s and 1970s. This word has sprouted in the realm of medicine. Back then, organ transplantation and organ rejection were buzzwords. The eponym of this widespread movement was the South-African medical surgeon, Dr. Christiaan Barnard⁴⁷⁷, who was a vocal supporter (and pioneer) of organ transplantation. He gave several lectures worldwide, in which he spoke about both his ground-breaking work in organ transplantation and organ rejection domain. He has also devoted a great deal of time to public-speaking regarding this topic⁴⁷⁸.

This medical parlance (organ transplantation and organ rejection) entered the legal jargon with no further ado. It was not before long that renowned jurists such as Jean Rivero⁴⁷⁹, John H. Beckstrom⁴⁸⁰ began to use it in the legal domain⁴⁸¹. Over the course

477 David K. C. Cooper, "Christiaan Barnard—The surgeon who dared: The story of the first human-to-human heart transplant", *Global Cardiology Science Practice*, 2018 (2); (2018): 11 ff («In 2017, we celebrated the 50th anniversary of the first human heart transplant that had been carried out by the South African surgeon, Christiaan ('Chris') Barnard at Groote Schuur Hospital in Cape Town on December 3rd, 1967. The daring operation and the charismatic surgeon received immense public attention around the world. The patient's progress was covered by the world's media on an almost hourly basis. Although the patient, Mr. Louis Washansky, died after only 18 days, Barnard soon carried out a second transplant, and this patient led an active life for almost 19 months. Remarkably, Barnard's fifth and sixth patients lived for almost 13 and 24 years, respectively. Barnard subsequently introduced the operation of heterotopic heart transplantation in which the donor heart acted as an auxiliary pump, with some advantages in that early era. It took great courage to carry out the first heart transplant, and this is why Barnard is remembered as a pioneer in cardiac surgery»).

478 See *Progress on Transplants*, N.Y. Times, Dec. 27, (1969): 2 ff, available at: <http://select.nytimes.com/gst/abstract.html>. (access: 13.06.2023).

479 In French doctrine, Jean Rivero, *Les phénomènes d'imitation étrangers en droit administrative*, 2 *Pages de Doctrine*, (1980): 459 (this lauded French jurist has used explicitly the word «transplant of organs» in administrative law domain).

480 John H. Beckstrom, "Transplantation of Legal Systems", *The American Journal of Comparative Law*, 21 (1973): 556-582 (perusing the word «transplantation» in the context of African law).

481 See John W. Wairns, "Development of Comparative law in Great Britain", 1st edition, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann/Reinhard Zimmerman, Oxford, Oxford University Press, (2006): 131, 169-171 (noting that the term transplantation was widely used before Alan Watson's seminal work).

of decades, the term «transplantation» in legal settings would become recurrent⁴⁸² in the legal arena⁴⁸³.

Against this backdrop, no surprise stems from the fact that the metaphor of legal transplants has reached the Far-East. In this vein, most of the Chinese scholars wondered whether and to what extent Macau had a proper legal culture on its own as opposed to having a borrowed legal culture⁴⁸⁴ from the Portuguese colonial times^{485/486}. The kind of legal transplants (or what kind of legal system Macau is) has been at the back of Macau's scholars for quite a while now⁴⁸⁷. The type of legal culture that thrived (or not) after the legal transplants has not lagged⁴⁸⁸.

Anchored in the in-depth legal history research undertaken on point 4 to point 5.2. of this paper (solely devoted to Macau's legal history spanning four centuries), this title intends to set forth the concept of *legal pollination* (as opposed to legal transplants) with a view to pave the way to my newly-crafted sub-concepts of *legal dormants*, *cultural convergence with law* and *cultural divergence with law*.

482 Thomas Schlich, "The Origins of Organ Transplantation", *The Lancet*, (2011): 1372-1374 (using the word «transplantation» in legal settings).

483 John W. Wairns, "Development of Comparative Law in Great Britain", 2nd edition, *The Oxford Handpaper of Comparative Law*, Mathias Reimann/Reinhard Zimmerman, Oxford, Oxford University Press, (2019): *passim* (echoing the same views).

484 Mi Jian, "The Future of the Macau Legal System from Conflicts and Exchanges in the Chinese and Western Legal Cultures", *Legal Scholars*, Vol. 5, (1994): 63 ff (noting that Macau has not developed an independent legal culture on its own).

485 Wang Kang Wong, "Chinese Laws' Applicability in Macau: Difficulties and Outlook", *Report on Macau Economic and Social Development*, Wu Zhiliang/Yufan Hao (Editors), Macau, Macau Blue Paper, (2013-2014): 77 («The existing laws in Macau are not truly Macau's own laws, but those from the outside»).

486 Xu Chang, "On the Existence of the Legal System of the Macao SAR and the Role of Core Legal Basis", *"One Country, Two Systems" Policy and the Perfection of the Legal System in Macau*, Leong Wan Chong, Symposium Essays, China, (2013): 89 (noting that «I am afraid that the so-called existence of the legal system of Macau, in a sense, will mostly be specified on paper and verbally publicized without any existence of a dynamic entity with sustainable development. It is no wonder that it must be packaged in a certain form of coat through the use of the Portuguese language»).

487 Leong Wang Chong, "On the Scientific Orientation and Timely Improvement of the Legal System of the Macao SAR", *Policy and the Perfection of the Legal System in Macau*, Leong Wan Chong, Symposium Essays, China, (2013): 24 (arguing that «Commanded by the Macau Basic Law, the legal system of the Macau SAR is a brand new legal system of the «One Country, Two Systems» policy, its structure, operation, characteristics, and impact have not only tremendously transcended the original format before the return, but also have created the new reality allowing the complementary advantages of both Chinese and Western legal systems. Another point that must be stressed is that the law of the Macau, SAR at the macro-level also constitutes a special type of connotation of the socialist legal system with Chinese characteristics. *Its existence absolutely has not diluted Chinese characteristics, but has actually strengthened the originality of Chinese characteristics*. It can never deny the socialist system. Instead, it has provided a realistic illustration for its innovation in the new reality») (italics added).

488 Robert J. C. Young, *Post-Colonialism: An Historical Introduction*, Sufeng Zhou/Jubo Chen (Translation) (2008): 60-63 (noting that, to a certain extent, colonized countries have not legally developed their legal culture after the colonization period).

6.2.2. The concept of legal pollination and its impact on mediation: Why do legal transplants are not applicable to Macau

Legal transplants theory (a legal buzzword for the last 40 years or so) is not applicable to Macau. This conclusion should not be neither baffling nor startling by now. As it was originally conceived by Professor Alan Watson, legal transplants related to moving (borrowing)⁴⁸⁹ a rule (or set of rules), legal institutes⁴⁹⁰, or a system of law from one country to another^{491/492}. As we have seen in Point 4. to point 5.2., that was not what happened in Macau. In Macau, there was a *two-layered law and social reality*⁴⁹³ (which has lasted roughly until the middle of the nineteenth century) and *two-layered cultural originalism*⁴⁹⁴, which still stands to this day. There was no such thing as a tidal wave of senseless and mechanical legal transplantation of laws⁴⁹⁵ that managed to brush

489 Alan Watson, *Law, Society, Reality*, Lake Mary, FL, Vanderplas, (2007): 5 (stating that «borrowing, even mindless, is the name of the legal game»).

490 Alan Watson, “The importance of “nutshells”, *The American Journal of Comparative Law*, 42 (1994): 1-2 (noting that legal borrowing is not to be circumscribed to legal rules, since the very operation of legal transplant of Roman legal system ranged from rules, legal institutes to legal structures).

491 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, cit.: 1-144 (22).

492 Mathias Siems, “Malicious legal transplants”, *Legal Studies, The Society of Legal Scholars*, 38 (2018): 103-119 (105) (emphasizing the importance of malicious legal transplants by stating that «in many countries in the world, multiple ethnicities live together peacefully together. But throughout human history there also have been periods of racially motivated laws with malicious effects. In some instances, those laws were a product of legal transplants (....) it can be said that the Nazi laws influenced the laws of Mussolini’s Italy»).

493 See: Point 4 to point 4.1.1.6.1. of this paper (on Macau’s exquisite Two-Layered Law and Social Reality).

494 See Point 5. to point 5.2. of this paper (on China’s and Macau’s cultural originalism to solve disputes through amicable means on the heels of Confucianism with a view to both grasp social harmony and foster a biddable and long-lasting relationship).

495 Tong Io Cheng/Wu Yanni, “Legal Transplants and the On-Going Formation of Macau Legal Culture”, cit.: 635 (there were three legal documents related with land law that were neither legal transplants nor legal pollination. They were simply Portuguese-enacted-laws only applicable to Macau. These documents – which have impacted the life of local people - have been remarked upon by Professor Tong Io Cheng. A great deal of destruction of local Chinese customs in Macau began with the enactment of such land-related body of laws. This diagnosis has been confirmed by Professor Tong Io Cheng by saying that «in terms of shaping the political status of Macau and their impact on the life of the local people, we shall instead focus three legal documents. First, the “Tratado de Amizade e Comércio com a China”, signed in 1862 and confirmed by the Qing Government in 1887, which recognized the perpetual occupation and governing of Macau by Portugal; second, the “Código dos Usos e Costumes dos Chinas de Macau, of 1909, which collected some norms from Guangdong and Guangxi provinces, mainly related to marriage and succession; and third, the “Lei de 11 de Abril de 1856”, the first law made by Portugal to regulate the occupation and transaction of non-cultivated land overseas, and a series of subsequent legislative attempts (namely, 1901, 1908, 1928, 1940, 1961, 1965, 1973, 1980) intended to modify and substitute the 1856 land law. It was by this series of land, related legislations that Chinese residents were obliged to transact and register their rights to the land they had owned for generations, *and had transacted according to the law or customary norms of their motherland*. Since land and the plantings or constructions on pieces and parcels of land are the most important properties of the people, the impact of the change of land law was significant. In fact, many of the local residents failed to comply with the new measures imposed by the land law, and remained in possession without a legal title, a phenomenon whose impact subsists till date. *Additionally, it must be noted that these land laws were not applicable in Portugal; these laws were tailor-made for Portugal’s overseas colonies only. The law of 1856 is actually considered an authentic move of the Portuguese colonization»*) (italics added).

aside the magnitude of the Chinese⁴⁹⁶ Confucian culture embedded in Macau's bone marrow.

As hinted above, the legal transplants theory has failed as to provide an accomplished legal understanding between the donor-legal system and the receiver-legal⁴⁹⁷ system⁴⁹⁸. Legal transplants do not consider the local characteristics of the receiver-legal⁴⁹⁹ system⁵⁰⁰. For that reason alone, legal transplants do not take heed of, nor pay attention to,⁵⁰¹ the underlying economic⁵⁰², political, social, and cultural fabric of the receiver-legal system⁵⁰³.

496 Leong Wang Chong, "On the Scientific Orientation and Timely Improvement of the Legal System of the Macao SAR", *Policy and the Perfection of the Legal System in Macau*, cit., 24 (arguing that «another point that must be stressed is that the law of the Macau, SAR at the macro-level also constitutes a special type of connotation of the socialist legal system with Chinese characteristics. *Its existence absolutely has not diluted Chinese characteristics, but has actually strengthened the originality of Chinese characteristics*») (italics added).

497 Lawrence M. Friedman, "Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants", *Adapting Legal Cultures*, David Nelken/Johannes Feest (Ed.), Oxford, United Kingdom, Onati International Series in Law and Society (Paper 5), Hart Publishing, (2001): 1-288 (95) (anchored in a contextualist view – just as Kahn-Freund did – Friedman rejects Cotterrell's and Watson's stance on legal transplants and notes that legal transplants (if any were to take place) should take into account social and political contextual it they were to aspire to dodge the «bullet» of rejection).

498 Alan Watson, "Society's Choice and Legal Change", *Hofstra Law Review*, 9 (1980-1981): 1473 ff (stating that law is an autonomous body that can be decoupled from the social, cultural, economic, and political background within which it operates).

499 Pierre Legrand, "What "Legal Transplants?", *Adapting Legal Cultures*, David Nelken/Johannes Feest (Ed.), Oxford, United Kingdom, Onati International Series in Law and Society (Paper 5), Hart Publishing, (2001): 1-288 (57) (this culturalist scholar spurns the feasibility of legal transplants altogether – and Watson's theory of legal transplants in the process – by avowedly asserting that «in any meaningful sense of the term, "legal transplants"...cannot happen»).

500 David Cabrelli/Mathias Siems, "Convergence, Legal Origins, and Transplants in Comparative Corporate Law: A Case-Based and Quantitative Analysis", *The American Journal of Comparative Law*, 63 (2015): 62 ff (arguing that Watson reckoned that «legal tradition, rather than those contextual factors, is more important in determining whether the adoption of a particular rule or body of law by one particular legal system from another (a) ought to be pursued in normative terms and (b) will be successful. For that reason, Watson rejects the contention that contextual features ought to be given wider consideration prior to any legal borrowing for fear that the recipient legal system will reject the transplant»).

501 Pierre Legrand, "European Legal Systems are not Converging", *International Comparative Law Quarterly*, 45 (1996): 57 ff (stresses the impossibility and unfeasibility of legal transplants, arguing – by giving the example of the European legal systems – that legal systems are not amenable to converge).

502 Nuno Garoupa/Anthony Ogus, "A Strategic Interpretation of Legal Transplants", *Journal of Legal Studies*, 35 (2006): 340-359 (359) (noting that «jurists have not been slow to develop theories on such evolution – n.d.r., the legal systems evolve in relation to one another – *but have largely ignored economic explanations*» (340) (...) arguing also that «unification and harmonization could also be serious policy mistakes either because convergence is absent, given the very high costs of adjustment») (italics added).

503 Roger Cotterrell, "Is There a Logic of Legal Transplants?", *Adapting Legal Cultures*, David Nelken/Johannes Feest (Ed.), Oxford, United Kingdom, Onati International Series in Law and Society (Paper 5), Hart Publishing, (2001): 1-288 (71-82) («this exciting collection looks at the theory and practice of legal borrowing and adaptation in different areas of the world: Europe, the USA and Latin America, S.E. Asia and Japan. Many of the contributors focus on fundamental theoretical issues. What are legal transplants? What is the role of the state in producing socio-legal change? What are the conditions of successful legal transfers? How is globalization changing these conditions? Such problems are also discussed with reference to substantive and specific case studies. When and why did Japanese rules of product liability come into line with those of the EU and the USA? How and why did judicial review come late to the legal systems of Holland and Scandinavia? Why is the present wave of USA-influenced legal reforms in Latin America apparently having more success than the previous round? How does competition between the legal and accountancy professions affect patterns of bankruptcy? The chapters in this volume, which include a comprehensive theoretical introduction, offer a range of valuable insights even if they also show that the "state of art" in the study of legal transfers is disputed and far from settled»). (Professor

One of the major drawbacks of the legal transplants theory⁵⁰⁴ is the lack⁵⁰⁵ of a law-in-context methodology as to throw light, and thus thoroughly explain, the social conditions⁵⁰⁶ under which the legal transplants⁵⁰⁷ were done⁵⁰⁸ (or could be done) in the receiver-legal system⁵⁰⁹. On the other hand, legal transplant theory did not manage to set forth a comprehensive framework aimed at premising the *cultural differentiation* (if any) between the donor-legal system and the receiver-legal system. As trendy as it might be, legal transplants⁵¹⁰ do not apply to Macau, a hybrid legal^{511/512} system⁵¹³. My

Roger Cotterrell draws a vividly clear distinction between instrumental law and culturally based law since laws are «inextricably linked to economic interests rather than national customs or sentiments»).

- 504 Richard L. Abel, “Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law”, *Michigan Law Review*, 80 (1982): 785-793: (lambasting the legal transplants’ theory by stating that «perhaps the most serious problem with Watson’s theory is that it is not a theory at all»).
- 505 J.W.F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford, Oxford University Press, (1996): 14 (emphasizing with a generous dose of harshness that «Watson’s theoretical argument [...] is flawed and his empirical evidence is unconvincing»).
- 506 Pierre Legrand, “The Impossibility of “Legal Transplants”, *Maastricht Journal of European Comparative Law*, 4 (1997): 114 (on the impossibility of legal transplants by saying that «in this sense, Watson’s stance, however simplistic, is representative of the approach that must be followed, explicitly or not, by proponents of the ‘legal-change- as-legal-transplants’ paper. Anyone who takes the view that ‘the law’ or ‘the rules of the law’ travel across jurisdictions *must have in mind that law is a somewhat autonomous entity unencumbered by historical, epistemological, or cultural baggage*. Indeed, how could law travel if it was not segregated from society? I wish to question this vision of law and, specifically, this understanding of rules which I regard as profoundly lacking in explicatory power. Rules are just not what they are represented as being by Watson. And, because of what they effectively are, rules cannot travel. *Accordingly, legal transplants are impossible*) (italics added).
- 507 Rodolfo Sacco, “Diversity and Uniformity in the Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 49 (2001): 172 (stressing that «law is not independent, nor separated from other social phenomena. In addition to law, language, knowledge, and the quality of human endeavour (material objects and intellectual creations) together constitute human culture»).
- 508 Gunther Teubner, “Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences”, *The Modern Law Review*, 61 (1998): 11 (arguing that legal transplants creates an uneasy relationship between imported rules and domestic rules thus raising the issue of *legal irritants*) (italics added).
- 509 E. Carolan, “Diffusing bad ideas: what the migration of the separation of powers means for comparative constitutionalism and constitutional transplants”, S. Farran/J. Gallen/C. Rautenbach (Eds.), *The Diffusion of Law*, Ashgate, Surrey, Farnham, (2015): 213-233 (not to mention the hazard of diffusing bad ideas through legal transplants).
- 510 Mark Van Hoecke, “Legal Culture and Legal Transplants”, *Law, Society and Community. Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, Nobles Richard/Schiff David (Eds.), London, Routledge (2017): 1-372 (273-291) (providing examples of unsuccessful legal transplants).
- 511 Ignatio Castellucci, “Legal Hybridity in Hong Kong and Macau”, *McGill Law Journal*, 57 (4) (2012): (the reason for this is that, just as previously mentioned, Macau has managed to keep its *cultural originalism* unscathed. Macau’s cultural originalism has been pinned down by esteemed doctrine. As follows: «Macau (...) *offers a more homogeneous society with deep Chinese roots*, smaller bargaining power, and greater legal flexibility vis-à-vis new governmental policies, whether introduced through legislation, administration, or the judiciary») (italics added).
- 512 See also, in French-Canadian doctrine, Michel Morin, “Dualisme, mixité et métissage juridique: Quebec, Hong Kong, Macau, Afrique du Sud, et Israël”, *McGill Law Journal*, 57 (4) (2012): 647-653 (drawing upon Professor Ignatio Castellucci’s piece of research to premise his hackneyed conclusions).
- 513 Vernon Palmer, “Quebec and her Sisters in the Third Legal Family”, *McGill Law Journal*, 54 (2) (2009): 337 ff (noting that hybrid legal systems – a third legal family of which Macau is a member - have to take socio-

newly-crafted concept of *legal pollination* should be applied instead. As it takes both the socio-economic context⁵¹⁴ and cultural background/legal culture⁵¹⁵ of the receiver-legal system always into close account. In sum, *legal pollination* draws on the interplay between law and the underlying social reality. Furthermore, *legal pollination* is premised on a *law-in-context methodology* brought forward on point 2., point 4. to point 5.2. of this paper⁵¹⁶.

What consists of pollination? Pollination amounts to the «the transfer of pollen from a stamen to a pistil of a flower or from a male cone to a female cone»⁵¹⁷. Pollination relates to the «process in which pollen is taken from one plant or part of a plant to another so that new plant seeds can be produced».⁵¹⁸ This goes without saying that the vivid portray (pollination) that one should bear very firmly in mind is: «The transfer of pollen to a stigma, ovule, flower, or plant to allow fertilization»⁵¹⁹. For the purposes of this paper, pollen is equivalent to a legal seed. A legal seed that may (or may not) fertilize and grow in the receiver-legal system soil.

Unlike legal transplants, legal pollination relates to the transfer of a legal seed (rules, legal system, dispute resolution mechanisms, like arbitration, *mediation*, and conciliation) as opposed to the transfer of organs or plants⁵²⁰. Unlike legal transplants, legal pollination has nothing to do with organ transplantation or organ rejection. Either the *legal seed* fertilize in the receiver-legal system (thus germinating and growing strong) or becomes a *legal stillborn*. Or remains in a state of legal dormancy instead. Unlike

economic and cultural context into serious consideration by saying that «a thriving legal system, like that in Quebec, inevitably draws support from its own distinctive social, cultural, and institutional context»).

514 A. Donaggio, "Limitations of legal transplants and convergence to corporate governance practices in emerging markets: the Brazilian case", *Corporate Governance in Emerging Markets*, S. Boubaker/DK Nguyen (Eds.), Berlin, Springer, (2014): 467-483 (stressing that legal transplants have to take heed of the socio-economic context in which the receiver-legal-system sits).

515 Júlio Carvalho, "Law, language, and knowledge: Legal transplants from a cultural perspective", *German Law Journal*, 20 (2019): 21-45 (21) (arguing that the «fact that a same legal institution – a rule or legal concept – works quite differently depending on the cultural environment in which it is embedded displays a very enthralling phenomenon») (italics added).

516 See: Point 2. to point 2.1.2 of this paper (on research methodology and the the importance of the uses of history to premise the assertions made throughout the paper: Between a law-in-context methodology and originalism (st) methodology).

517 <https://www.merriam-webster.com/dictionary/pollination> (access: 13.06.2023).

518 <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/pollination> (access: 13.06.2023).

519 <https://en.oxforddictionaries.com/definition/pollination> (access: 13.06.2023).

520 Pierre Legrand, "The Impossibility of "Legal Transplants", *cit.*: 111 ff (displaying an enormous discomfort about the expression «transplant». This renowned scholar is one of the most vocal critics of Professor Alan Watson's theory of legal transplants. On that account, he has stated that «to 'transplant', according to the *Oxford English Dictionary*, is to 'remove and reposition', to 'convey or remove elsewhere', to 'transport to another country or place of residence'. 'Transplant', then, implies displacement. For the lawyer's purposes, the transfer is one that occurs across jurisdictions: there is something in a given jurisdiction that is not native to it and that has been brought there from another»).

legal transplants, legal pollination transfer something (a legal seed) that can (or not)⁵²¹ fertilize, germinate, and grow in the receiver-legal system soil.

What dictates the *fertilization* or the *dormancy* of a legal seed is not only the quality of the seed, but foremost whether and to what extent the such legal seed has been sowed correctly in the soil (legal system). Unlike legal transplants, legal pollination draws upon a *law-in-context methodology* against the backdrop of which historical, religious, societal, economic, political, and cultural factors of the receiver-legal system are to be carefully parsed⁵²². Failure to do so, can dictate the creation of both *legal dormants* and *cultural divergence with law*. Just like I have sketched out in Point 4 of this paper. In this sense, legal pollination, the *two-layered law and social reality*⁵²³ and the *two-layered cultural originalism*⁵²⁴ are interlocking concepts.

6.2.2.1. Legal pollination and legal dormants in dispute resolution (concretely Mediation): The importance of the «silent forces of law»

With this backdrop in mind, no surprise stems from the fact that the Portugal's legal pollination movement, which has been set in motion from the middle of nineteenth century onwards, created both *legal dormants* and *cultural divergence with law* in Macau. *Legal dormants* relates to the fraction of a cultural background which has not been illuminated by the light of law. Mediation (and the Chinese penchant to solve dispute through amicable means) for instance⁵²⁵. Which accounts for a «*silent force of law*». My newly-crafted concept of legal pollination unveils it instead of disregarding it.

521 J. Jupp, "Legal Transplants as tools for post-conflict criminal law reform: justification and evaluation", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 3 (2014): 380-381 (noting that, sometimes, the legal transplants do not fare well due to failure of taking into account the underlying socio-economic context of the receiver-legal-system).

522 See: Point 2. to point 2.1.2 of this paper (on research methodology and the the importance of the uses of history to premise the assertions made throughout the paper: Between a law-in-context methodology and originalism (st) methodology).

523 See: Point 4. to point 4.1.1.6.1. of this paper (on Macau's exquisite Two-Layered Law and Social Reality).

524 See Point 5. to point 5.2. of this paper (on China's and Macau's cultural originalism to solve disputes through amicable means on the heels of Confucianism with a view to both grasp social harmony and foster a biddable and long-lasting relationship).

525 Macau SAR Government has created a legal framework governing family law mediation, which is nonetheless insufficient to forestall the perceived shortcomings arising out of centuries of *cultural divergence with law* and *legal dormancy*. It bears mentioning that just the creation of a comprehensive, thoroughgoing, and full-fledged legal framework comprising all legal areas would adroitly dispel the heinous effects arisen from the pinpointed legal maladies (*cultural divergence with law* and *legal dormants*). See: Hugo Luz dos Santos, *Multidisciplinary Dynamics of Mediation*, Volume I (694 pages), Volume II (988 pages), Singapore/Berlin/New York/Switzerland, Springer, 2025; Hugo Luz dos Santos, Plan para una posible mediación pre-procesal judicial obligatoria con una fácil opción de exclusión voluntaria en Macao», *Revista de Mediación*, Number 14, 2, Universidad de Nebrija e Universidad Carlos III de Madrid (Espanha), 2021; Hugo Luz dos Santos, «A Prospective Court-Connected Mandatory Mediation Regime in Macau: A Brief Note», *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Peter Chi Hin Chan/C.H. van

The *legal pollination* concept has the great scientific advantage of not only identifying which legal seeds have fertilized and grown strong in Macau's legal framework (litigation and conciliation in labour law disputes) or elsewhere, and which ones either did not leave the bag of legal seeds (mediation)⁵²⁶ or which ones have been poorly sowed (arbitration)⁵²⁷.

The legal transplants' theory attaches a great importance to the relationship between the legal systems while shedding a keen light on the mechanical operation of transplanting organs (laws) or rejecting organs (laws). Crucially, the legal transplants 'theory fails to bring forward the social reasons under which the receiver-legal system either accepts or rejects the so-called legal transplant. Thereby disregarding the fractions of social reality which have not been illuminated by the light of law (*legal dormants*); or those fractions of social reality which have not been adequately sowed in the receiver-legal system soil (*culture divergence with law*).

Furthermore, legal transplants theory is utterly unable to explain how (and why) some legal seeds (as opposed to organs) fertilize and others do not. This drawback is mainly due to the lack of a *law-in-context methodology*⁵²⁸ (ranging from political, economic, societal, legal, to cultural factors that either foster or hamper the fertilization of a legal seed in the receiver-legal system soil).

The *law-in-context methodology* employed on Point 4 to point 4.1.1.6.1., which has parsed five centuries of Macau legal history, managed to unlock the turning points in Macau legal history and the exact extent to which *legal pollination* created both *legal dormants* and *culture divergence with law*. There is no (at least there should not be) such thing as *legal pollination* (or even the study of *legal transplants*) devoid of, and decoupled from, a *law-in-context methodology*. Let alone without grasping the gist of *silent forces of law* (such as culture or other Luhmann's social sub-systems, like economy, politics, society, religion)⁵²⁹ that not only underpin a given law or set of laws, but also the emergence or submergence of a given dispute resolution mechanism (e.g. mediation, whose piecemeal legal framework has not been created until recently in Macau).

Rhee (Editors), New York/Singapore/Berlin, 2021; Hugo Luz dos Santos, "Mediation needs to be Mediation: how should a prospective mandatory mediation legal framework look like in Macau", *Wonkwang University Legal Research*, South Korea, KCI, 2020; Hugo Luz dos Santos, «Acesso ao Direito e aos Tribunais», *Justiça Multiportas*, 3a edição, Juspodvim, Salvador, Brasil, Hermes Zanetti Jr/Trícia Navarro Xavier Cabral (Editores), 2023.

526 See: Hugo Luz dos Santos, *Towards a Four-Tiered Model of Mediation*, Singapore/Berlin/New York/Switzerland, Springer, 2023, pp. 1-216.

527 See: Hugo Luz dos Santos/Leong Cheng Hang, "Culture matters": Expedited Arbitration and Arb-Med in Macau, *Hong Kong Law Journal*, Volume 54, Issue 3, 2024, pp. 614-636.

528 See: Point 2. to point 2.1.2 of this paper (on research methodology and the importance of the uses of history to premise the assertions made throughout the paper: Between a law-in-context methodology and originalism (st) methodology).

529 See: Hugo Luz dos Santos, *Multidisciplinary Dynamics of Mediation*, Volume I (694 pages), Volume II (988 pages), Singapore/Berlin/New York/Switzerland, Springer, 2025. See: Hugo Luz dos Santos, *Towards a Four-Tiered Model of Mediation*, Singapore/Berlin/New York/Switzerland, Springer, 2023, pp. 1-216.

Crucially, grasping the *silent forces of law* is the only feasible way to gauging whether and to what extent a legal seed (a given law or a given dispute resolution mechanism) has fertilized or not in a given legal framework.

Which brings me to the *test of legal pollination* and *legal dormancy*. A test that dovetails (cobbles together) three pillars of my four-tiered model of dispute resolution (*Social Dynamics of Dispute Resolution*, *Cultural Dynamics of Dispute resolution*, and *Legal Dynamics of Dispute Resolution*)⁵³⁰. There is no such thing as a dispute resolution mechanism (mediation or any other) devoid of the host of social reasons (arising out the Social Dynamics of Dispute Resolution) which have prompted its emergence or submergence.

6.3. The Test of Legal Pollination and Legal Dormancy

6.3.1. Legal dynamics of dispute resolution and legal pollination: The extent to which the legislative framework of a given jurisdiction mirrors its underlying cultural background, absent of which *legal dormants* are bound to sprout

Legal dynamics of dispute resolution and *legal pollination* intermingle with each other at the legislative plan. This level is all about ascertaining whether and to what extent a given cultural background/legal culture is mirrored on a given legal framework. In legal pollination settings, a cultural background/legal culture must be represented. Otherwise, both *legal dormancy* and *cultural divergence with law* are bound to arise. As previously stated, *legal dormants*, *cultural originalism*⁵³¹, and *legal pollination* are interlocking concepts. *Legal pollination* (and the legal seeds aimed at being fertilized in the receiver-legal system) must take into consideration the social environment and the cultural background/legal culture in which a given receiver-legal system sits.

When it comes to dispute resolution in cultures of face⁵³² and collectivist societies (like Macau, China⁵³³ and so forth) or any other cultural background, *legal pollination* must make sure that a wide range of amicable/conciliatory means of handling disputes

530 See: Hugo Luz dos Santos, *Multidisciplinary Dynamics of Mediation*, Volume I (694 pages), Volume II (988 pages), Singapore/Berlin/New York/Switzerland, Springer, 2025. See: Hugo Luz dos Santos, *Towards a Four-Tiered Model of Mediation*, Singapore/Berlin/New York/Switzerland, Springer, 2023, pp. 1-216.

531 See: Point 5. to point 5.2. of this paper (on the influence of Chinese Confucianism in shaping the Chinese cultural originalism and on shaping the unfolding of dispute resolution in Macau from solving disputes in an amicable manner standpoint).

532 See: Hugo Luz dos Santos, *Multidisciplinary Dynamics of Mediation*, Volume I (694 pages), Volume II (988 pages), Singapore/Berlin/New York/Switzerland, Springer, 2025; See: Hugo Luz dos Santos/Leong Cheng Hang, "Culture matters": Expedited Arbitration and Arb-Med in Macau, *Hong Kong Law Journal*, Volume 54, Issue 3, 2024, pp. 614-636.

533 See: Point 5. to point 5.2. of this paper (on the influence of Chinese Confucianism in shaping the Chinese cultural originalism and on shaping the unfolding of dispute resolution in Macau from solving disputes in an amicable manner standpoint).

are (were) taken into consideration on the receiver-legal system. Which means that the appropriate legal seeds must be (or should have been) sowed on the receiver-legal system or legal dormant will be otherwise created.

Given the cultural background/legal culture of Macau (deeply soaked in Confucianism traits), the operation of *legal pollination* undertaken by the Portuguese from the middle of the nineteenth century onwards, did not manage to sow the legal seeds of mediation, one of the most emblematic amicable dispute resolution mechanisms. To this day, there is no such thing as a comprehensive legal framework concerning Mediation in Macau. Thus prompting *legal dormant* in this regard. Macau's *cultural originalism* begs for the creation of a myriad of amicable dispute resolution mechanisms⁵³⁴. Not just a few. If the legal pollination has passed the *test of legal dormancy*, one should proceed to the next stages.

6.3.2. Legal dynamics of dispute resolution and legal pollination: *Cultural divergence with law and cultural convergence with law*

6.3.2.1. Cultural divergence with law

The concept of *cultural divergence with law* is closely connected to the concept of *legal dormant*. They both arise from a poor and faulty legal pollination. A *legal pollination* that has failed to take into consideration the social environment and the cultural background/legal culture in which the receiver-legal system sits⁵³⁵.

2. *Cultural divergence with law* is tightly interlocked with a mismatch between the contents of law (or a set of laws) and the cultural background/legal culture⁵³⁶ in which

534 See: Point 5. to point 5.2. of this paper (on the influence of Chinese Confucianism in shaping the Chinese cultural originalism and on shaping the unfolding of dispute resolution in Macau from solving disputes in an amicable manner standpoint).

535 Mark David Heiser, "Harmony, Peacemaking, and Power: Controlling Processes and African Mediation", *Conflict Resolution Quarterly*, 23 (2006): 281, 290–292 (data collated from a survey of mediation practice in Gambia has shown that parties preferred local level mediation where they perceived the judicial courts to be inept, slow, or unable to grasp the gist of the dispute. «The same study parties expressed a *dislike of the judicial system because it did not express their beliefs*»; (italics added). This assertion adds further plausibility to my newly-crafted concept of *cultural divergence with law*).

536 As hinted above, Sierra Leone accounts for a vividly clear example of my newly-crafted concept of *cultural divergence with law* (carved out both at the second pillar of the four-tiered model of dispute resolution (*Cultural Dynamics of Dispute Resolution*) and at third pillar of four-tiered model of dispute resolution (*Legal Dynamics of Dispute Resolution*). Sierra Leone's cultural background is premised on a yoke of silence, «occult power», and «invisible forces». The truth-telling commissions (created pursuant a thrust to cater for transitional justice in countries, like Sierra Leone, ravaged by long-winded and nefarious civil and ethnic wars) are underpinned by western-laden values of truth, openness, and healing instead. This mismatch has been pinpointed by acclaimed doctrine. See: Gearoid Millar, "Between Western Theory and Local Practice: Cultural Impediments to Truth-Telling in Sierra Leone", *Conflict Resolution Quarterly*, 29 (2) (2011): 177-199 (192) (arguing that «the truth-telling processes within the TRC are built on implicit conceptions of truth as foundational for experiences of postwar healing and justice. But Sierra Leone truth is not understood as it is in the West, where truth and knowledge are seen as inherently good and healing. In Sierra Leone the control and communication of knowledge is far more involved in the management of power and influence, and in the messy realms of occult power, invisible forces, and authority»). Only to add that «my findings reiterate and confirm many of the anthropological findings previously published, but which have failed to gain traction within the peacebuilding community»).

the former sits^{537/538}. The absence of a full-fledged mediation legal framework in Macau (which, recall, is deeply steeped in Confucianist traits according to which disputes should be primarily solved through amicable/ conciliatory means) accounts for a conspicuously clear example of both *cultural divergence with law* and *legal dormants* pursuant a poor *legal pollination*.

There can be also *atypical forms of both legal dormants and cultural divergence with law*. Such are the cases in which, under the cloak of an alignment between the contents of a law (or set of laws) and the cultural background/legal culture, lies beneath a bevy of non-functional dispute resolution mechanisms (mediation, arbitration⁵³⁹, conciliation, negotiation and so forth) which render litigation or court adjudication the only functional and effective dispute resolution mechanism in a given legal system.

6.3.2.2. Cultural convergence with law

Cultural convergence with law is mirrored through the alignment between the contents of a law (or set of laws) and the cultural background/legal culture in which the former sits. Both the concepts of *cultural convergence with law* and *cultural divergence with law* are tightly interlocked with the concepts of *positive legal-real-feel* and *negative legal-real-feel*.

6.3.3. Legal dynamics of dispute resolution and legal pollination: The concept of *legal sentiment* and the sub-concepts *positive legal-real-feel* and *negative legal-real-feel*

6.3.3.1. Legal sentiment and positive legal-real-feel

Legal sentiment is a concept which comprises both *positive legal-real-feel* and *negative legal-real-feel*. *Legal sentiment* derives from the alignment (or lack thereof) between legal culture, law, and the underlying social reality⁵⁴⁰. The more the laypeople

537 Alexandra Crampton, “Addressing Questions of Culture and Power in the Globalization of ADR: Lessons From African Influence on American Mediation”, *Hamline Journal of Public Law and Policy*, 27 (2005–2006): 229, 235–36 (a conspicuous example of *cultural divergence with law* is the cultural norm of respect for the elderly that pervades African cultures. For instance, in Uganda, a court-connected mediation program has met with (hardly unforeseen though) *social resistance* for using bachelor degree law students as mediators. The disputants were entirely accustomed to having elders act as mediators in customary mediation. Thus fiercely resisting the idea of having youthful mediators at the table).

538 Julia Ann Gold, “ADR Through A Cultural Lens: How Cultural Values Shape Our Disputing Process”, *Journal of Dispute Resolution*, (2005): 289 ff (still in the African legal context, Rwanda may face the accusation of *cultural divergence with law* in the future since they have failed to account for context and culture in court-connected dispute resolution program design and implementation). This assertion (also) adds further plausibility to my newly-crafted concept of *culture divergence with law*.

539 See: Hugo Luz dos Santos/Leong Cheng Hang, “Culture matters”: Expedited Arbitration and Arb-Med in Macau, *Hong Kong Law Journal*, Volume 54, Issue 3, 2024, pp. 614-636.

540 As hinted above, the French legal reform of contracts of 2016 was aimed at grasping legal security and legal certainty to citizens (in a bid to quash the legal insecurity and legal uncertainty that derived from the outdated

feel that their cultural background/legal culture is mirrored on a given legal framework, the higher will be the *positive legal-real-feel*.

6.3.3.2. Legal sentiment and negative legal-real-feel: The theoretical part (connection with *cultural divergence with law* and *cultural convergence with law*) and the functional part (the set of impressions that the citizens have on how the civil procedure system of justice works)

On the opposite pole, the less laypeople *feel* that their cultural background/legal culture is mirrored on a given legal framework, the higher will be the *negative legal-real-feel*. Legal sentiment has a *theoretical part*. Being the one that derives directly from *cultural divergence with law* and *cultural convergence with law*, which can be directly gauged through the results (good or bad) of legal pollination.

7. CONCLUDING REMARKS

§§ 1. The concept of *collective sensemaking* stands as a socially integrated response to solve a bevy of social and legal problems arisen from an ever-evolving and simmering social reality. With this background in mind, this paper challenges the validity of the *legal transplants' theory*, which falls noticeably short of explaining why some legal transplants fail and others take root. Another approach – which leverages on a *law in context methodology* – is sorely needed in this regard. It is called *legal pollination*.

§§ 2. Against this background, a *law in context methodology* amounts to a linchpin that connects the past (with a view to the reap the wisdom of the old) and the future (with a view to wide-open the hallowed window of the new). This assertion stands at the core of my newly-crafted concept of *looking backwards and looking forwards*.

§§ 3. The concept of *looking backwards and looking forwards* was designed to enable a given lawmaker (or policymaker) to grasp the *silent forces of law* which have

Code de Napoléon du 1804). It accounts to a living testament that there is an ongoing thrust with squarely aligning *law and social reality*. In French doctrine: Gaël Chantepie/Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations/Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* 2016, Paris, Dalloz, (2016): 6 ff; Yves-Marie Laithier/Olivier Deshayes/Thomas Genicon, *Réforme du droit des contrats, du regime général et de la preuve des obligations*, New York, LexisNexis, (2016): 548 ff; Barthélemy Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Paris, Francis Lefebvre, (2016): 318 e ss; Bénédicte Fauvarque-Cosson, "La réforme française du droit des contrats à la lumière des droits étrangers", *RidDC*, 2016 (4) (2016): 861 ff (highlights the thrust to grasp of legal security in France); Phillipe Dupichot, "Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats", *Droit et Patrimoine*, 247 (2015): 33 ff; in Portuguese doctrine, António Menezes Cordeiro, "A reforma francesa do Direito das obrigações (2016)", *Revista de Direito Civil*, (2017) (1) (2017): 9-29; in Portuguese doctrine, Joana Farrajota, "A propósito da reforma de 2016 do regime do incumprimento no Código Civil francês", *Revista de Direito Civil*, (2018) (1) (2018): 174 ff (stressing *Code de Napoléon's* of 1804 mismatch with French's legal, economic and ever-evolving *social reality*, which has paved the way to the French legal reform of contracts of 2016).

prompted the relevant turning points in a given jurisdiction. Especially in mixed or hybrid jurisdictions like Macau. Which is of paramount importance in this regard.

§§ 4. By *looking backwards*, one was able to grasp both the exquisiteness and uniqueness of Macau's a *two-layered law and social reality* and a *two-layered cultural originalism*.

§§ 5. The harmony-equilibrium in which such two-layered law and social reality rested upon was marred by the movement of *legal pollination* undertaken by the Portuguese at the middle of the nineteenth century onwards. Thus prompting *legal dormants*, *cultural divergence with law* and *negative legal-real-feel* in Macau.

§§ 6. *Legal dormants* accounts for a sizable fraction of a given cultural background/legal culture which was not mirrored on a given dispute resolution framework.

§§ 7. *Cultural divergence with law* accounts for a divergence between a given cultural background/legal culture and the legal framework in which the former sits.

§§ 8. *Negative legal-real-feel* amounts to a social discontent with both *legal dormants* and *cultural divergence with law* and with the extent to which a given legal framework has failed to cater for the reflection of such cultural background/legal culture.

§§ 9. Taken together, such sub-concepts are legal maladies ensued from a poor *legal pollination* undertaken from the middle of 19th century onwards. Maladies which are in dire need of quashing.

§§ 10. To cater for that, the creation of a pre-suit court-connected mandatory mediation with an easy opt-out is in order with a view to revamp mediation in Macau.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

ENTIDADES DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA
EM DESASTRES AMBIENTAIS: LIÇÕES
EXTRAÍDAS DO CASO RIO DOCE

Claim resolution facilities in environmental
disasters: lessons from Rio Doce case¹

João Paulo Lordelo

Professor at *Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento
e Pesquisa* (IDP), Brazil. Federal Prosecutor.

Geisa Cunha Franco

Professor at the Federal University of Goiás, Brazil.
PhD from the University of Brasília, Brazil.

Giovanni Martins de Araújo Mascarenhas

Master's degree from the Federal University of Goiás, Brazil. Lawyer.

Jéssica Maria de Lima Rocha

Master's candidate at the Federal University of Goiás, Brazil.

¹ O artigo é produto do Grupo de Pesquisa "Critérios para a reparação de danos em litígios de massa como forma de efetivação de direitos fundamentais em comunidades afetadas por desastres ambientais", vinculado à Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Sophia Fonsêca Morais

Undergraduate student at the Federal University of Goiás, Brazil.
Researcher at the Center for Global Studies (NEG-UFG).

Resumo: O artigo analisa o uso de matrizes de danos por meio de entidades de infraestrutura específica na reparação coletiva de desastres ambientais, valendo-se do estudo do caso Rio Doce. São avaliadas as estruturas de governança criadas após o rompimento da barragem de Fundão em Mariana em 2015, com foco no modelo da Fundação Renova. O estudo compreende três acordos principais: o TTAC de 2016, que criou a Fundação Renova; o TAC-Governança de 2018, que ampliou a participação das comunidades afetadas; e o Acordo de Repactuação de 2024, que alterou substancialmente o modelo anterior. Através de aportes extraídos de experiências norte-americanas, a pesquisa identifica três fatores principais para o insucesso do modelo: governança excessivamente centralizada nas empresas, matriz de danos rígida e burocrática, e participação insuficiente das comunidades afetadas nas decisões. O estudo conclui que entidades de infraestrutura específicas eficazes requerem estruturas de governança verdadeiramente independentes, sistemas flexíveis de avaliação de danos e desenhos institucionais que garantam participação adequada das coletividades afetadas.

Palavras-chave: Processos coletivos; Desastres ambientais; Matrizes de danos; Fundação Renova; *Claim resolution facilities*.

Abstract: The article analyzes the damage assessment through claim resolution facilities in the collective reparation of environmental disasters, using the Rio Doce case study. The governance structures created after the collapse of the Fundão dam in Mariana in 2015 are evaluated, with a focus on the Renova Foundation model. The study includes three main agreements: the 2016 TTAC, which created the Renova Foundation; the 2018 TAC-Governance, which expanded the participation of affected communities; and the 2024 Renegotiation Agreement, which substantially altered the previous model. Through a comparison with American experiences, the research identifies three main factors for the model's failure: governance that is excessively centralized in the companies, a rigid and bureaucratic damage matrix, and insufficient participation by the affected communities in decisions. The study concludes that effective specific infrastructure entities require truly independent governance structures, flexible damage assessment systems and institutional designs that guarantee adequate participation by affected communities.

Keywords: Collective litigation; Environmental disasters; Damage assessment; Renova Foundation; *Claim resolution facilities*.

1 INTRODUÇÃO

O rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG), no dia 5 de novembro de 2015, representa um dos maiores desastres socioambientais da história do Brasil. O colapso estrutural, atribuído à mineradora Samarco (controlada pelas gigantes Vale e BHP Billiton), desencadeou uma tragédia que ultrapassou fronteiras geográficas e ju-

rídicas, afetando diretamente milhares de pessoas ao longo do Rio Doce, desde Minas Gerais até o Espírito Santo. Além das perdas humanas e materiais imediatas, o desastre gerou impactos ambientais irreversíveis, comprometendo ecossistemas, comunidades tradicionais e economias locais.

O desastre resultou na lesão a direitos individuais e coletivos, tendo sido rapidamente ajuizadas ações individuais, coletivas e incidentes para a resolução de demandas repetitivas, sendo identificados variados grupos de interesses contrapostos. A complexidade e dimensão dos danos gerados demandaram a construção de um inovador sistema de governança para sua reparação, materializado através de três acordos principais.

O primeiro grande marco foi o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), celebrado em março de 2016. Este acordo inicial estabeleceu uma estrutura aparentemente promissora: criou a Fundação Renova, entidade privada de infraestrutura específica responsável por executar os programas de recuperação, e instituiu o Comitê Interfederativo (CIF) como órgão de fiscalização. No entanto, as fragilidades logo se tornaram evidentes. A Fundação Renova, dominada pelas empresas responsáveis que indicavam seis dos sete membros do conselho, mostrou-se morosa em suas decisões. Além disso, a ausência de participação das comunidades atingidas comprometia a legitimidade do processo.

Buscando corrigir estas deficiências, foi firmado em 2018 o TAC-Governança, que trouxe as instituições do sistema de justiça – Ministério Público e Defensorias Públicas – para o processo. O novo acordo reformulou a governança, criando espaços de participação para os atingidos através de Comissões Locais e Câmaras Regionais. Contudo, os problemas persistiram. A Fundação Renova frequentemente contestava judicialmente as deliberações do CIF, paralisando ações essenciais de reparação e compensação.

A insuficiência desses modelos levou a novas tentativas de repactuação. Em 2021, o juízo da 4ª Vara Federal de Belo Horizonte solicitou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a mediação de novas tratativas para repactuação do acordo. Sob coordenação do CNJ e posteriormente do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, foram realizadas dezenas de sessões de mediação e audiências públicas. Apesar dos avanços, divergências sobre cronogramas de pagamento impediram o fechamento do acordo em 2022, quando o Ministério Público e Defensorias Públicas se retiraram das negociações. O recém-criado Tribunal Regional Federal da 6ª Região tentou retomar as tratativas em 2023, mas também enfrentou impasses.

As discussões foram retomadas em 2024, culminando em um novo acordo submetido à homologação do Supremo Tribunal Federal. Este acordo altera profundamente o modelo anterior: a maior parte das obrigações de fazer atribuídas às empresas será convertida em uma obrigação de pagar R\$ 100 bilhões diretamente aos entes públicos. A Fundação Renova e o modelo de governança do TTAC serão extintos após um período de transição, cabendo ao poder público executar os progra-

mas necessários à recomposição socioambiental. Além disso, permanecem algumas obrigações específicas para as empresas, como a conclusão do reassentamento de comunidades afetadas, a retirada de rejeitos da Usina Hidrelétrica de Candonga e a recuperação de áreas degradadas.

Firmadas tais premissas, o presente artigo pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: que elementos fáticos e jurídicos, no contexto das técnicas autocompositivas empregadas na solução do caso Mariana, resultaram no insucesso à adequada reparação das vítimas do desastre ambiental por intermédio da Fundação Renova?

A hipótese é a de que o insucesso do modelo pode ser atribuído a três fatores principais: (i) estrutura de governança excessivamente centralizada nas empresas responsáveis, comprometendo a independência das decisões; (ii) matriz de danos rígida e burocrática, incompatível com a realidade socioeconômica dos atingidos; e (iii) insuficiente participação das comunidades afetadas nos processos decisórios.

Para enfrentar essas questões, serão inicialmente expostos os impactos do desastre e a complexidade do conflito. Em seguida, serão analisadas as características do modelo de entidade de infraestrutura específica adotado no caso e as dificuldades identificadas na construção da sua matriz de danos. Ao final, a partir de premissas extraídas de experiências internacionais, serão desenvolvidas diretrizes para o aperfeiçoamento desses mecanismos em futuros casos similares.

Os suportes fáticos e teóricos são fornecidos pelo estudo de caso, somado a aportes extraídos das experiências norte-americanas de *claim resolution facilities*. Os métodos de abordagem empregados são o indutivo e o hipotético-dedutivo.

2 IMPACTOS DO DESASTRE DE MARIANA (CASO RIO DOCE) E COMPLEXIDADE DO CONFLITO

O caso Mariana configura-se como um conflito socioambiental irradiado² de alta complexidade, caracterizado pela multiplicidade de atores envolvidos e pela sobreposição de diferentes dimensões de dano. Trata-se de um exemplo paradigmático de conflito ambiental no contexto do neoextrativismo brasileiro, onde se evidenciam as assimetrias de poder entre os atores envolvidos e as limitações dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos.³

2 Nos conflitos irradiados, a lesão afeta diretamente os interesses de “diversas pessoas ou seguimentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas da mesma forma e com a mesma intensidade pelo resultado do litígio” (VITORELLI, Edison. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: Processo coletivo*, v. 8. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 97).

3 ARAÚJO, Luciane Martins de; SILVA, José Antônio Tietzmann. Mineração, deslocados e desamparados ambientais: os casos de Mariana e Brumadinho. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 101/2021, p. 85-118, jan-mar/2021.

O rompimento da barragem de Fundão, localizada no distrito de Bento Rodrigues, em Mariana (MG), ocorreu às 15h30 do dia 5 de novembro de 2015⁴, marcando o início de uma sequência de eventos que expuseram as fragilidades regulatórias e institucionais do setor minerário brasileiro. A barragem, operada pela Samarco Mineração S.A., era responsável pelo armazenamento de rejeitos de minério de ferro provenientes das atividades da empresa. Conforme dados do Ministério Público Federal, seu colapso resultou na liberação de aproximadamente 43 milhões de metros cúbicos de lama tóxica, que devastaram comunidades inteiras, causaram a morte de 19 pessoas e deixaram centenas de famílias desabrigadas. A lama percorreu cerca de 663 quilômetros pelo leito do Rio Doce, impactando diretamente 41 municípios nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, além de prejudicar atividades econômicas essenciais, como a pesca, agricultura e turismo.⁵

De acordo com relatório do Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), os efeitos desse desastre foram amplos e multifacetados, abrangendo aspectos ambientais, sociais, econômicos e culturais.⁶

Quanto aos impactos ambientais, a lama tóxica liberada após o rompimento causou a morte de mais de 11 toneladas de peixes, ameaçando a extinção de algumas espécies e impactando profundamente a fauna, flora, áreas marítimas e de conservação. Além disso, houve prejuízos significativos às atividades pesqueiras, agropecuárias, turísticas e de lazer na região. A contaminação dos rios atingidos com lama de rejeitos de minério assoreou o leito dos rios e reservatórios de barragens, comprometendo ecossistemas inteiros.⁷

Um aspecto particularmente preocupante destacado no relatório é que, mesmo um ano após o desastre, o vazamento de rejeitos continuava ocorrendo e novos impactos surgiam, caracterizando-o como um desastre continuado.⁸ Os impactos se estenderam por 663,2 km de cursos d'água, afetando profundamente o modo de vida e os valores de povos indígenas e tradicionais, além de causar prejuízos ao patrimônio histórico e cultural das regiões atingidas.⁹

No que diz respeito aos impactos sociais, cerca de 311 mil pessoas somente em Minas Gerais foram diretamente atingidas pelo desastre, com estimativas de que apro-

4 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *O desastre*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>. Acesso em: 10 fev. 2024.

5 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Samarco*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco>. Acesso em: 10 fev. 2024.

6 CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o Vale do Rio Doce, 2017*. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf. Acesso em: 10 fev. 2025.

7 *Ibid.*, p. 7.

8 *Ibid.*, p. 44-45.

9 *Ibid.*, p.45.

ximadamente 3,2 milhões de pessoas tenham sido impactadas ao longo da bacia do Rio Doce.¹⁰

Além dos danos físicos e econômicos, o desastre teve um profundo impacto cultural e psicológico nas comunidades atingidas.¹¹ Populações tradicionais, como os povos indígenas Krenak, Tupiniquim e Guarani, viram suas conexões espirituais e práticas culturais interrompidas devido à destruição de locais sagrados e à contaminação do Rio Doce, conhecido pelos Krenak como Watu. A narrativa das vítimas revela traumas emocionais intensos, incluindo relatos de crianças que ficaram traumatizadas e adultos que enfrentaram discriminação e estigmatização em suas próprias comunidades.¹²

O relatório do CNDH também relaciona os impactos econômicos e no mercado de trabalho.¹³ A economia regional foi severamente afetada, com cerca de 20% da população de Mariana desempregada e milhares de trabalhadores da Samarco demitidos ou colocados em regime de *lay-off*. O sindicato dos trabalhadores denunciou que a empresa reduziu drasticamente a Participação nos Lucros e Resultados (PLR) em 2015, mesmo tendo operado com lucro até novembro, antes do desastre. Além disso, muitos pescadores, agricultores e comerciantes locais perderam suas fontes de renda devido à contaminação dos recursos naturais.

Esta catástrofe ambiental, considerada a mais grave do Brasil e uma das piores do mundo, ocasionou severos impactos ambientais, sociais e econômicos, além de causar mortes.¹⁴ Os danos observados inicialmente e que se intensificaram com o tempo persistem até hoje, com perspectivas incertas de término. São impactos continuados e, em sua maioria, irreversíveis.

A magnitude do desastre exigiu uma resposta coordenada e multidimensional, envolvendo não apenas medidas emergenciais de assistência às vítimas, mas também estratégias de médio e longo prazos para a recuperação ambiental e socioeconômica das regiões afetadas. No entanto, a complexidade jurídica e política do caso logo se evidenciou. Em um cenário de múltiplos interesses conflitantes – incluindo empresas responsáveis, governos estaduais e federal, órgãos de controle e comunidades atingidas –, tornou-se necessário buscar soluções que pudessem conciliar a urgência das demandas com a viabilidade prática de implementação.¹⁵

10 *Ibid.*, p. 7 e 46.

11 *Ibid.*, p. 36 e 49.

12 URQUIZE, Antônio Hilário Aguilera; ROCHA, Adriana de Oliveira. O desastre ambiental de Mariana e os Krenak do Rio Doce. *Veredas do Direito*, Belho Horizonte, v. 16, n. 35, p. 191-219, maio/agosto de 2019.

13 CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o Vale do Rio Doce, 2017*. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf. Acesso em: 10 fev. 2025, p. 13, 27 e 56.

14 URQUIZA, Antonio Hilario Aguilera; ROCHA, Adriana de Oliveira. The Environmental Disaster of Mariana and the Krenaks of the Doce River. *Veredas do Direito*, v. 16, n. 2, p. 191-220, maio/ago. 2019.

15 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Samarco*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco>. Acesso em: 10 fev. 2024.

A complexidade do caso manifesta-se em diferentes aspectos. Em sua dimensão científica, a tarefa de quantificar os prejuízos e estabelecer relações de causa e efeito mostra-se particularmente desafiadora, uma vez que os impactos se espalharam por uma vasta área geográfica e manifestaram-se de formas variadas e interconectadas. Do ponto de vista do direito, o caso expõe as limitações dos instrumentos jurídicos convencionais, demandando soluções processuais criativas que vão além do arcabouço tradicional tanto do direito ambiental quanto das normas processuais vigentes no Brasil.

3 A DELEGAÇÃO DE ATIVIDADE EXECUTIVA A ENTIDADES DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA (*CLAIM RESOLUTION FACILITIES*)

3.1 Conceito e fundamentos das entidades de infraestrutura específica

O fenômeno da litigância de massa tem desafiado os sistemas judiciais contemporâneos a desenvolverem mecanismos alternativos para o processamento de demandas repetitivas. Especialmente no contexto de desastres ambientais de grande magnitude, que podem afetar milhares ou até milhões de pessoas, os métodos tradicionais de adjudicação individual mostram-se inadequados tanto em termos de eficiência quanto de efetividade.

Nesse cenário, emerge como solução promissora a delegação da atividade executiva a entidades de infraestrutura específica, conhecidas no direito norte-americano como *claim resolution facilities*. Trata-se de organizações privadas especialmente desenhadas para processar grande volume de pretensões indenizatórias de forma mais eficiente e padronizada do que seria possível no sistema judicial tradicional.¹⁶

As *claims resolution facilities* podem ser criadas por diferentes meios: lei, decisão judicial ou acordo entre as partes. Estas estruturas surgiram inicialmente no contexto de acordos em ações coletivas e processos de reorganização falimentar envolvendo responsabilidade em massa (*mass torts*).¹⁷

Autores como Deborah Hensler apresentam uma análise crítica dessas entidades, revelando deficiências significativas nesses mecanismos, que comprometem tanto sua eficiência quanto sua legitimidade. Um primeiro aspecto problemático diz respeito à opacidade desses sistemas. Ao contrário de programas governamentais de compensação, que se submetem a regras públicas de transparência e controle, as *claim resolution*

16 Sobre o tema: CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claim resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 287, 2019, p. 445-483. Como destacam os autores, as CRFs são entidades de infraestrutura específicas criadas para indenizar vítimas de lesões, mas seu objeto pode ser mais amplo, incluindo reparações pecuniárias difusas, projetos de melhorias de políticas públicas e sugestões de projetos de lei.

17 HENSLER, Deborah R. Alternative Courts - Litigation-Induced Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 57, p. 1429-1437, abr. 2005, p. 1.429.

facilities operam com pouca visibilidade externa. Suas regras procedimentais “não se submetem a amplo debate público e seus resultados frequentemente são protegidos por confidencialidade”.¹⁸ Como observa a autora, sem coleta sistemática de dados sobre a variedade de desenhos adotados, as razões pelas quais os *designers* das *facilities* preferem alguns desenhos a outros, e os resultados para reclamantes e financiadores de diferentes decisões de design, a convergência em certos modelos depende do envolvimento de atores repetidos no processo, cujas preferências podem não refletir as reais consequências das decisões.¹⁹

Hensler também identifica sérios déficits de devido processo legal. Embora muitas *facilities* prometam acesso a mecanismos alternativos de resolução de disputas (ADR), na prática esses procedimentos são frequentemente limitados. O caso do Dalkon Shield Trust é emblemático: seu programa de arbitragem impunha um teto de \$10.000 para as indenizações e não permitia real negociação entre as partes, já que o representante do Trust apenas fazia uma “oferta final» sem possibilidade de barganha.²⁰

Um terceiro conjunto de problemas deriva da própria estrutura dessas entidades. A avaliação de pedidos que é central para se chegar a um acordo coletivo ou reorganização falimentar é inerentemente incerta. Mais reclamantes podem aparecer do que o antecipado, a distribuição dos valores dos pedidos pode ser diferente da projetada, e mesmo fundos bem administrados podem sofrer reveses financeiros.²¹

Essas deficiências decorrem em parte da natureza híbrida das *claim resolution facilities*, que se situam “em algum lugar entre a adjudicação pública e o acordo privado, entre agências administrativas e resolução de disputas”.²² Sem um marco regulatório claro e com reduzida transparência, acabam reproduzindo assimetrias de poder presentes no processo de negociação que lhes deu origem.

Como solução, tendo em vista que o número, variedade e complexidade das *claim resolution facilities* continua a aumentar, a necessidade de saber mais sobre as consequências de recorrer a elas para entregar compensação aumentou da mesma forma. Como anota Hensler, “é hora de levar a sério o entendimento do papel que as *claim resolution facilities* estão desempenhando na entrega da justiça civil nos Estados Unidos”, preocupação que parece também aplicável ao Brasil.²³

Buscando o aperfeiçoamento de tais entidades, Florence identifica três fatores cruciais para o sucesso do esquema compensatório: (i) justiça das ofertas de acordo, que devem refletir adequadamente o valor das pretensões conforme parâmetros históricos do sistema de responsabilidade civil; (ii) igualdade de tratamento entre os beneficiá-

18 *Ibid.*, p. 1.429.

19 *Ibid.*, p. 1.434.

20 *Ibid.*, p. 1.436.

21 *Ibid.*, p. 1.437.

22 *Ibid.*, p. 1.435.

23 *Ibid.*, p. 1.439.

rios, evitando disparidades injustificadas entre casos similares; e (iii) disposições que favoreçam acordos em vez de litigância, reduzindo custos transacionais.²⁴ Segundo refere, a experiência acumulada demonstra que quando estes elementos estão presentes, as taxas de aceitação das propostas tendem a ser elevadas e os custos operacionais são significativamente reduzidos em comparação com a litigância tradicional.

De forma similar, Baker e Silver oferecem uma vigorosa defesa dos mecanismos privados de resolução de demandas em massa, argumentando que sua legitimidade deriva da mesma fonte que justifica acordos em geral: o consentimento informado das partes que, tendo a opção de litigar, optam por uma solução alternativa. Para eles, a delegação a estas entidades específicas permite maior especialização e eficiência no processamento dos pedidos, com desenvolvimento de expertise própria para avaliação dos casos.²⁵

Os autores iniciam apresentando três modelos fundamentais das *claim resolution facilities* (CRFs). O primeiro deles, exemplificado em caso envolvendo a General Motors após a descoberta de defeito no sistema de ignição, consiste em acordos individuais negociados diretamente pelos advogados internos da empresa. Essa abordagem oferece máxima flexibilidade e confidencialidade ao réu, permitindo minimizar custos de descoberta e evitar julgamentos potencialmente desfavoráveis.²⁶

O segundo modelo, ilustrado pelo programa posterior da GM administrado por Kenneth Feinberg, envolve a criação de fundos de compensação geridos por terceiros. Baker e Silver demonstram como essa estrutura busca legitimidade através da figura do administrador independente, oferecendo transparência parcial sobre critérios de compensação enquanto mantém flexibilidade para tratar casos mais complexos. No caso da GM, o programa conseguiu resolver praticamente todos os casos de morte e lesões graves elegíveis.²⁷

Esse segundo modelo também foi utilizado no *September 11 Victim Compensation Fund*, criado em 22 de setembro de 2001, apenas onze dias após os ataques atribuídos ao grupo terrorista Al-Qaeda.²⁸ A expressiva velocidade na aprovação do *Victim Compensation of the Air Transportation Safety and System Stabilization Act* pelo Poder Legislativo teve como fundamento a necessidade de preservação da indústria nacional da aviação civil evitando o múltiplo ajuizamento de demandas individuais, conforme estabelecido em seu preâmbulo.²⁹ Noventa e sete por cento das famílias qualificadas

24 FLORENCE, B. Thomas. Mass Tort Claim Processing Facilities: Keys to Success. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v. 31, p. 503-504, jan. 1998.

25 BAKER, Lynn A.; SILVER, Charles. In Defense of Private Claims Resolution Facilities. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 84, n. 2, p. 45-72, 2021, p. 45-46.

26 *Ibid.*, p. 49-51.

27 *Ibid.*, p. 54-55.

28 LORDELO, João Paulo. Damage Assessment in Mass Conflicts: Understanding the September 11 Victim Compensation Fund Schemes. *Beijing Law Review*, v.15, n. 2, junho/2024.

29 ESTADOS UNIDOS. Air Transportation Safety and System Stabilization Act. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/2926> e <https://www.govinfo.gov/app/details/COMPS-10415>. Acesso em 26 jul. 2023.

optaram por reivindicar o benefício do esquema. Quase 7.500 solicitações individualizadas foram processadas e concluídas em menos de três anos. Em comparação com os atrasos, os custos e as incertezas do sistema de justiça civil, o Fundo provou ser uma alternativa eficiente e eficaz.³⁰

O terceiro modelo consiste nos “acordos de inventário”, nos quais a empresa resolve em bloco grupos de casos mantidos por escritórios de advocacia específicos. Esta abordagem permite ao réu obter encerramento máximo a custo fixo e previsível, transferindo para os advogados dos autores a complexa tarefa de alocar valores entre seus clientes. Os autores demonstram como a GM empregou essa estratégia para resolver milhares de casos remanescentes após o programa de Feinberg.³¹

Os autores concluem que, embora CRFs privadas não sejam perfeitas, frequentemente representam uma alternativa mais eficiente à litigância judicial. Seu argumento central é que, mantida a opção de litigar como *baseline*, não há razão para impedir as partes de optarem por mecanismos alternativos de resolução que considerem mutuamente benéficos.³²

No caso específico do desastre do Rio Doce, a criação da Fundação Renova em 2016, por meio do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), representou uma adaptação desse modelo ao contexto brasileiro. Embora com particularidades próprias do sistema jurídico nacional e da realidade socioeconômica local, a entidade foi constituída seguindo premissas similares: centralização do processamento de pedidos, padronização de critérios e busca por maior eficiência na distribuição das compensações. Cuida-se de estrutura que corresponde ao segundo tipo da classificação de Baker e Silver: fundo de compensação gerido por terceiros – no caso, uma fundação.

3.2 A experiência norte-americana das *claim resolution facilities*

O sistema jurídico norte-americano desenvolveu ao longo das últimas décadas rica experiência na constituição e operação de *claim resolution facilities*. Diversos casos emblemáticos, especialmente a partir da década de 1980, proporcionaram valiosos aprendizados sobre o funcionamento dessas estruturas e os desafios envolvidos em sua implementação. Assim, a experiência norte-americana oferece um panorama va-

30 HODGES, Christopher; MACLEOD, Sonia. *Redress Schemes for Personal Injuries*. Oxford: Hart, 2017, p. 350-351.

31 BAKER, Lynn A.; SILVER, Charles. In Defense of Private Claims Resolution Facilities. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 84, n. 2, p. 45-72, 2021, p. 45-46, p. 55-55.

32 Baker e Silver dedicam especial atenção a refutar duas críticas comuns às CRFs privadas. A primeira, articulada por Linda Mullenix, sustenta que estes mecanismos impediriam a realização da justiça corretiva. Os autores contra-argumentam que a teoria da justiça corretiva não exige adjudicação judicial, destacando ainda as próprias imperfeições do sistema judicial na realização deste objetivo. A segunda crítica relaciona-se aos custos de agência e potenciais conflitos de interesse dos advogados. Aqui, os autores desenvolvem um argumento sofisticado demonstrando como forças de mercado tendem naturalmente a reduzir estes custos, observando que a supervisão judicial obrigatória poderia adicionar complexidade sem benefícios proporcionais (BAKER, Lynn A.; SILVER, Charles. In Defense of Private Claims Resolution Facilities. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 84, n. 2, p. 45-72, 2021, p. 62-72).

lioso para a resolução de conflitos coletivos no Brasil, especialmente em casos de desastres ambientais de grande magnitude como o do Rio Doce

Nos EUA, essas entidades variam em forma e estrutura, podendo assumir o formato de *trusts*, *settlement funds* ou outras modalidades. Como anota Hensler, a escolha da forma organizacional deve levar em consideração a natureza dos conflitos e a complexidade dos direitos envolvidos.³³

Um dos casos mais significativos foi o *Dalkon Shield Claimants Trust*, estabelecido após a reorganização falimentar da A.H. Robins para processar pedidos relacionados a danos causados por dispositivo intrauterino. O programa adotou abordagem não-adversarial e critérios padronizados de avaliação, conseguindo resolver mais de 350 mil reclamações com custos administrativos relativamente baixos.³⁴

Outro exemplo notável é o *Manville Personal Injury Trust*, criado para administrar pedidos de vítimas de exposição ao amianto produzido pela Johns Manville Corporation. Carroll *et al.* documentam como o *trust* enfrentou desafios significativos quando o volume de demandas superou substancialmente as projeções iniciais, exigindo ajustes nos valores de compensação e nas regras de processamento.³⁵

Mais recentemente, o *Dow Corning Trust*, constituído após acordo em ação coletiva envolvendo implantes mamários de silicone, desenvolveu metodologia detalhada para categorização dos danos e definição dos valores indenizatórios. Baker e Silver destacam como o programa conseguiu equilibrar a necessidade de processamento eficiente em larga escala com flexibilidade para considerar circunstâncias individuais relevantes.³⁶

Os procedimentos adotados pelas *claims resolution facilities* podem variar entre modelos inquisitoriais e adversariais. Nos EUA, a *Gulf Coast Claims Facility* (GCCF) adotou um modelo inquisitorial, no qual as vítimas apresentavam provas documentais e recebiam decisões fundamentadas emitidas pela própria entidade.³⁷ No Brasil, a Fundação Renova optou por um modelo misto, combinando procedimentos administrativos com mecanismos de participação comunitária.

Além disso, a GCCF implementou três circuitos de pagamento: *quick payment* (pagamento imediato), *interim payment* (pagamento parcial e provisório) e *final payment*

33 HENSLER, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 53, n. 4, p. 175-187, 1990.

34 VAIRO, Georgene M. The Dalkon Shield Claimants Trust: Paradigm Lost (or Found)? *Fordham Law Review*, New York, v. 61, n. 3, p. 617-671, 1992.

35 CARROLL, Stephen et al. Asbestos Litigation Costs and Compensation: An Interim Report. Santa Monica: RAND Institute for Civil Justice, 2002. Disponível em: <http://www.rand.org/publications/DB/DB397/DB397.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2024.

36 BAKER, Lynn A.; SILVER, Charles. In Defense of Private Claims Resolution Facilities. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 84, n. 2, p. 45-72, 2021, p. 52-53.

37 MCGOVERN, Francis E. The What and Why of Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 5, p. 1361-1389, 2005, p. 1.372.

(pagamento integral). Essa flexibilidade permitiu que as vítimas escolhessem a opção que melhor atendesse às suas necessidades. No caso da Fundação Renova, a rigidez dos critérios de elegibilidade foi objeto de intensas críticas por muitas vítimas, que sentem que seus prejuízos não estão sendo adequadamente reconhecidos.³⁸

A análise comparativa desses casos permite identificar aspectos críticos para o sucesso das *claim resolution facilities*.

Em primeiro lugar, destaca-se a importância da governança e transparência. A legitimidade dessas estruturas depende fortemente da percepção de que operam de forma justa e imparcial, o que exige regras claras sobre gestão dos fundos e prestação de contas.³⁹

Outro elemento fundamental é o desenvolvimento de critérios objetivos para avaliação dos pedidos. A experiência do *Dalkon Shield Trust* é particularmente instrutiva nesse aspecto: inicialmente, o programa tentou replicar o processo tradicional de avaliação caso a caso, mas logo percebeu que tal abordagem seria insustentável dado o volume de demandas. A solução foi desenvolver um sistema de categorização padronizado que permitisse processamento mais ágil sem comprometer a justiça substancial dos resultados.⁴⁰

A eficiência processual emerge como terceiro pilar fundamental. Nesse sentido, Baker e Silver documentam como diferentes *facilities* experimentaram com variados graus de formalização procedimental, geralmente convergindo para modelos mais simplificados após perceberem que procedimentos muito complexos elevavam custos sem necessariamente melhorar a qualidade das decisões.⁴¹

Ainda, a experiência tem demonstrado que o sucesso destas estruturas depende fortemente da adequada definição inicial de seus parâmetros operacionais. Aspectos como independência, neutralidade e experiência dos gestores são cruciais. A previsão de mecanismos de controle de fraudes e erros, bem como a manutenção de supervisão judicial continuada, também se mostram relevantes.⁴²

Um aspecto particularmente sensível diz respeito aos incentivos criados pela própria existência das *facilities*. Em alguns casos, a mera possibilidade de resolver demandas através deste mecanismo pode gerar pressões excessivas para acordos, mesmo quando a

38 FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Análise das Matrizes de Danos no Contexto da Reparação do Desastre do Rio Doce*. Rio de Janeiro, São Paulo: FGV, 2019.

39 HENSLEY, Deborah R. Alternative Courts - Litigation-Induced Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 57, p. 1429-1437, abr. 2005, p. 1.429.

40 VAIRO, Georgene M. The Dalkon Shield Claimants Trust: Paradigm Lost (or Found)? *Fordham Law Review*, New York, v. 61, n. 3, p. 617-671, 1992, p. 642-643.

41 BAKER, Lynn A.; SILVER, Charles. In Defense of Private Claims Resolution Facilities. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 84, n. 2, p. 45-72, 2021, p. 56-57.

42 FLORENCE, B. Thomas. Mass Tort Claim Processing Facilities: Keys to Success. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v. 31, p. 503-512, jan. 1998, p. 508.

defesa judicial seria mais adequada. Este «problema de consistência temporal» tem sido observado especialmente em casos envolvendo responsabilidade por produtos.⁴³

Para endereçar estas questões, tem sido proposto o estabelecimento de padrões mínimos para aprovação judicial das *facilities*, incluindo requisitos de equidade horizontal e longitudinal, previsibilidade com flexibilidade adequada, confiança empírica nas projeções, independência e neutralidade dos gestores, definição de taxas de erro aceitáveis e mecanismos de supervisão judicial continuada.⁴⁴

A evolução das *claim resolution facilities* nos Estados Unidos demonstra um movimento de maior institucionalização e rotinização destes mecanismos. Partindo da rica experiência no país, Hensler sistematiza doze decisões-chave que precisam ser enfrentadas no desenho dessas estruturas: definição dos critérios de elegibilidade; especificação dos requisitos probatórios; escolha da metodologia de valoração; determinação da documentação exigida, calibragem do grau de individualização do processo, estruturação dos procedimentos disponíveis; regulamentação das possibilidades recursais; definição das opções de *opt-out*; disciplina da representação legal; estabelecimento do prazo de funcionamento; decisão sobre limitação do fundo; definição do rateio entre responsáveis; a fixação de indenizações mediante matrizes de danos (*damage assessment*).⁴⁵

A experiência norte-americana oferece, assim, importantes lições para o desenvolvimento de sistemas de processamento de indenizações em desastres ambientais. A necessidade de equilibrar eficiência com garantias processuais adequadas, a importância da supervisão judicial e transparência, bem como os riscos de distorções e fraudes são aspectos que merecem especial atenção na concepção destes mecanismos em outros contextos.

3.3 A fixação de indenizações mediante matrizes de danos (*damage assessment*)

A fixação de indenizações mediante matrizes de danos, ou *damage assessment*, é uma técnica amplamente utilizada em processos coletivos e desastres de massa para padronizar a compensação das vítimas. Essa abordagem busca equilibrar a necessidade de rapidez e eficiência com a justiça distributiva, garantindo que as vítimas recebam valores proporcionais aos prejuízos sofridos. No contexto brasileiro, especialmente no caso do desastre de Mariana, essa metodologia foi adotada pela Fundação Renova como parte dos programas de reparação socioeconômica e socioambiental.

Matrizes de danos são estruturas que categorizam os tipos de prejuízos suportados pelas vítimas, atribuindo valores objetivos a cada categoria. Essas categorias podem incluir perdas econômicas diretas (como danos à propriedade e à renda), impactos

43 MCGOVERN, Francis E. The What and Why of Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 5, p. 1361-1389, 2005, p. 1.382.

44 *Ibid.*, p. 1.387.

45 HENSLER, Deborah R. Alternative Courts - Litigation-Induced Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 57, p. 1429-1437, abr. 2005, p. 1.432-1.433.

sociais (como deslocamento forçado e perda de vínculos comunitários) e danos ambientais (como degradação de ecossistemas). A ideia central é criar um sistema transparente e previsível que minimize disputas individuais sobre o valor das indenizações.

No Brasil, a adoção de matrizes de danos encontra fundamento em múltiplas normas que incentivam a consensualidade não apenas no que diz respeito ao direito material, mas também quanto ao procedimento adotado para a resolução de casos (negócios jurídicos processuais, cf. art. 190, CPC).⁴⁶ O que se observa atualmente, é uma renovação do sistema de resolução de conflitos para além da prevalência do sistema de via única (solução adjudicada pela decisão judicial) com mero “temperamento” pela aplicação de instrumentos autocompositivos denominados meios “alternativos” de resolução de conflitos (*alternative dispute resolution* ou ADR), que seriam os equivalentes jurisdicionais.

No contexto do desastre de Mariana, a Fundação Renova adotou a metodologia de matrizes de danos como parte dos programas de reparação socioeconômica e socioambiental, como previsto na cláusula 34 do TTAC.⁴⁷

A título de exemplo, consta da matriz de danos o agrupamento intitulado “Atividades de Lavadeiras”, com descrição pormenorizada dos parâmetros indenizatórios:

Descrição Grupo	Dano Indenizado	Id Dano Indenizado	Dano Unitário	Valor Unitário	Unidade Medida	Data base
Atividade de Lavadeiras	Interrupção das atividades econômicas de lavadeira com prejuízo à renda	27	Interrupção das atividades econômicas de lavadeira com prejuízo à renda		Impactado	5/11/2015
Atividade de Lavadeiras	Pagamento de juros e multas por quebras de contratos e atrasos	39	Pagamento de juros e multas por quebras de contratos e atrasos		Impactado	
Atividade de Lavadeiras	Perdas e/ou danos de utensílios de trabalho	57	Kit lavadeira	912,13	Impactado	1/6/2016
Atividade de Lavadeiras	Danos morais interrupção na atividade	92	Danos morais interrupção na atividade		Impactado	

46 GODOY, Sandro Marcos; DIAS, Mateus Benites. The Mariana Environmental Disaster and Renova Foundation’s Role in Damage Reparation. *Direito e Desenvolvimento*, v. 12, n. 1, p. 38-56, jan./jun. 2021, p. 43.

47 “CLÁUSULA 34: A FUNDAÇÃO elaborará os parâmetros de indenização considerando as condições socioeconômicas dos IMPACTADOS na SITUAÇÃO ANTERIOR, bem como os princípios gerais da lei brasileira e os parâmetros existentes na jurisprudência brasileira. PARÁGRAFO PRIMEIRO. A adesão ao PROGRAMA DE NEGOCIAÇÃO COORDENADA pelos IMPACTADOS é facultativa. PARÁGRAFO SEGUNDO. A determinação da elegibilidade dos IMPACTADOS para o PROGRAMA DE NEGOCIAÇÃO COORDENADA e dos parâmetros de indenização a serem estabelecidos no âmbito do mesmo, será proposta pela FUNDAÇÃO e submetida à validação do COMITÊ INTERFEDERATIVO” (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Análise das Matrizes de Danos no Contexto da Reparação do Desastre do Rio Doce*. Rio de Janeiro, São Paulo: FGV, 2019, p. 20).

Fonte: Fundação Renova (2019) Matriz de Danos elaborada pela Fundação Renova, atualizada em 3/7/2019.

A utilização de matrizes de danos emerge como instrumento central na operacionalização das *claim resolution facilities*, permitindo processamento mais eficiente e previsível das demandas dentro de um esquema autocompositivo.

O desenho dessas matrizes precisa necessariamente partir de um profundo entendimento do contexto local.⁴⁸ No caso brasileiro, características como a alta informalidade das relações econômicas e a vulnerabilidade socioeconômica de grande parte dos atingidos demandam abordagens próprias.

O sucesso das matrizes depende crucialmente do equilíbrio entre a padronização necessária para eficiência operacional e a flexibilidade para acomodar particularidades relevantes dos casos. Excesso de rigidez pode gerar injustiças em casos específicos, enquanto flexibilidade demasiada compromete as vantagens da padronização.⁴⁹

No desenho das matrizes, múltiplas variáveis são tipicamente consideradas para determinação dos valores indenizatórios. Florence identifica que os fatores mais comumente utilizados incluem a natureza e gravidade do dano; a força do nexo causal; as características pessoais da vítima; a extensão das perdas econômicas; os custos médicos passados e futuros; o impacto na qualidade de vida; as circunstâncias agravantes ou atenuantes etc.⁵⁰

No contexto específico do Rio Doce, a complexidade adicional deriva da necessidade de considerar aspectos próprios da realidade brasileira, como a alta prevalência de atividades econômicas informais, as múltiplas fontes complementares de renda, os danos imateriais a modos tradicionais de vida, a vulnerabilidade socioeconômica dos atingidos e as dificuldades peculiares de comprovação documental.⁵¹

Para além disso, como explica Luciana Tasse Ferreira, apesar de o PIM (Programa de Indenização Mediada) apresentar a retórica do consenso entre as partes, é possível questionar até mesmo se há, efetivamente, consentimento. Segundo disposto no sítio virtual da Fundação Renova, “os critérios e valores para o cálculo de indenização dos danos gerais já foram previamente discutidos com representantes do poder público e de entidades técnicas”.⁵² Disso decorre a crítica inicial de ausência de discussão acerca

48 HENSLER, Deborah R. Alternative Courts - Litigation-Induced Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 57, p. 1429-1437, abr. 2005, p. 1.435.

49 BAKER, Lynn A.; SILVER, Charles. In Defense of Private Claims Resolution Facilities. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 84, n. 2, p. 45-72, 2021, p. 57-58.

50 FLORENCE, B. Thomas. Mass Tort Claim Processing Facilities: Keys to Success. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v. 31, p. 503-512, jan. 1998, p. 504.

51 CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o Vale do Rio Doce, 2017*. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf. Acesso em: 10 fev. 2025.

52 FERREIRA, Luciana Tasse. Playing the Fool: Negotiated Resolution and the Plunder of Rio Doce Basin. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 8, p. 163-184, 2020.

dos valores a serem indenizados, mas uma matriz de danos pré-fixada, com base na qual resta ao atingido apenas aceitar ou recusá-la, como num contrato de adesão.⁵³

Nesse sentido, destaca-se o teor dos “Relatórios Ramboll”, documentos técnicos elaborados pela empresa de consultoria internacional Ramboll, que foi contratada pelo Ministério Público Federal (MPF) para realizar o monitoramento independente dos programas de reparação e compensação implementados pela Fundação Renova após o desastre do Rio Doce. A empresa atua como expert técnico do MPF desde 2017, produzindo avaliações periódicas sobre a efetividade das ações de reparação, o cumprimento dos acordos firmados, a adequação das metodologias empregadas, os resultados alcançados nos diversos programas e os impactos socioambientais remanescentes.⁵⁴

Em relatório de 2018, a definição da matriz de danos feita pela Renova foi considerada problemática tanto pela falta de participação popular na sua definição, quanto pela escolha metodológica adotada na precificação dos danos, que desconsidera variáveis imateriais, morais e temporais para retomada autônoma da vida pós-desastre.⁵⁵⁻⁵⁶

4 A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS COLETIVOS E O SISTEMA DE GOVERNANÇA NO CASO RIO DOCE

A resposta inicial ao desastre de Mariana foi marcada pela judicialização. Em 9 (nove) de novembro de 2015, apenas quatro dias após o desastre, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo ajuizaram “medida cautelar à ação civil pública de reparação por danos ambientais e danos morais coletivos”, pleiteando, entre outras medidas, determinação à Samarco, para que disponibilizasse aeronave e serviços profissionais para “possibilitar sobrevoo e registro em imagens da abrangência das áreas atingidas pela onda poluente na porção capixaba do Rio Doce, bem como para monitoramento do avanço da pluma poluente na região de marinha”, pelo tempo que o órgão ambiental julgar necessário, de modo a viabilizar o registro dos danos ambientais.⁵⁷

Contudo, paralelamente ao processo judicial, iniciaram-se tratativas para uma solução negociada. Assim, o processo de resposta institucional foi marcado pela celebração de sucessivos acordos coletivos que buscaram estabelecer um quadro de governança

53 *Ibid.*

54 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Relatórios Ramboll*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/relatorios-ramboll>. Acesso em 15 fev. 2025.

55 *Ibid.*

56 FERREIRA, Luciana Tasse. Playing the Fool: Negotiated Resolution and the Plunder of Rio Doce Basin. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 8, p. 163-184, 2020.

57 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Petição 0132641-52.2015.4.02.5005. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/atuacao-na-1a-instancia/acoaes>. Acesso em: 11 fev. 2025.

para a reparação dos danos. O primeiro marco significativo foi o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), firmado em março de 2016 entre as empresas responsáveis, União e estados afetados. Cuida-se do mais importante marco jurídico de solução extrajudicial dos conflitos decorrentes do desastre, ao lado do TAC Governança, firmado em 2018, e do Acordo Judicial para Reparação Integral e Definitiva ao Rompimento da Barragem de Fundão (ou “Acordo de Repactuação”), firmado em 2024.

A análise desses instrumentos revela não apenas a complexidade do processo de reparação de danos socioambientais de grande magnitude, mas também a necessidade de evolução dos mecanismos de governança e participação social.

4.1 A instituição da Fundação Renova no Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC)

O Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) firmado em março de 2016 estabeleceu uma estrutura inovadora para a gestão e execução dos programas de reparação dos danos socioambientais e socioeconômicos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão: uma fundação de direito privado, sem fins lucrativos, dotada de autonomia gerencial, administrativa e financeira para conduzir um complexo conjunto de ações reparatórias e compensatórias. O acordo representou uma tentativa de acelerar o processo de reparação e compensação, estabelecendo um conjunto de 42 programas sociais, econômicos e ambientais a serem implementados pela Fundação Renova. Apesar disso, não houve participação do Ministério Público, das defensorias públicas ou dos atingidos no acordo, que representou a primeira tentativa estruturada de estabelecer um sistema de reparação dos danos.

A Fundação Renova é um exemplo emblemático do uso de entidades de infraestrutura específica no Brasil. De acordo com seu estatuto, a Fundação Renova tem por objetivo exclusivo “gerir e executar medidas previstas nos programas socioeconômicos e socioambientais» decorrentes do desastre”.⁵⁸ Como estabelecido no TTAC, a Samarco, a Vale e a BHP Billiton Brasil seriam as mantenedoras da fundação, garantindo os recursos necessários para a execução dos programas.

A opção por uma fundação privada como entidade executora das obrigações representa uma solução jurídica singular no contexto brasileiro de reparação de grandes desastres. Tradicionalmente, a execução de acordos dessa natureza é realizada diretamente pelas empresas causadoras do dano ou por meio de depósitos em fundos públicos. A escolha por uma fundação autônoma buscou combinar a agilidade operacional típica do setor privado com mecanismos de controle social e fiscalização pelo poder público.

A estruturação jurídica da Fundação Renova no TTAC revelou-se particularmente complexa, com um intrincado sistema de freios e contrapesos entre autonomia geren-

58 FUNDAÇÃO RENOVA. *A fundação*. Disponível em: <https://transparencia.fundacaorenova.org/institucional/a-fundacao/>. Acesso em 15 fev. 2025.

cial e controle público. A Cláusula 209 estabeleceu que a fundação seria instituída pela Samarco e suas acionistas (Vale e BHP Billiton) no prazo de 120 dias, com sede em Belo Horizonte. Porém, mais do que uma simples previsão de prazo, esta cláusula definiu a natureza jurídica *sui generis* da entidade: uma fundação privada com finalidade pública, submetida ao regime jurídico de direito privado mas com forte interface com o direito público.⁵⁹

O modelo de governança estabelecido pelo TTAC refletiu esta natureza híbrida. A estrutura organizacional contemplou quatro órgãos principais – Conselho de Curador, Diretoria Executiva, Conselho Consultivo e Conselho Fiscal – cada um com composição e atribuições cuidadosamente delineadas para equilibrar os diferentes interesses envolvidos.

Um aspecto particularmente inovador do TTAC foi a criação do Comitê Interfederativo como instância externa de controle. Composto por representantes do poder público federal, estadual e municipal, o comitê recebeu amplas atribuições de orientação, validação e fiscalização (Cláusulas 242 a 245). Entre suas competências, destacam-se: definir diretrizes para elaboração e execução dos programas, validar os planos apresentados pela fundação, avaliar, acompanhar e monitorar resultados.

Já a estrutura organizacional da Fundação Renova foi composta por diversos comitês e grupos de trabalho, responsáveis por áreas específicas como reassentamento, recuperação ambiental e assistência social.

O Conselho Curador, instância máxima decisória da Fundação Renova, detém a prerrogativa de examinar e autorizar as propostas de planos, programas e projetos elaborados pela Diretoria Executiva. O órgão recebeu uma composição que posteriormente se revelaria problemática: sete membros, sendo seis indicados pelas empresas (dois por cada mantenedora) e apenas um representante externo indicado pelo Comitê Interfederativo (Cláusulas 212 e 213). Tal composição acabou por comprometer a independência decisória da fundação, mantendo-a excessivamente atrelada aos interesses das empresas causadoras do dano. O processo decisório estabelecido, que requer maioria qualificada, busca assegurar que as deliberações reflitam um amplo consenso entre os membros do Conselho, reforçando a legitimidade e solidez das decisões tomadas.⁶⁰

O financiamento da fundação foi estruturado de forma a garantir previsibilidade e sustentabilidade financeira. O TTAC estabeleceu um cronograma detalhado de aportes nos três primeiros anos: R\$ 2 bilhões em 2016, R\$ 1,2 bilhão em 2017 e R\$ 1,2 bilhão em 2018 (Cláusula 226). Para os anos subsequentes, adotou-se um modelo flexível

59 FUNDAÇÃO RENOVA. Termo de Transação e Ajustamento de Conduta, 2016. Disponível em: <https://transparencia.fundacaorenova.org/institucional/ttac/>. Acesso em: 15 fev. 2025.

60 FUNDAÇÃO RENOVA. *Estruturas e competências*. Disponível em: <https://transparencia.fundacaorenova.org/institucional/estruturas-e-competencias>. Acesso em: 15 fev. 2025.

baseado nas necessidades dos programas, com limites mínimos e máximos pré-estabelecidos (Cláusulas 231 e 232).

Uma inovação significativa foi a previsão de garantia solidária da Vale e BHP Billiton. Conforme a Cláusula 237, as acionistas ficaram obrigadas a realizar, na proporção de 50% cada, os aportes que a Samarco deixasse de efetuar. Este mecanismo buscou assegurar a continuidade dos programas mesmo em caso de dificuldades financeiras da Samarco.

O TTAC dedicou especial atenção aos mecanismos de controle e transparência. A Cláusula 223 determinou que a fundação deveria elaborar políticas e manuais de *compliance*, incluindo medidas anticorrupção, lavagem de dinheiro e direitos humanos, com base em padrões internacionais.

A implementação prática deste modelo, contudo, enfrentou obstáculos significativos. Entre os principais problemas apontados, destacam-se:⁶¹⁻⁶²

a) Governança: questionamentos sobre a estrutura de governança da Fundação, com críticas à falta de participação efetiva dos atingidos nas decisões e à potencialidade de conflitos de interesse;

b) Transparência: falhas na transparência das ações e na divulgação de informações relevantes para os atingidos e para a sociedade em geral;

c) Participação dos atingidos: insuficiente envolvimento das comunidades afetadas no planejamento e na execução dos programas de reparação, levando a medidas que não atendiam às reais necessidades da população;

d) Implementação dos programas: lentidão na implementação dos programas de reparação e dificuldades na superação de entraves burocráticos e na coordenação das ações. A Fundação Renova estruturou seus programas em três grandes eixos: socioeconômico, socioambiental e reassentamento. Esses programas incluem iniciativas como reflorestamento, tratamento de corpos d'água, indenizações às famílias atingidas e apoio à economia local. No entanto, a burocracia exigida para acessar essas indenizações tem sido apontada como um obstáculo significativo, especialmente para as vítimas que perderam todos os seus documentos durante o desastre.

Os problemas enfrentados pela Fundação Renova refletem a complexidade dos desafios inerentes à reparação de desastres socioambientais de grande magnitude. A ausência de um marco regulatório específico para a criação e atuação de entidades de infraestrutura para a resolução de conflitos coletivos, como a Fundação Renova, con-

61 CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claim resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 287, 2019, p. 445-483.

62 LUCENA FILHO, Humberto Lima de; ALMEIDA, Ygor Bastos Mesquita Minora de. The Negotiator's Dilemma and the Access to Justice in the Mediation with Fundacao Renova: Implications to the Compensation Process for the Breakdown of Fundao Dam and to Claims Resolution Facilities Model as a Conflict Management Approach. Revista Jurídica UFERSA, v. 6, n. 11, p. 121-142, jan./jun. 2022.

tribuiu para a ocorrência de falhas na governança, na transparência e na participação dos atingidos.⁶³

4.2 A correção de rumos no TAC-Governança

Diante das críticas relativas ao TTAC e da crescente mobilização social, em 25 de junho de 2018, foi assinado um novo Termo de Ajustamento de Conduta, conhecido como TAC-Governança. O documento foi firmado pelo Ministério Público Federal, Ministérios Públicos dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, Defensorias Públicas da União e destes estados, nove órgãos públicos e as empresas responsáveis pelo desastre (Samarco, Vale e BHP Billiton).⁶⁴

O TAC-Governança estabeleceu três principais alterações em relação ao acordo original: a mudança no processo de governança para definição e execução dos programas de reparação; o aprimoramento dos mecanismos de efetiva participação das pessoas atingidas em todas as etapas do processo; e o estabelecimento de um processo de negociação visando à eventual repactuação dos programas já em curso sob responsabilidade da Fundação Renova.⁶⁵

Uma inovação fundamental trazida pelo TAC-Governança foi a criação das Comissões Locais, formadas por pessoas atingidas residentes nos municípios afetados. Inicialmente, foram previstas 19 comissões, que passariam a representar oficialmente os interesses das comunidades impactadas. Estas comissões receberiam apoio técnico, cursos e treinamentos para qualificar sua participação no processo de criação de políticas públicas voltadas à recuperação e gestão sustentável da bacia do Rio Doce. A legitimação institucional das comissões locais representou o reconhecimento do direito à auto-organização das comunidades atingidas, rompendo com a lógica anterior que privilegiava decisões verticalizadas.

Além das Comissões Locais, o acordo também instituiu as Câmaras Regionais, concebidas como fóruns de discussão, organização participativa e interlocução com a Fundação Renova. Estas câmaras funcionariam como instâncias intermediárias, articulando demandas e propostas de diferentes comissões locais situadas em uma mes-

63 CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claim resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 287, 2019, p. 445-483.

64 BRASIL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-Governança)*. Belo Horizonte, 25 jun. 2018. Documento assinado entre o Ministério Público Federal, Ministérios Públicos dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, Defensorias Públicas, órgãos públicos, Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/tragedia-de-mariana-acordo-muda-governanca-da-fundacao-renova-visando-a-participacao-efetiva-dos-atingidos>. Acesso em: 5 mai. 2025.

65 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Tragédia de Mariana: acordo muda governança da Fundação Renova visando à participação efetiva dos atingidos*. Meio Ambiente, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/tragedia-de-mariana-acordo-muda-governanca-da-fundacao-renova-visando-a-participacao-efetiva-dos-atingidos>. Acesso em: 3 mai. 2025.

ma região. Tal estrutura buscava contemplar a diversidade territorial dos impactos do desastre, reconhecendo a existência de especificidades locais sem perder de vista a dimensão regional do problema.

Outra importante estrutura criada pelo TAC-Governança foi o Fórum de Observadores, instância consultiva composta por representantes da sociedade civil, grupos acadêmicos, pessoas atingidas e povos tradicionais. Este fórum teria como função acompanhar e analisar os resultados dos diagnósticos realizados pelos especialistas contratados pelo Ministério Público Federal, além de monitorar os trabalhos da Fundação Renova, podendo apresentar críticas e sugestões ao processo.

O Comitê Interfederativo (CIF), instância máxima decisória prevista no TTAC original, também sofreu alterações em sua composição. Além dos representantes governamentais previamente estabelecidos, o CIF passou a contar com três pessoas atingidas ou técnicos por elas indicados, garantindo representação dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, além de um técnico indicado pela Defensoria Pública. As Câmaras Técnicas, criadas para auxiliar o CIF em suas atividades, também passaram a incluir representantes da Defensoria Pública, do Ministério Público e dois atingidos em cada uma delas. Essas modificações buscavam equilibrar a composição destas instâncias decisórias, tradicionalmente dominadas por representantes governamentais e técnicos, abrindo espaço para a incorporação do conhecimento local e das perspectivas das comunidades atingidas.

A própria estrutura interna da Fundação Renova foi modificada pelo TAC-Governança. O Conselho de Curadores, órgão máximo da Fundação, passou a contar com dois membros indicados pelas Câmaras Regionais, escolhidos entre as pessoas atingidas. O Conselho Consultivo também foi ampliado, incluindo sete pessoas atingidas ou representantes por elas indicados, dois representantes de organizações não governamentais, três de instituições acadêmicas e dois de entidades atuantes na área de direitos humanos.

Um outro aspecto crucial do TAC-Governança foi o estabelecimento de um processo de negociação para eventual repactuação dos programas de reparação já em curso. Este processo foi desenhado para fundamentar-se nos diagnósticos de danos socioambientais e socioeconômicos realizados pelos especialistas contratados pelo Ministério Público Federal, e somente seria iniciado após a implementação das Comissões Locais e das Assessorias Técnicas necessárias para subsidiar as negociações.

É importante ressaltar que o TAC-Governança não substituiu o TTAC original, mas o complementou e aperfeiçoou, introduzindo mecanismos de participação social antes inexistentes. As cláusulas do TTAC que não foram modificadas pelo novo acordo permaneceram válidas, incluindo os 42 programas socioambientais e socioeconômicos já estabelecidos.

Na ótica dos Ministérios Públicos e das Defensorias Públicas signatárias, o TAC-Governança representaria “um grande avanço na construção das bases da participação

social no processo de reparação”. Em declaração oficial, estas instituições afirmaram tratar-se de “um passo na luta das instituições na defesa dos atingidos”, obrigando empresas e poder público a “adequar suas ações observando o direito do atingido ser ouvido e de participar das decisões sobre os programas de reparação dos danos causados pelo maior desastre ambiental do Brasil”.⁶⁶

A implementação prática do TAC-Governança, no entanto, enfrentou diversos desafios. A constituição das Comissões Locais e a contratação das Assessorias Técnicas independentes demandaram tempo e enfrentaram resistências. A complexidade da estrutura de governança criada, com múltiplas instâncias e níveis decisórios, exigiu um processo de aprendizado institucional por parte de todos os atores envolvidos. Além disso, a assimetria de poder e de recursos entre as empresas e as comunidades atingidas continuou a representar um obstáculo significativo para uma participação verdadeiramente igualitária.

4.3 A insuficiência do TAC-Governança e a homologação do “Acordo de Repactuação” no Supremo Tribunal Federal

A proposta central do TAC-Governança consistia em três grandes tarefas: alterar o processo de governança previsto no TTAC; aprimorar os mecanismos de participação das pessoas atingidas na implementação do TTAC e do TAC-Governança; e estabelecer um processo de negociação visando à eventual repactuação dos programas de reparação (Souza & Carneiro, 2018, p. 47). Entretanto, o modelo desenhado para cumprir esses objetivos revelou-se extremamente complexo e burocratizado.⁶⁷

O sistema de governança criado pelo TAC-Governança estabeleceu múltiplas instâncias institucionais, como as Comissões Locais, o Fórum de Observadores, as Câmaras Regionais, o Comitê Interfederativo e as Câmaras Técnicas. Embora a intenção declarada fosse promover a “efetiva participação” das pessoas atingidas, na prática, esse modelo burocratiza os acessos e os caminhos a serem percorridos pelas pessoas atingidas, no que tange à possibilidade de proposições para alteração e criação de programas para a reparação integral. Isso porque, “mesmo contando com o apoio das Assessorias Técnicas, as pessoas atingidas terão que dispende uma enorme quantidade de tempo e esforço para alcançarem efetivamente a reparação dos danos que sofreram”.⁶⁸

66 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Tragédia de Mariana: acordo muda governança da Fundação Renova visando à participação efetiva dos atingidos*. Meio Ambiente, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/tragedia-de-mariana-acordo-muda-governanca-da-fundacao-renova-visando-a-participacao-efetiva-dos-atingidos>. Acesso em: 3 mai. 2025.

67 SOUZA, T. R.; CARNEIRO, K. G. O papel das Assessorias Técnicas no TAC Governança. *Versos*, v. 2, n. 1, p. 46-63, 2018, p. 47.

68 SOUZA, T. R.; CARNEIRO, K. G. O papel das Assessorias Técnicas no TAC Governança. *Versos*, v. 2, n. 1, p. 46-63, 2018, p. 62.

Em muitos momentos, o TAC-Governança parece reduzir a participação à mera presença física dos atingidos, revelando “uma aproximação do modelo de audiências públicas, o mais conhecido pelo MP e amplamente problematizado pelos próprios atingidos e em diferentes estudos sobre o tema”, com o risco de que isso se torne “um processo de legitimação das decisões já tomadas”.⁶⁹

Em síntese, embora o TAC-Governança represente um avanço em relação ao TTAC original, especialmente pela incorporação das Assessorias Técnicas, ele manteve limitações estruturais significativas que comprometem a efetiva participação das pessoas atingidas.⁷⁰ A complexidade do sistema de governança, a burocratização dos processos decisórios e as restrições judiciais impostas às assessorias técnicas são obstáculos consideráveis para a reparação integral dos danos causados pelo desastre de Fundão.

Em razão disso, em outubro de 2024, um conjunto de agentes formado pela União, pelos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, pelo Ministério Público Federal, pela Defensoria Pública da União, pelos Ministérios Públicos e Defensorias Públicas dos referidos Estados, além das empresas Samarco Mineração, Vale e BHP, peticionou ao STF solicitando a atuação pré-processual do Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL), vinculado à Presidência do Supremo, para dar continuidade ao procedimento de repactuação.⁷¹

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao analisar o pedido, identificou os pressupostos necessários para a atuação excepcional do STF, entre eles a possibilidade, em tese, do cabimento de ação de competência originária da Corte para discutir os interesses em conflito (potencial conflito federativo).⁷² Também foram destacados os problemas relativos aos acordos anteriores.

Aceita a petição e reconhecida a competência da Presidência do STF para conduzir o procedimento de solução consensual, com apoio do NUSOL, chegou-se, em novem-

69 LOSEKANN, C.; MILANEZ, B. A emenda e o soneto: notas sobre os sentidos da participação no TAC de Governança. Versos, v. 2, n. 1, p. 26-45, 2018, p. 36.

70 Essa preocupação, entre outras, já havia sido registrada em parecer técnico (nº 279/2018) elaborado conjuntamente por equipes do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) sobre a avaliação participativa da minuta do Termo de Ajustamento de Conduta sobre Governança (TAC-Governança) relacionado ao processo de reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão em Mariana, MG. Cf. SILVA, Camila Mattarelli de Abreu e; VAZ, Beatriz Accioly; LEAL, Jonas Vaz Leandro; SOUZA, Jorge Bruno; OLIVEIRA, Luiz Tarcizio Gonzaga de; SCHETTINO, Marco Paulo Fróes. Parecer nº 279/2018/SPPEA: *Avaliação participativa da minuta do Termo de Ajustamento de Conduta sobre a Governança (TAC-Governança), do processo de reparação e recuperação dos danos decorrentes do rompimento de barragens de rejeitos das mineradoras Samarco, BHP e Vale em Mariana, Minas Gerais*. Brasília/Belo Horizonte: Ministério Público Federal/Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2018. 112 p.

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF referenda acordo para reparação de danos causados pela tragédia em Mariana (MG). *Notícias STF*, 06 nov. 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/presidente-do-stf-homologa-acordo-para-reparacao-de-danos-causados-pela-tragedia-em-mariana-mg/>. Acesso em: 3 mai. 2025.

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão na Petição 13157/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 24 de outubro de 2024.

bro de 2024, à celebração do acordo definitivo, homologado pelo ministro Barroso e posteriormente referendado por unanimidade pelo Plenário do Supremo. O acordo prevê o expressivo montante de R\$ 170 bilhões para ações de reparação e compensação, sendo R\$ 100 bilhões destinados aos entes públicos para aplicação em projetos ambientais e socioeconômicos, incluindo programas de transferência de renda. Outros R\$ 32 bilhões serão direcionados para recuperação de áreas degradadas, remoção de sedimentos, reassentamento de comunidades e pagamento de indenizações às pessoas atingidas. Os R\$ 38 milhões restantes já haviam sido gastos em ações de reparação anteriores ao acordo.

Do ponto de vista processual, o acordo apresenta aspectos importantes, como a natureza facultativa da adesão para as pessoas atingidas, com indenizações individuais previstas de R\$ 35 mil como regra geral e R\$ 95 mil para pescadores e agricultores. Para povos indígenas, comunidades quilombolas e outras comunidades tradicionais, serão destinados R\$ 8 bilhões, com um processo específico de consulta prévia, livre e informada, em conformidade com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, da qual o Brasil é signatário.

4.4 O destino da Fundação Renova no “acordo de repactuação”

Um dos aspectos centrais do “acordo de repactuação” homologado pelo STF diz respeito ao destino da Fundação Renova. Na concepção original, a fundação privada seria a executora de quarenta e dois programas de recuperação, tendo sua gestão subordinada a um Comitê Interfederativo (CIF) formado por representantes do poder público. Esse modelo parecia, à primeira vista, eficiente por concentrar no poder público a deliberação sobre as medidas de reparação, enquanto designava a um ente privado, menos burocrático, a execução dos programas.

Entretanto, a experiência dos últimos anos demonstrou o desacerto desse modelo. Conforme detalhado na decisão homologatória do “acordo de repactuação”, a morosidade decisória do Conselho de Curadores da Fundação, a excessiva influência das empresas instituidoras (que indicavam seis dos sete integrantes do colegiado) e a ausência de participação efetiva das pessoas atingidas foram fatores determinantes para a ineficácia do modelo. A decisão aponta ainda que “as deliberações do Comitê Interfederativo foram frequentemente descumpridas ou contestadas judicialmente pela Renova, o que resultou na paralisação das ações de reparação e compensação”.⁷³

O Acordo de Repactuação marca uma inversão completa na lógica de atuação, substituindo o antigo formato por uma gestão predominantemente pública dos recursos e ações reparatórias. Pelo novo acordo, a maior parte das obrigações de fazer anteriormente atribuídas às empresas e executadas pela Fundação Renova será convertida

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão na Petição 13157/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 24 de outubro de 2024.

em obrigação de pagar o equivalente a R\$ 100 bilhões diretamente aos entes públicos. Esse valor se soma aos R\$ 38 bilhões já gastos pela Samarco e pela Fundação Renova e aos R\$ 32 bilhões em obrigações de fazer remanescentes, totalizando impressionantes R\$ 170 bilhões.

A extinção da Fundação Renova está formalmente prevista no Capítulo X do Acordo, que estabelece as regras para o encerramento dos acordos vigentes e a transição das responsabilidades para a Samarco. Com a extinção da fundação, a Samarco assumirá integralmente tanto as obrigações de fazer e pagar que antes eram de responsabilidade da entidade quanto a sucessão em eventuais ações judiciais e administrativas remanescentes.

O Anexo 19 do Acordo de Repactuação trata especificamente das diretrizes para a transição e o encerramento dos programas, medidas e obrigações relacionadas ao rompimento. Esse anexo estabelece uma sistemática para substituir os Programas do TTAC por novas obrigações de fazer e pagar, classificando os programas conforme seu estado de execução no momento da assinatura do Acordo, desde aqueles que podem ser encerrados imediatamente até os que exigem finalização integral de todo o escopo.

Na prática, a extinção da Fundação Renova representa o reconhecimento da insuficiência do modelo de autogestão privada para resolução de desastres ambientais de grande porte no Brasil. A esperada eficiência da gestão privada não se concretizou, e a repactuação traz de volta ao protagonismo o poder público, que assumirá a responsabilidade direta pela execução dos programas necessários à recuperação ambiental e socioeconômica.

5 CONCLUSÃO: LIÇÕES EXTRAÍDAS DO USO DE ENTIDADE DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA NO CASO SAMARCO E PERSPECTIVAS FUTURAS À JUSTA INDENIZAÇÃO DAS VÍTIMAS

A experiência da Fundação Renova como entidade de infraestrutura específica para resolução do conflito socioambiental decorrente do rompimento da barragem de Fundão revelou-se um caso paradigmático, cujas lições transcendem o contexto específico do desastre de Mariana. Após quase uma década de tentativas de implementação de um modelo privado de gestão da reparação, o “Acordo de Repactuação” homologado pelo STF em 2024 representa o reconhecimento institucional do insucesso dessa abordagem, confirmando a hipótese central deste estudo.

A análise desenvolvida ao longo deste trabalho permitiu identificar três fatores determinantes para o fracasso do modelo: (i) uma estrutura de governança excessivamente centralizada nas empresas responsáveis, que comprometeu a independência decisória da Fundação; (ii) uma matriz de danos rígida e burocrática, incompatível com a realidade socioeconômica dos atingidos; e (iii) participação insuficiente das comuni-

dades afetadas nos processos decisórios, apesar das tentativas de correção introduzidas pelo TAC-Governança.

A comparação com a experiência norte-americana das *claim resolution facilities* demonstra que o insucesso da Fundação Renova não decorre necessariamente do modelo em si, mas de falhas específicas em sua implementação no contexto brasileiro. Enquanto casos como o *Dalkon Shield Trust* e o *September 11 Victim Compensation Fund* apresentaram resultados satisfatórios em termos de eficiência processual e aceitação pelos beneficiários, a Fundação Renova enfrentou resistências significativas, evidenciadas pelo baixo índice de adesão e pela multiplicação de ações judiciais paralelas.

Uma primeira lição fundamental refere-se à necessidade de independência efetiva da entidade em relação aos causadores do dano. A composição do Conselho Curador da Fundação Renova, com seis dos sete membros indicados pelas empresas responsáveis, representou um vício originário que comprometeu toda a credibilidade do sistema. Diferentemente do modelo do *September 11 Victim Compensation Fund*, onde a figura do administrador independente (Kenneth Feinberg) conferiu legitimidade ao processo, a Fundação Renova nunca conseguiu se desvincular da imagem das empresas causadoras do desastre.

Uma segunda lição concerne à necessidade de flexibilidade na construção das matrizes de danos. Enquanto experiências bem-sucedidas como o *Dalkon Shield Trust* combinaram padronização com margens de adaptabilidade para casos específicos, a Fundação Renova adotou uma abordagem excessivamente rígida e burocrática. A exigência de documentação formal em um contexto de alta informalidade econômica e a desconsideração de particularidades territoriais e culturais resultaram em matriz de danos inadequada à realidade socioeconômica dos atingidos.

A terceira e talvez mais significativa lição diz respeito à centralidade da participação dos atingidos. Mesmo com as correções introduzidas pelo TAC-Governança, a participação permaneceu insuficiente e frequentemente instrumentalizada como mera legitimação formal de decisões já tomadas. A experiência demonstra que a participação efetiva exige mais que a simples presença física em reuniões ou a designação de assentos em órgãos colegiados; demanda um redesenho completo das relações de poder no processo decisório.

A extinção da Fundação Renova e a consequente recentralização da responsabilidade pela execução dos programas nas mãos do poder público representam uma inflexão importante no paradigma de gestão de desastres socioambientais no Brasil. Esta mudança sinaliza o reconhecimento dos limites da privatização da atividade reparatória em contextos de alta complexidade e conflituosidade.

Para o futuro, o desenvolvimento de entidades de infraestrutura específica mais efetivas no contexto brasileiro demandará, necessariamente, a superação desses três obstáculos identificados. Isso implica estruturas de governança verdadeiramente independentes, com mecanismos de equilíbrio na composição dos órgãos decisórios;

matrizes de danos flexíveis e contextualizadas, capazes de se adaptarem às realidades locais e às diversas formas de vulnerabilidade; e desenhos institucionais que garantam participação substantiva e não meramente formal dos atingidos.

Ademais, é essencial o desenvolvimento de um marco regulatório específico para tais entidades no ordenamento jurídico brasileiro, preenchendo a lacuna normativa que contribuiu para as falhas identificadas. Este marco deve estabelecer parâmetros mínimos de transparência, independência e participação, além de criar mecanismos efetivos de supervisão judicial e controle social.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luciane Martins de; SILVA, José Antônio Tietzmann. Mineração, deslocados e desamparados ambientais: os casos de Mariana e Brumadinho. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 101/2021, p. 85-118, jan-mar/2021.
- BAKER, Lynn A.; SILVER, Charles. In Defense of Private Claims Resolution Facilities. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 84, n. 2, p. 45-72, 2021.
- BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. STF referenda acordo para reparação de danos causados pela tragédia em Mariana (MG). *Notícias STF*, 06 nov. 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/presidente-do-stf-homologa-acordo-para-reparacao-de-danos-causados-pela-tragedia-em-mariana-mg/>. Acesso em: 3 mai. 2025.
- BRAZIL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-Governança)*. Belo Horizonte, 25 jun. 2018. Documento assinado entre o Ministério Público Federal, Ministérios Públicos dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, Defensorias Públicas, órgãos públicos, Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/tragedia-de-mariana-acordo-muda-governanca-da-fundacao-renova-visando-a-participacao-efetiva-dos-atingidos>. Acesso em: 5 mai. 2025.
- CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claim resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 287, 2019, p. 445-483.
- CARROLL, Stephen et al. *Asbestos Litigation Costs and Compensation: An Interim Report*. Santa Monica: RAND Institute for Civil Justice, 2002. Disponível em: <http://www.rand.org/publications/DB/DB397/DB397.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2024.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o Vale do Rio Doce*, 2017. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf. Acesso em: 10 fev. 2025.
- ESTADOS UNIDOS. *Air Transportation Safety and System Stabilization Act*. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/2926> e <https://www.govinfo.gov/app/details/COMPS-10415>. Acesso em 26 jul. 2023.

- FERREIRA, Luciana Tasse. Playing the Fool: Negotiated Resolution and the Plunder of Rio Doce Basin. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 8, p. 163-184, 2020.
- FLORENCE, B. Thomas. Mass Tort Claim Processing Facilities: Keys to Success. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v. 31, p. 503-512, jan. 1998.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Análise das Matrizes de Danos no Contexto da Reparação do Desastre do Rio Doce*. Rio de Janeiro, São Paulo: FGV, 2019.
- FUNDAÇÃO RENOVA. *A fundação*. Disponível em: <https://transparencia.fundacaorenova.org/institucional/a-fundacao/>. Acesso em 15 fev. 2025.
- FUNDAÇÃO RENOVA. *Estruturas e competências*. Disponível em: <https://transparencia.fundacaorenova.org/institucional/estruturas-e-competencias>. Acesso em: 15 fev. 2025.
- FUNDAÇÃO RENOVA. *Termo de Transação e Ajustamento de Conduta*, 2016. Disponível em: <https://transparencia.fundacaorenova.org/institucional/ttac/>. Acesso em: 15 fev. 2025.
- GODOY, Sandro Marcos; DIAS, Mateus Benites. The Mariana Environmental Disaster and Renova Foundation's Role in Damage Reparation. *Direito e Desenvolvimento*, v. 12, n. 1, p. 38-56, jan./jun. 2021.
- HENSLER, Deborah R. Alternative Courts - Litigation-Induced Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 57, p. 1429-1437, abr. 2005.
- HENSLER, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 53, n. 4, p. 175-187, 1990.
- HODGES, Christopher; MACLEOD, Sonia. *Redress Schemes for Personal Injuries*. Oxford: Hart, 2017.
- LORDELO, João Paulo. Damage Assessment in Mass Conflicts: Understanding the September 11 Victim Compensation Fund Schemes. *Beijing Law Review*, v.15, n. 2, junho/2024.
- LOSEKANN, C.; MILANEZ, B. A emenda e o soneto: notas sobre os sentidos da participação no TAC de Governança. *Versos*, v. 2, n. 1, p. 26-45, 2018.
- LUCENA FILHO, Humberto Lima de; ALMEIDA, Ygor Bastos Mesquita Minora de. The Negotiator's Dilemma and the Access to Justice in the Mediation with Fundacao Renova: Implications to the Compensation Process for the Breakdown of Fundao Dam and to Claims Resolution Facilities Model as a Conflict Management Approach. *Revista Jurídica UFERSA*, v. 6, n. 11, p. 121-142, jan./jun. 2022.
- McGOVERN, Francis E. The What and Why of Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 5, p. 1361-1389, 2005.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Samarco*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco>. Acesso em: 10 fev. 2024.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *O desastre*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>. Acesso em: 10 fev. 2024.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Relatórios Ramboll*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/relatorios-ramboll>. Acesso em 15 fev. 2025.

- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Tragédia de Mariana: acordo muda governança da Fundação Renova visando à participação efetiva dos atingidos. *Meio Ambiente*, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/tragedia-de-mariana-acordo-muda-governanca-da-fundacao-renova-visando-a-participacao-efetiva-dos-atingidos>. Acesso em: 3 mai. 2025.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Petição 0132641-52.2015.4.02.5005*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/atuacao-na-1a-instancia/acoes>. Acesso em: 11 fev. 2025.
- SILVA, Camila Mattarelli de Abreu e; VAZ, Beatriz Accioly; LEAL, Jonas Vaz Leandro; SOUZA, Jorge Bruno; OLIVEIRA, Luiz Tarcizio Gonzaga de; SCHETTINO, Marco Paulo Fróes. *Parecer nº 279/2018/SPPEA: Avaliação participativa da minuta do Termo de Ajustamento de Conduta sobre a Governança (TAC-Governança), do processo de reparação e recuperação dos danos decorrentes do rompimento de barragens de rejeitos das mineradoras Samarco, BHP e Vale em Mariana, Minas Gerais*. Brasília/Belo Horizonte: Ministério Público Federal/Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2018. 112 p.
- SOUZA, T. R.; CARNEIRO, K. G. O papel das Assessorias Técnicas no TAC Governança. *Versos*, v. 2, n. 1, p. 46-63, 2018.
- URQUIZA, Antonio Hilario Aguilera; ROCHA, Adriana de Oliveira. The Environmental Disaster of Mariana and the Krenaks of the Doce River. *Veredas do Direito*, v. 16, n. 2, p. 191-220, maio/ago. 2019.
- URQUIZE, Antônio Hilário Aguilera; ROCHA, Adriana de Oliveira. O desastre ambiental de Mariana e os Krenak do Rio Doce. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 35, p. 191-219, maio/agosto de 2019.
- VAIRO, Georgene M. The Dalkon Shield Claimants Trust: Paradigm Lost (or Found)? *Fordham Law Review*, New York, v. 61, n. 3, p. 617-671, 1992.
- VITORELLI, Edison. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: Processo coletivo*, v. 8. Salvador: JusPODIVM, 2016.



PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS PARA O ESTUDO COMPARATIVO DO MONITORAMENTO DE PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL E NA COLÔMBIA

Methodological assumptions for the comparative study of the monitoring of structural injunctions in Brazil and Colombia

Yago Nunes dos Santos

Ph.D. candidate at the Rio de Janeiro State University (UERJ), Brazil.

Resumo: O principal objetivo do trabalho é questionar a tradicional defesa da importação, para o Brasil, do sistema de monitoramento de processos estruturais desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana. Para tanto, utilizar-se-á dos princípios metodológicos de Direito Comparado descritos por Ran Hirschl, notadamente o “princípio de seleção de casos mais semelhantes”. A partir dessa metodologia, serão elencadas as similaridades presentes na realidade político-institucional colombiana e brasileira, assim como a indicação de fatores que diferenciam os contextos dos países em análise. Levanta-se hipótese no sentido de que uma abordagem pautada em metodologia de Direito Constitucional Comparado revelará que o Supremo Tribunal Federal brasileiro não dispõe de condições institucionais para monitorar, de maneira permanente, a execução das demandas estruturais de interesse público que são submetidas à sua apreciação, apesar de ter feito algum esforço nesse sentido. Ao final, a hipótese foi confirmada.

Palavras-chave: Processo estrutural. Monitoramento. Análise comparativa.

Abstract: The main objective of this article is to question the traditional defense of the importation of importing the structural process monitoring system developed by Colombian Courts

into Brazil. To this end, the methodological principles of Comparative Law described by Ran Hirschl shall be utilized, notably the “principle of selection of the more similar cases”. Using this methodology, the existing similarities between the institutional and political realities of Columbia and Brazil shall be examined, as well as the underlying factors which differentiate the context of the aforementioned countries. By using a methodology of Compared Constitutional Law, the hypothesis shall establish that the Brazilian Federal Supreme Court does not possess the institutional means to permanently monitor the execution of structural actions pertaining to public interest, notwithstanding the continued efforts to do so. The hypothesis was at last confirmed.

Keywords: Structural process. Monitoring. Comparative analysis.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, diversos estudos têm se dedicado à temática dos processos estruturais, com frequentes correlações entre esse tipo de demanda na realidade brasileira e em demais países da América do Sul, sobretudo na Colômbia. O enfoque na experiência colombiana certamente se justifica por causa das frequentes menções, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil, ao conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC) enquanto remédio vocacionado à reversão de quadros de inconstitucionalidades sistêmicas e multidimensionais¹.

Desde o julgamento da Tutela 025/2004, que apreciou violações massivas de direitos associados ao deslocamento forçado de pessoas em razão da violência, a CCC passou a reter sua jurisdição sobre causas estruturais, a fim de monitorar as condutas estatais vocacionadas à superação do ECI. Assim, desenvolveu-se a atividade de monitoramento no âmbito da CCC, que se manifesta a partir de diversos mecanismos, como as Salas Especiais de Seguimento e os autos de seguimento.

As Salas Especiais de Seguimento são órgãos internos criados por decisão da Sala Plena da CCC, com o objetivo de acompanhar a implementação de decisões estruturais, em especial aquelas que reconhecem o ECI. Cada sala é composta por três magistrados da corte, designados pela própria Sala Plena, os quais assumem, por tempo indefinido, a responsabilidade de acompanhar o cumprimento das ordens proferidas em determinado caso ou conjunto de casos.

Já os autos de seguimento consistem em decisões interlocutórias expedidas pela CCC, especialmente por meio de suas Salas Especiais de Seguimento, com o objetivo

1 Jane Reis Gonçalves Pereira e Gabriel Accioly Gonçalves defendem que a expressão “inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional” seria mais adequada do que a referência a um “Estado de Coisas Inconstitucional”. Conferir: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: Transformações no Diagnóstico das Violações à Constituição. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 272-314, set.-dez., 2019.

de acompanhar o cumprimento de decisões estruturais. Esses pronunciamentos decisórios registram o grau de observância das ordens anteriormente proferidas, analisam a efetividade das medidas adotadas pelas autoridades responsáveis, identificam eventuais omissões e determinam novas providências para a superação da falha estrutural. Além de seu caráter avaliativo, os autos de seguimento frequentemente contêm exigências normativas, prazos, convocações para audiências e advertências institucionais, funcionando como mecanismos contínuos de responsabilização e pressão institucional².

Apesar de alguns esforços doutrinários e jurisprudenciais que objetivam trazer para o Brasil tal protótipo colombiano de monitoramento de processos estruturais, os estudos de direito comparado não devem dispensar a utilização de técnicas metodológicas específicas. Mostra-se equivocada qualquer tentativa de transplantar institutos, conceitos ou mecanismos jurídicos de um país para outro sem considerar os aspectos culturais inerentes ao contexto no qual eles foram criados e desenvolvidos³. Por isso, parece mais adequado falar em migração de institutos ou conceitos do Direito, que se incorporam a novos cenários mediante adaptações ou ajustes, mas sem perder totalmente as suas características originais⁴.

Sem pretender imergir nas discussões existentes sobre a possível autonomia do direito comparado e as suas conexões com diversas outras áreas, especialmente a sociologia ou a antropologia⁵, esse trabalho se propõe a fixar algumas bases metodológicas para viabilizar estudos científicos acerca da comparação entre o monitoramento de decisões proferidas em processos estruturais na Colômbia e no Brasil. A questão principal que norteia a investigação é saber se a importação desses procedimentos desenvolvidos pela CCC se mostra compatível com a realidade político-institucional brasileira, principalmente considerando o espectro de atuação o STF.

No desenvolvimento da pesquisa, utilizar-se-á técnica metodológica sugerida por Ran Hirschl, com foco no “princípio de seleção de casos mais semelhantes”, o qual será explicado na seção seguinte deste texto. Como se verá, a escolha desse princípio metodológico se justifica em virtude das similitudes culturais, econômicas, políticas e institucionais da Colômbia em relação ao Brasil, que permitem isolar a atuação e as competências da CCC e do STF como variantes que explicarão a compatibilidade ou não do modelo colombiano de monitoramento de decisões estruturais com a realidade brasileira. Nesse sentido, ao final, será comparada a atuação da CCC e do STF, de modo

2 LOZANO, Luisa Fernanda García. Los autos de seguimiento de la Corte Constitucional: ¿La Constitución de un imaginario simbólico de justicia por parte de la Corte?. *Análisis Político*, v. 27, n. 82, p. 149-166, 2014, p. 158.

3 LEGRAND, Pierre. *Como ler o Direito estrangeiro*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

4 Sobre o debate doutrinário existente acerca da utilização das expressões “transplantes”, “empréstimos” ou “migrações”, conferir: PERJU, Vlad F. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: RODENFELD, M.; SAJO, A. (eds.) *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

5 Para uma compreensão aprofundada sobre esse debate, ver: TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2014.

a compreender a compatibilidade da migração, para o Brasil, do sistema de monitoramento desenvolvido na Colômbia.

2 O CAMINHO METODOLÓGICO ADOTADO: RAN HIRSCHL E OS PRINCÍPIOS DE SELEÇÃO DE CASOS EM ESTUDOS COMPARATIVOS COM PEQUENO NÚMERO DE PAÍSES

Há muitas técnicas possíveis de serem utilizadas no estudo jurídico comparativo, as quais, normalmente, se sobrepõem⁶. Para esse trabalho, adotar-se-á enquanto marco teórico-metodológico aquele explicitado por Ran Hirschl, que menciona a existência de alguns modos de promover investigações comparativas no âmbito do Direito, que tem princípios específicos a depender da quantidade de países cuja realidade jurídica se pretende cotejar⁷.

Para as análises envolvendo pequenos espaços amostrais (*Small-N comparative studies*), Hirschl indica haver cinco princípios possíveis para a escolha dos casos a serem investigados: (i) o princípio dos casos mais semelhantes; (ii) o princípio dos casos mais diferentes; (iii) o princípio dos casos prototípicos; (iv) o princípio dos casos mais difíceis; e o (v) princípio dos casos atípicos⁸.

Para esse estudo, considerando-se as similitudes existentes entre Brasil e Colômbia, as quais serão exploradas nas seções seguintes, adotar-se-á o princípio dos casos mais semelhantes. Segundo Hirschl, esse princípio deve ser empregado nas comparações cujas realidades cotejadas apresentem, tanto quanto possível, idênticos fatores de interesse causal. Nesse sentido, o pesquisador consegue considerar os vários pontos em questão e os isolar em relação a um fator-chave específico (*the key independent variable on the dependent variable*), o qual se distingue de um país para outro e, assim, permite a ocorrência ou não de determinado fenômeno⁹.

O isolamento do fator-chave específico possibilita fazer relações causais entre determinado fenômeno, fato ou norma e uma resultante. Assim, se todos os demais pontos são idênticos nos dois países analisados, a distinção que resulta entre a aplicação ou o desenvolvimento de um instituto ou norma em um e no outro se explica, para Hirschl, em função do fator-chave isolado a que ele se refere¹⁰.

6 Para uma compreensão geral das metodologias normalmente empregadas nos estudos de direito comparado, ver: JACKSON, Vicki C. *Comparative Constitutional Law: Methodologies*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

7 HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

8 HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 244-245.

9 HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 246.

10 HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 246.

O autor explica seu raciocínio com algumas tabelas bastante elucidativas. Em uma delas, ele elenca quatro possíveis justificativas para a ocorrência de dado fenômeno jurídico, e ainda uma variante isolada cuja manifestação depende da presença dos fatores considerados. Se um dos quatro possíveis fatores estiver presente em certa realidade e ausente em outra, alterando o resultado do fenômeno estudado, tem-se que esse fator é determinante para a verificação ou não da variável dependente¹¹:

Tabela 1 – Verificação da ocorrência de uma variável dependente

	Possível explicação I	Possível explicação II	Possível explicação III	Possível explicação IV	Variável dependente (“Y”)
País A	Presente	Presente	Presente	Presente	Y se verifica
País B	Presente	Presente	Presente	Ausente	Y não se verifica

Fonte: elaborada pelo autor, com base no pensamento de Hirschl.

De acordo com a tabela acima, que é uma adaptação do raciocínio trazido por Hirschl, caso as possíveis explicações I, II, III e IV estejam presentes no país A, gerando a verificação da variável Y, é a ausência da possível explicação IV que justifica a não verificação da variável “Y” no país B. Disso decorre conclusão no sentido de que a presença da possível explicação IV, provavelmente em conjunto com outros fatores, é necessária para gerar o resultado Y, de modo que dentre as possíveis explicações I, II, III e IV, a última é a mais relevante para a ocorrência de “Y”¹².

Hirschl adverte que nem sempre esse tipo de metodologia deve ser empregado. Como exemplo, ele menciona uma pretensão de se estudar o impacto do controle judicial de constitucionalidade das leis nos direitos civis nos Estados Unidos da América e na China. Segundo o autor, a escolha dessa abordagem metodológica, em caso como esses, faria pouco sentido: existem tantas diferenças entre as instituições políticas, a cultura e o Direito Constitucional desses dois países que isolar uma variável independente para analisar o impacto da *judicial review* no status dos direitos civis e liberdades em cada um dos Estados certamente seria impossível¹³.

11 HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 246.

12 O autor ainda considera a este respeito que: “Put differently, because the first three possible explanations for the studied phenomenon are held constant across the two cases, possible explanation IV appears to be the most plausible explanation for the variance in the cases with respect to the dependent variable. Since the results “Y” and “Not Y” cannot be directly attributed to any of the first three possible explanations, explanation IV is the most likely to be the cause of the different outcomes in Case A and Case B. Conversely, if these readings for the four possible explanations led to the same outcome in both cases with respect to the dependent variable (i.e. if the readings for the dependent variable in the table were both “Y” or both “Not Y”), we could eliminate explanation IV as a significant determinant of the outcome or dependent variable” (HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 247).

13 HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 247.

Persistindo nos exemplos, Hirschl sustenta ser mais produtivo adotar esses princípios metodológicos no estudo de realidades de países como Estados Unidos da América e Reino Unido, dadas as suas semelhanças culturais¹⁴. É com esse pressuposto que o presente estudo se dedica a investigar o monitoramento de processos estruturais na Colômbia e no Brasil, dois países com muitas semelhanças culturais, políticas, institucionais e até econômicas.

3 A ANÁLISE DAS VARIÁVEIS NO CONTEXTO DO BRASIL E DA COLÔMBIA

Para a compreensão da compatibilidade ou incompatibilidade da migração do modelo de monitoramento de processos estruturais da CCC para o STF, serão estudados alguns fatores como possíveis explicações para o bom funcionamento deste procedimento na Colômbia: (i) constitucionalização do direito e força normativa da constituição; (ii) estruturação de um Poder Judiciário independente e responsivo às demandas sociais; (iii) constatação de diversos problemas sociais complexos, como autoritarismo, desigualdades e violência; (iv) forma de Estado unitário, que simplifica a execução de política públicas; e (v) presença de Corte Constitucional com capacidade institucional para monitorar a implementação de suas decisões estruturais.

Os itens a seguir se dedicam a essa análise, a fim de demonstrar se cada uma dessas possíveis explicações se verifica na realidade brasileira para, então, debater se é adequada a importação do modelo de monitoramento de decisões estruturais da CCC para o STF.

3.1 A constitucionalização do Direito e o reconhecimento da força normativa das Constituições

A partir da década de 1990, a Colômbia – tal como o Brasil¹⁵ – passou a experimentar o fenômeno da constitucionalização do seu ordenamento jurídico¹⁶, que se apresentou enquanto contraponto ao formalismo excessivo predominante até a edição do texto constitucional vigente¹⁷.

14 HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 247.

15 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Themis: revista da ESMEC*, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2006.

16 Segundo Vicente Florez, “En Colombia, la ‘constitucionalización del derecho’ se extiende a todas las ramas de las ciencias jurídicas con la expedición de la Constitución política de 1991. Carta de navegación, como suelen llamarla algunos, que proclamó un Estado Social y democrático de derecho con una democracia participativa, consagrando además una extensa gama de mecanismos para hacer efectiva dicha participación, así como un catálogo bastante amplio de los derechos del ciudadano, entre éstos, los derechos fundamentales, los colectivos y del medio ambiente; y estableció los mecanismos de protección para la defensa de todos los derechos que pasaron de ser meros enunciados retóricos a verdaderos derechos exigibles ante las autoridades administrativas y en última instancia ante las judiciales” (FLÓREZ, V. d. La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia. *Revista Pensamiento Americano*, p. 65-69, 2009, p. 66).

17 MANRIQUE, Wilson Yesid Suárez. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, v. 63, n. 129, p. 317-351, 2014, p. 328.

De modo geral, pode-se dizer que a Constituição da República brasileira de 1988 e a Constituição Política da Colômbia de 1991 têm algumas características típicas dos textos constitucionais editados no contexto do que se convencionou chamar de novo constitucionalismo latino-americano: são constituições extensas e que reconhecem amplo rol de direitos e garantias fundamentais, mas, ao mesmo tempo, mantêm a concentração do poder estatal e positivam uma série de privilégios e políticas públicas de caráter regressivo¹⁸. Ao lado disso, a ambas as constituições se reconhece força normativa, superioridade hierárquica em relação às normas infraconstitucionais e a existência de órgãos estatais vocacionados à garantia de sua efetividade¹⁹.

Todavia, do ponto de vista da interpretação constitucional, a CCC desempenhou papel relativamente diferente em relação ao STF nos primeiros anos subsequentes à promulgação das atuais constituições dos respectivos países. O STF brasileiro, amesquinhado durante o regime militar²⁰, precisou de alguns anos para deixar de ser “um outro desconhecido”²¹, tendo, inclusive, desenvolvido forte jurisprudência defensiva²² na quadra histórica imediatamente posterior à redemocratização do país²³.

A postura altamente deferente do STF somente se transformaria nas décadas seguintes, sobretudo após o que se denominou doutrinariamente de “Corte Gilmar”²⁴,

18 GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo Latinoamericano. *Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral*, v. 48, n. 1, p. 169-174, 2015, p. 171-172.

19 Para uma análise desses aspectos na Colômbia, ver: SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Universitas*, n. 129, p. 319-354, 2014.

20 RECONDO, Felipe. *Tanques e togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

21 Faz-se, aqui, referência à obra de Aliomar Baleeiro, que, em 1968, publicara obra intitulada “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”, conotando o efetivo distanciamento entre o Poder Judiciário – em especial, o seu órgão de cúpula – e a sociedade brasileira do século XX. (BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968)

22 Como afirma Oscar Vilhena Vieira, a atuação do STF durante o governo Collor foi marcada por sucessivas omissões, a despeito do desafio de analisar a legalidade de inúmeras medidas econômicas temerariamente implementadas, bem como de supervisionar o primeiro processo de *impeachment* experimentado no Brasil. Para o constitucionalista da FGV, essa postura omissa pôde ser vista, inicialmente, durante o julgamento do mandado de injunção nº 107, cujo relator foi o ministro José Carlos Moreira Alves (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018, p. 180).

23 “Um tema em especial no período demonstra a forma comedida com a qual o Supremo da época via os limites da atuação do Judiciário diante da separação de poderes: o controle das omissões inconstitucionais. A impossibilidade de a Corte atuar como legislador positivo, devendo se circunscrever o controle a uma categoria que passou a habitar o STF desde então, a do “legislador negativo” foi uma marca registrada da Corte Moreira Alves. São justamente os casos dos Mandados de Injunção n. 107 e 232, que tratam da omissão inconstitucional que tais temas ganham fama como traço distintivo da jurisprudência do período estudado”. (FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas « Cortes » Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, v. 9, p. 23-45, 2013, p. 34).

24 A expressão foi cunhada Siddharta Legale Ferreira e Eric Baracho Dore Fernandes, que dividem a história recente do STF em três momentos. Segundo eles, o primeiro momento – “Corte Victor Nunes Leal” – diz respeito a “um período conturbado para a jurisdição constitucional na ditadura militar, durante o qual se destacou a contribuição de um Ministro a um só tempo capaz de defender ativamente a democracia em um momento de hipertrofia institucional do Executivo e também introduzir um instrumento de trabalho capaz de tornar a atuação do Supremo mais isonômica, racional e célere: a súmula da jurisprudência dominante. O segundo

quando o órgão de cúpula do Poder Judiciário do Brasil passou a influenciar diretamente as decisões políticas nacionais e, por conseguinte, assumiu relevante papel nos diálogos travados com os demais Poderes da República²⁵.

Já a CCC, criada pela Constituição de 1991, desde os primórdios funcionou enquanto vetor de trocas e mudanças sociais, com a consequente ampliação permanente do conteúdo normativo do texto constitucional²⁶. Por isso, tem-se dito que aquela Corte Constitucional sempre promoveu intercâmbios e ingerências na dinâmica política, inclusive mediante a escolha de prioridades e de estratégias governamentais em diversos âmbitos, como o dos direitos sociais e o da proteção individual e coletiva²⁷.

Nesse sentido, a CCC não apenas funciona enquanto fator motriz para a emancipação social²⁸ como igualmente tenta estabelecer o equilíbrio entre os Poderes²⁹, assumindo papel estratégico nos diálogos institucionais, em especial diante da constante expansão das suas atividades³⁰.

Como destaca Rodrigo Uprimny Yepes, a politização da justiça e a judicialização da política na Colômbia possui relevo mais alto quando comparado à generalidade dos de-

momento, a ‘Corte Moreira Alves’, volta-se para o perfil da jurisdição constitucional logo após a Constituição de 1988, com um perfil defensivo” [...] O terceiro, a “Corte Gilmar Mendes”, identifica o processo de judicialização da política e da vida, bem como um maior ativismo judicial. Destaca-se, especialmente o período em que o Ministro Gilmar Mendes ocupou a função de Presidente da Corte entre 2008 e 2010, ao qual chamamos de a “Corte Gilmar”. (FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas « Cortes » Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, v. 9, p. 23-45, 2013, p. 24).

- 25 Diversos julgados ilustram esse momento institucional: a ADI nº 3.510, de relatoria do ministro Ayres Brito, proposta pelo Procurador-Geral da República em face do artigo 5º da Lei de Biossegurança, na qual o STF pronunciou que pesquisas com células tronco não violam o direito à vida e a dignidade da pessoa humana; a ADC nº 12, também relatada pelo ministro Ayres Brito, em que o STF afirmou a constitucionalidade da Resolução CNJ nº 7/2005, condenando a prática do nepotismo no âmbito do Judiciário; o Mandado de Injunção nº 708, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM) em face do Congresso Nacional, a fim de ver suprida omissão legislativa que impedia o exercício do direito de greve por servidores públicos civis, tendo o STF determinado a aplicação analógica da Lei nº 7.783/89, que cuida da greve no setor privado; dentre outros.
- 26 MANRIQUE, Wilson Yesid Suárez. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Universitas*, v. 63, n. 129, p. 317-351, 2014, p. 331.
- 27 RESTREPO, Néstor Julián. La judicialización de la política: El papel de la corte constitucional en Colombia. In: *Forum. Revista Departamento de Ciencia Política*. Vol. 2, nº 6, 2014. p. 44.
- 28 UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. *Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia*. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 297-339
- 29 ARANGO RESTREPO, Ana Catalina. Mutaciones del presidencialismo. La transformación del poder presidencial en Colombia (1974-2018). *Estudios constitucionales*, v. 17, n. 2, p. 91-120, 2019, p. 102.
- 30 A doutrina tem destacado três pontos relativos ao desenho institucional colombiano que estimulam a ampliação das atividades da Corte Constitucional: i) presidencialismo forte e manipulador do Congresso Nacional, ii) ausência de credibilidade popular nos partidos políticos, na classe política e no Congresso Nacional, e iii) uso da violência como tradicional mecanismo de resolução de conflitos no país. Somam às razões políticas as seguintes características institucionais: i) o flexível mecanismo de emendas à constituição, ii) o sistema de eleição popular indireta dos juízes da corte, através do Senado, iii) o mandato não prorrogável de oito anos dos magistrados, iv) a natureza participativa do processo decisório da corte constitucional, através das acciones públicas e da participação de especialistas nos julgamentos. (Conferir: CEPEDA-ESPINOSA, M. J. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. 4, p. 529-700, 2004, p. 153)

mais países. Segundo ele, o Estado colombiano conheceu diversas formas importantes de interferências ou intercruzamentos entre a política e o Direito nas últimas décadas, mas talvez os mais significativos sejam a luta contra a corrupção política; o controle dos excessos governamentais; a proteção de grupos minoritários; a tutela de populações estigmatizadas ou em situação de fragilidade manifesta; e a gestão da política econômica em função da proteção judicial de direitos sociais³¹.

Para além desses intercâmbios inerentes à constitucionalização do direito na Colômbia, que tem como consequência a coparticipação do Judiciário enquanto formulador de políticas públicas³², a Corte Constitucional tem promovido diálogos institucionais ainda mais profícuos com os demais poderes, como ocorre quando se declara a existência de Estado de Coisas Inconstitucional³³.

Atualmente, constata-se efetiva constitucionalização do Direito tanto no Brasil quanto na Colômbia, uma vez que o ordenamento jurídico infraconstitucional é interpretado à luz da Constituição³⁴⁻³⁵, cuja força normativa se projeta, inclusive, no âmbito das relações privadas³⁶.

3.2 Poder Judiciário independente e responsivo às demandas de elevada carga política

Em tese sobre a independência das cortes constitucionais, defendida em 2017, Guilherme Jardim Duarte concluiu que o STF “nunca teve o prestígio que tem hoje em dia e também nunca se encontrou tão independente”. Assim, embora reconheça certo

31 YEPES, Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 4, p. 52-69, 2007, p. 54.

32 Segundo Dirley da Cunha Júnior, “As funções estatais, como demonstrado, longe estão de ser exclusivas do Poder respectivo. A separação absoluta entre os Poderes não é só impossível – haja vista a unidade do Poder político e a tarefa comum a todos – mas também indesejada, de tal modo que distante de uma separação de Poderes, o que se tem, deveras, é uma verdadeira coordenação ou colaboração ou coparticipação entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro, que a conserva sua, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em consequência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum”. (DA CUNHA JR, Dirley. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, v. 26, n. 28, 2016, p. 153-154).

33 CESAR, Rodríguez Garavito; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

34 Para uma leitura crítica acerca da interpretação conforme a Constituição no Brasil, ver: ARGUELHES, Diego W.; LIMA, Rafael B de. Brazil: from restraint to preemption? In: KLATT, Matthias (ed.). *Constitutionally Conforming Interpretation – Comparative Perspectives*. Volume I: National Reports. New York: Bloomsbury Publishing, p. 226-245, 2023.

35 MANRIQUE, Wilson Yesid Suárez. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Universitas* 63, nº 129, 317-351, 2014.

36 DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 173-180, 2005.

incremento dos ataques ao STF após o julgamento do Mensalão, o autor considera que as garantias de independência do Poder Judiciário foram suficientes para garantir a autonomia e a independência do seu órgão de cúpula³⁷.

Do mesmo modo, ao analisar a CCC, Duarte afirma que o Poder Judiciário da Colômbia sempre possuiu um nível elevado de independência em comparação a outros países. Segundo ele, isso se deve a alguns fatores, dentre os quais destaca: a fragmentação política que se elevou desde 1958, dificultando ataques coordenados à Corte Constitucional; a existência de mecanismos constitucionais e legais de insulação da Corte Constitucional; e a ampliação das competências do Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade³⁸. Ao lado desses fatores, o autor ainda argumenta que dois elementos “fora da legislação e da Constituição” parecem ser consideravelmente importantes à independência da CCC: o apoio popular, ladeado da fragmentação partidária e da competição política³⁹.

No mesmo ano de defesa da referida tese, Fabiano Engelmann e Júlia Veiga Vieira Mâncio Bandeira publicaram artigo no qual estudaram a construção da autonomia do Poder Judiciário na Argentina, no Brasil, no Chile, na Colômbia e na Venezuela. Ao mencionarem o Brasil, os autores atentam para a peculiaridade de que o Poder Judiciário esteve, historicamente, vinculado ao poder político, sendo diversas vezes exercido pelas mesmas pessoas. Porém, eles também pontuam que, com a Constituição Federal de 1988, o Judiciário brasileiro adquiriu significativa independência e capacidade para enfrentar as demais esferas de poder do país⁴⁰.

Por outro lado, ao tratarem do caso colombiano, Engelmann e Bandeira afirmam que, apesar de ter ingressado em alguns embates e crises com os demais poderes, a CCC “tem mantido algum protagonismo, principalmente pelos processos de desmobilização dos paramilitares e das guerrilhas”. A verdade é que, assim como o STF do Brasil, a CCC também enfrenta constantes resistências políticas às suas decisões, principalmente quando elas tocam em desacordos morais razoáveis⁴¹.

O contexto de erosão democrática por que passam algumas democracias ocidentais⁴² também foi notado no Brasil, sobretudo após as eleições de 2018, quando Jair

37 DUARTE, Guilherme Jardim. *Independência de jure e de facto de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais: um estudo comparado*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 100-103.

38 DUARTE, Guilherme Jardim. *Independência de jure e de facto de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais: um estudo comparado*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 135.

39 DUARTE, Guilherme Jardim. *Independência de jure e de facto de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais: um estudo comparado*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 138.

40 ENGELMANN, Fabiano; BANDEIRA, Júlia Veiga Vieira Mâncio. A construção da autonomia política do Judiciário na América Latina: um estudo comparado entre Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. *Dados*, v. 60, p. 903-936, 2017, p. 192.

41 Para um exemplo desse tipo de embate, ver: SANTOS, Yago da Costa Nunes dos; DIAS, Isabela Santos; BARREIROS NETO, Jaime. Decisões progressistas e backlash: reações conservadoras ao reconhecimento judicial do direito de união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e na Colômbia. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 13, n. 1, p. 66-84, 2020.

42 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Bolsonaro chegou à presidência com plataforma política conservadora nos costumes e anunciadamente neoliberal na economia. Ao fim do seu governo, marcado por um conjunto de práticas antiliberais e autoritárias⁴³, a democracia brasileira ainda assistiu a um violento ataque à sede dos três Poderes da República, mas especialmente ao STF, cujo plenário e gabinetes de alguns ministros foram absolutamente depredados⁴⁴.

Se, por um lado, a invasão ao STF significou possível tentativa de subverter a ordem constitucional vigente mediante o amesquinamento do Poder Judiciário, por outro se deu em virtude da postura ativa de um tribunal que, em defesa da democracia, resistiu aos ataques que lhe foram direcionados nos anos anteriores⁴⁵. Nesse sentido, pode-se dizer que o STF foi atacado, dentre outras razões, porque, a despeito das ameaças autoritárias de que foi vítima, não se permitiu ser empacotado, mantendo importante atuação institucional para conter os desvios dos outros Poderes.

Tais atentados contra o STF e seus ministros de maneira individualizada resultou por unir a corte outrora desagregada por embates internos⁴⁶, assim como para fomentar postura menos ministrocrática⁴⁷ e mais colegiada, ainda que determinados integrantes do tribunal atuem de modo estratégico para aglutinar o colegiado ao redor de sua opinião manifestada em votos ou – patologicamente – até fora dos autos⁴⁸.

Fato é que, a despeito desses ataques, o STF resistiu às tentativas de golpe e segue responsivo a algumas demandas sociais relevantes, com decisões recentes em casos com elevada carga política. O primeiro caso julgado no plenário físico do tribunal após a posse do Ministro Luís Roberto Barroso enquanto Presidente da Corte é emblemático nesse sentido: tratou-se do mérito da ADPF nº 347, na qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pedia o reconhecimento da situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais do sistema penitenciário brasileiro e a adoção de

43 MEYER, Emílio Peluso Neder. Constitucionalismo iliberal. *Rev. Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2595-2622, 2022.

44 Ao descreverem e analisarem os ocorridos, Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Sérgio Urquhart de Cademartori e Williem da Silva Barreto Júnior afirmam: “Findas as recentes eleições, nas quais foi derrotado, o representante da extrema direita adotou a tática antidemocrática de negação da lisura do pleito, o que soou como ‘chamamento messiânico’ aos seus seguidores mais radicais, que se mobilizaram em acampamentos, erguidos defronte a quartéis, suplicando, às forças armadas, intervenção junto aos poderes legalmente constituídos. Mantida a conduta provocativa do presidente em fim de mandato, até a ocasião de posse do seu sucessor, o movimento parafascista desaguou em tentativa de golpe de Estado, marcada pela invasão dos prédios dos três poderes, o que resultou em danos incalculáveis à história e à memória do país. Embora frustradas no seu desiderato principal, as ações terroristas, ocorridas em 08 de janeiro de 2023, ao menos serviram para desvelar a face dantesca da ralé tupiniquim” (CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; BARRETO, Williem da Silva. Populismo, confusão de poderes e manipulação midiática: a democracia política sob ataque. *Sequência* (Florianópolis), v. 44, n. 93, p. e93166, 2023).

45 VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a Defesa da Democracia no Brasil. *Journal of Democracy em Português*, v. 12, n. 1, 2023.

46 RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *O tribunal: como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2023.

47 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018.

48 ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo: entre o direito e a política*. Rio de Janeiro: História Real, 2023, p. 201-240.

providências no tratamento da questão prisional. No julgamento, o STF confirmou as medidas cautelares anteriormente deferidas; proclamou a existência de ECI no sistema carcerário do Brasil; e determinou a elaboração de planos nacional, estaduais e distrital para a superação do cenário de inconstitucionalidades verificado nos presídios do país, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação. De acordo com a decisão, o monitoramento da execução dos referidos planos deverá ser feito pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, órgão vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, sem prejuízo da supervisão do próprio STF.

Bem assim, a título ilustrativo, pode-se mencionar a recente decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 659.376, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, na qual o STF proclamou que a Constituição da República assegura a utilização de roupas e acessórios relacionados a crença ou religião nas fotos de documentos oficiais, desde que não impeçam a adequada identificação da pessoa. E, ainda, a conclusão a que chegou o STF no Habeas Corpus nº 208240, quando se decidiu que a abordagem policial e a busca pessoal motivadas por raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física são ilegais. Essas decisões mostram que, apesar de considerável e relevante a crítica atinente ao predomínio de interesses corporativos na pauta do STF⁴⁹, a corte segue responsiva a importantes questões de elevada carga política.

Da mesma forma, na Colômbia, a CCC tem enfrentado diversos temas de expressiva carga política, a exemplo da descriminalização do aborto até a 24ª semana de gestação, da autorização da mudança de nome por pessoas transgênero⁵⁰, e da impossibilidade de um plebiscito para ouvir a população a respeito da autorização de um terceiro mandato para o Presidente da República.

Em razão disso, tem-se afirmado que na Colômbia e no Brasil, a CCC e o STF, respectivamente, têm utilizado instrumentos jurisprudenciais e doutrinários associados com a igualdade substancial para combater a exclusão, a marginalização e a discriminação em diferentes áreas, como no mercado de trabalho, na família e na educação⁵¹.

3.3 Presença de problemas sociais complexos: autoritarismo, desigualdades e violência

A partir de dados empíricos, é possível afirmar haver alguma correlação entre a promulgação de constituições democráticas no contexto do constitucionalismo latino-

49 Para uma análise abrangente acerca das críticas a que nos referimos, ver: SANTOS, Cristian Patric de Sousa. *Cortes Constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias: propostas de abertura da jurisdição constitucional concentrada brasileira a partir da experiência colombiana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 99-108.

50 VILLEGAS, Germán Lozano; ESTRADA, Alexei Julio. Los derechos políticos de las personas trans y las personas no binarias en la jurisprudencia: de la Corte Constitucional colombiana y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 130, p. 315-330, 2024.

51 GIMÉNEZ, Francisca Pou et al. Comparative Landscapes of Gender and Constitutionalism in Latin America. In: *Women, Gender, and Constitutionalism in Latin America*. Routledge, 2024, p. 16.

-americano e a melhoria nas condições de vida dos cidadãos, com o fortalecimento do autorreconhecimento coletivo e a integração de grupos minoritários historicamente excluídos⁵².

Contudo, tanto o Brasil quanto a Colômbia ainda vivem contextos sociais complexos, marcados por problemas como corrupção, violência, desigualdade e autoritarismo. Ao escrever sobre a realidade colombiana, Alexander Cotte Poveda afirma existirem nexos perversos entre o tráfico de drogas, os grupos paramilitares à margem da lei, a pobreza e o persistente conflito armado que se vive no país. Nessa linha, ele enfatiza que uma das causas da criminalidade e da violência é o elevado grau de concentração de riqueza⁵³.

De modo semelhante, Amylkar Medina constata que, na Colômbia, a desigualdade se manifesta em todas as ordens da vida nacional, como consequência de um enfoque histórico de políticas públicas. Assim, para o autor, os baixos níveis de integração e crescimento econômico regionais inerentes ao atraso na infraestrutura de transportes permitem compreender a recorrente centralização do poder público, que privilegia o desenvolvimento de umas regiões em detrimento de outras. Como consequência, apesar de os índices de produção crescerem, as taxas de desemprego e a informalidade no mercado de trabalho também se apresentam crescentes. Tudo isso, somado ao problema do deslocamento forçado, gera ainda mais desigualdade e pobreza⁵⁴.

No Brasil, apesar de alguns avanços impulsionados pela Constituição de 1988⁵⁵, persistem diversas práticas sociais e institucionais autoritárias e intolerantes⁵⁶, como o racismo estrutural⁵⁷, o machismo⁵⁸, a LGBTQIAPN+ fobia, a corrupção, e diversos conflitos interétnicos. Alguns desses aspectos são realçados em texto de Daniel Sarmento no qual ele se propõe a analisar o conteúdo jurídico do republicanismo, assim como a realidade brasileira a partir do princípio republicano. No texto, o autor afirma ter vicejado, no país, o patrimonialismo; a “lógica da cordialidade” enquanto dificuldade em orientar comportamentos por normais impessoais de conduta, com tendência à priorização das relações pessoais e afetivas em detrimento das razões objetivas, inclusive no

52 DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram?. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 12, 2018.

53 POVEDA, Alexander Cotte. *Crecimiento, desigualdad y pobreza: un análisis de la violencia en Colombia*. Centro de Investigaciones en Violencia, Instituciones y Desarrollo Económico (VIDE), 2006.

54 MEDINA, Amylkar D. Acosta. Colombia: Escenario de las desigualdades. *Tendencias*, v. 14, n. 1, p. 9-35, 2013.

55 DE CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2021.

56 SCHWARCZ, Lília Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019.

57 ALMEIDA, Silvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.

58 Em interessante análise empírica, demonstrou-se que mesmo no âmbito do STF, órgão vocacionado à proteção de minorias, existem comportamentos negativos associados ao gênero. De acordo com o estudo, as ministras do gênero feminino costumam falar menos e serem mais interrompidas do que os ministros do gênero masculino. Conferir: ARGUELHES, Diego Werneck et al. “They don’t let us speak”: Gender, collegiality, and interruptions in deliberations in the Brazilian Supreme Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 21, n. 1, p. 174-207, 2024.

trato da coisa pública; o “jeitinho”, correspondente à patológica propensão ao excesso de flexibilidade na aplicação de normas jurídicas; e a desigualdade⁵⁹.

Essas realidades sociais complexas costumam gerar múltiplos conflitos distributivos, assim como a judicialização dos direitos sociais e a busca estratégica do Poder Judiciário enquanto última trincheira para a efetivação ou até o reconhecimento de direitos no Brasil e na Colômbia.

3.4 Diferenças quanto à forma de Estado e o impacto na execução de políticas públicas resultantes de decisões estruturais

Embora existam várias semelhanças culturais, políticas e jurídicas entre o Brasil e a Colômbia, distinções significativas marcam o desenho institucional dos dois países. Uma primeira distinção que se apresenta importante é aquela relativa à própria forma de Estado: o Brasil é uma federação; a Colômbia é um país unitário.

O receio de regressar ao domínio espanhol nos primeiros anos após a independência fez com que a Colômbia se organizasse enquanto Estado unitário centralizado, capaz de fazer frente a uma eventual tentativa de reconquista pelo rei⁶⁰. Uma vez fundada a República colombiana, as instituições passaram a se mostrar extremamente instáveis, o que resultou na sucessiva edição de nove constituições, sendo a mais recente de 1991⁶¹.

O atual texto constitucional colombiano, em seu artigo 115, dispõe que “o Governo nacional é formado pelo Presidente da República, os ministros de despacho e os diretores dos departamentos administrativos. O Presidente e o ministro ou diretor de departamento correspondentes, em cada negócio particular, constituem o governo”.

Já o Brasil, inicialmente constituído enquanto Estado unitário, transformou-se em federação ao mesmo tempo em que se tornou uma República⁶². A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, positivou, em seu primeiro dispositivo, que “a Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil”.

Em um primeiro momento, os estudiosos não parecem ter levado em consideração, com acuidade, as diversas repercussões práticas que a adoção de uma forma de

59 SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. *Revista da EMERJ*, v. 20, p. 296-318, 2018.

60 GIL, Ricardo Zuluaga. Historia del constitucionalismo en Colombia. Una introducción. *Estudios de derecho*, v. 71, n. 157, p. 99-129, 2014, p. 110.

61 GIL, Ricardo Zuluaga. Historia del constitucionalismo en Colombia. Una introducción. *Estudios de derecho*, v. 71, n. 157, p. 99-129, 2014, p. 111.

62 DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2021, p. 535.

Estado unitária ou federal projetam sobre a resolução processual de problemas estruturais. Por um lado, estudos apontam para uma tendência de maior efetividade de políticas públicas em Estados unitários quando comparados a federações. Segundo Márcia Miranda Soares e José Ângelo Machado⁶³, quanto maior for a centralização jurisdicional ou legislativa, consistente da capacidade de o Governo Central editar normas que afetam interesses subnacionais, mais favorável se mostra a formulação e a implementação de políticas públicas nacionais.

Ao lado disso, os referidos autores afirmam que a forma como se organizam e se relacionam os partidos políticos nos níveis nacional e subnacional caracteriza o federalismo partidário, que pode ser mais ou menos centralizado. Esse dado, tanto isolado quanto associado à existência de uma Corte Suprema com poder para arbitrar conflitos federativos verticais e horizontais, afeta decisivamente a relação entre os federalismos e as políticas públicas.

Outro fator destacado por Soares e Machado é a existência de um federalismo fiscal, compreendido, de forma ampla, como o modo de distribuir receitas e gastos públicos entre o ente nacional e os entes subnacionais em uma federação. Tal dimensão teria diversos efeitos importantes para as políticas públicas, principalmente no que diz respeito àquelas cujas ofertas se proponha universal e equânime em todo o território nacional, como muitas vezes ocorre com políticas sociais⁶⁴.

É bem verdade que, como os próprios autores chegam a mencionar no texto⁶⁵, o grau de eficácia das políticas públicas nas federações também tem a ver com fatores relacionados às suas características: importa se é um federalismo clássico ou cooperativo, por exemplo.

Há relevantes repercussões práticas decorrentes do tipo de federalismo adotado. O federalismo dual ou clássico – caracterizado por certa rivalidade e competição entre os entes federados⁶⁶ – pode dificultar a implementação conjuntural de políticas públicas de interesse nacional, com elevadas variações nos índices de efetividade de um Estado em relação ao outro⁶⁷. Já no âmbito do federalismo cooperativo, nota-se ten-

63 SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e políticas públicas*. Brasília: Enap. 2018, p. 55-64.

64 SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e políticas públicas*. Brasília: Enap. 2018.

65 SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e políticas públicas*. Brasília: Enap. 2018, p. 59.

66 DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Federalism, the Principle of Solidarity and the Third Stage in the Division of Competences. In: *Solidarity in International Law*. Routledge, 2022, p. 77.

67 Exemplo disso são os eventos que sucederam o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, em 1954, nos Estados Unidos da América, quando a Suprema Corte declarou ser inconstitucional a segregação racial nas escolas. A este respeito, conferir: FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 67-72; BERNSTEIN, Barton J. *Plessy v. Ferguson: Conservative sociological jurisprudence. The Journal of Negro History*, v. 48, n. 3, p. 196-205, 1963; BELL JR, Derrick A. *Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma. Harvard Law Review*, p. 518-533, 1980; RODRIGUES, Leda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958; e GOODMAN, Walter. *Brown V. Board of Education: Uneven Results 30 Years Later*. New York Times, Nova York, 17 de maio de 1984. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1984/05/17/us/brown-v-board-of-education-uneven-results-30-years-later.html>. Acesso em 23 jun. 2024.

dência a maior articulação nacional em prol da implementação de políticas públicas, cuja efetividade – apesar de dependente de múltiplos fatores – tem propensão a se verificar de maneira menos desigual nos diversos entes federados. Isso porque, dentre outras razões, a intercomunicação entre células de poder é marca característica desse tipo de federalismo⁶⁸, o que reforça as possibilidades para atuação conjunta em prol da reversão de quadros de desconformidades estruturais.

Segundo Marcelo Labanca, uma versão mais acentuada do federalismo cooperativo seria o modelo de federalismo solidário. Nesse cenário, as possibilidades de ação dos entes públicos não são determinadas, apenas, por definições de competências exclusivas e privativas (tal como no federalismo dual) e nem pela distribuição de competências concorrentes ou comuns (tal como no federalismo cooperativo). O princípio da solidariedade, aplicado ao federalismo, implica possibilidade da ação de um ente federado em pleno benefício de outro. Há, nesse sentido, uma sobreposição no exercício de competências, mas não apenas em benefício do próprio ente que atua, mas principalmente em prol de outros entes federados. Para Labanca, a principal marca diferenciadora entre a cooperação e a solidariedade é a ação em prol de outro⁶⁹.

No particular, o autor destaca dois tipos de expressão da solidariedade. Para ele, a solidariedade pode ser interna ou externa. No primeiro caso, há ação de um ente em benefício de outro, como pode acontecer em casos de doações ou envio de servidores públicos para atuarem após desastres naturais que afetem um ente específico. No segundo caso, há atuação de um ente para efetivar direitos de cidadãos que vivem em outro, a fim de assegurar, por exemplo, tratamentos de saúde⁷⁰.

O Brasil tem modelo de federalismo cooperativo, mas com algumas manifestações de características típicas do federalismo solidário. Assim, no Estado brasileiro, a articulação e a implementação de políticas públicas voltadas à reversão de desconformidades sistêmicas tendem a ser mais complexas do que na Colômbia, porque envolvem múltiplos níveis de governos e diversas instituições e instâncias de controle que nem sempre atuam de maneira coesa⁷¹.

A grave realidade dos cárceres brasileiros, objeto da já mencionada ADPF nº 347, é um bom exemplo para esse ponto. No caso, o STF homologou o Plano Pena Justa,

68 DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Federalism, the Principle of Solidarity and the Third Stage in the Division of Competences. In: *Solidarity in International Law*. Routledge, 2022, p. 80.

69 DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Federalism, the Principle of Solidarity and the Third Stage in the Division of Competences. In: *Solidarity in International Law*. Routledge, 2022, p. 82-83.

70 DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Federalism, the Principle of Solidarity and the Third Stage in the Division of Competences. In: *Solidarity in International Law*. Routledge, 2022, p. 83-84.

71 Um exemplo de complicador para a execução de políticas públicas no Brasil é a sobreposição excessiva de instâncias de controle, que pode gerar ineficiência ou paralisia administrativa. A respeito, ver: SUNDFIELD, Carlos Ari. *Como tornar o controle eficiente?* Definindo os limites do papel do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. In *Reforma do Estado Brasileiro*. GIAMBIAGI, Fábio; FERREIRA, Sergio; e AMBRÓZIO, Antônio Marcos. São Paulo, GEN Atlas, 2020, p. 269-281.

consistente na política nacional de enfrentamento ao ECI no sistema penitenciário do país, mas ainda será preciso analisar e homologar os 27 planos a serem elaborados e apresentados pelos Estados e pelo Distrito Federal⁷². Em cada unidade federativa, certamente há especificidades concernentes ao perfil dos principais delitos praticados, ao estado das prisões, ao número da população carcerária, à reincidência criminoso e aos recursos financeiros disponíveis para investir na melhoria do sistema. Monitorar essa realidade diversa e complexa é tarefa difícil a ser desempenhada pelo STF, mesmo com o auxílio de outros órgãos.

Por causa disso, há várias propostas doutrinárias de fomento à delegação de competências no espectro dos processos estruturais⁷³, inclusive se aproveitando das potencialidades inerentes aos mecanismos de cooperação no contexto da justiça multiportas⁷⁴.

Conforme destaca Vitorelli, “talvez o mais interessante horizonte, em termos de técnica processual, que pode ser particularmente bem explorado pelo Supremo Tribunal Federal, dada a sua posição central no sistema de justiça, é a cooperação judiciária”. Isso porque, segundo o autor, se o STF decidir, de fato, investir-se de atuação que tenha reflexos em todo o território nacional, inexistirá necessidade de que ele se envolva, diretamente, em toda a implementação das políticas públicas necessárias à superação da desconformidade estrutural de interesse público. Essas atividades são passíveis de delegação aos tribunais e juízes locais, por cooperação, encarregando-se o STF apenas do macro-gerenciamento do caso⁷⁵.

A dispersão do monitoramento, via delegação, para instâncias inferiores do Poder Judiciário e até para órgãos administrativos de controle – como os tribunais de contas e o Ministério Público – é medida benéfica à efetividade dos processos estruturais, pois, de um lado, coloca o monitorador mais próximo da política pública monitorada e, de outro, limita o próprio poder do STF, que atuará como uma espécie de supervisor do monitoramento, sem se imiscuir no dia a dia da Administração Pública.

Esse modelo fomenta um acompanhamento mais efetivo da política pública, com atenção às peculiaridades locais e aos desafios concretos que os gestores enfrentam na sua implementação, além de colocar a Administração Pública sob supervisão de órgãos que já têm expertise nessa modalidade de acompanhamento, pois já o fazem

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Homologação em Processo Estrutural na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 12 dez. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15373531869&ext=.pdf>. Acesso em 13 fev. 2025.

73 CABRAL, Antonio do Passo. Delegação de competência no processo estrutural. *Suprema: revista de estudos constitucionais*. Brasília, v. 4, n. 1, p. 123-167, jan./jun. 2024.

74 DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Processo estrutural e justiça multiportas. *Suprema: revista de estudos constitucionais*. Brasília, v. 4, n. 2, p. 419-452, jul./dez. 2024.

75 VITORELLI, Edilson. Uma pauta de atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: por que, quando e como?. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*. Brasília, v. 4, n. 1, p. 253-297, 2024, p. 276.

ao fiscalizar a atuação administrativa na execução de políticas resultantes de comandos legais e constitucionais⁷⁶.

Portanto, nem sempre o STF é o órgão com melhor aptidão para solucionar determinadas lides estruturais. Diferentemente da CCC, que exerce as restritas funções específicas de uma corte constitucional e atua no âmbito de um Estado unitário, o STF brasileiro desempenha uma multiplicidade de atribuições no espectro de uma federação bastante diversa e complexa, o que pode dificultar a reestruturação de alguns estados de coisas considerados sistemicamente desconformes em relação ao ordenamento jurídico. Por isso, Vitorelli tem razão ao sustentar que

[...] o Supremo Tribunal Federal terá boas probabilidades de obter resultados sociais significativos quando se envolver em litígios estruturais que, cumulativamente: 1) exijam providências de uma, ou algumas poucas autoridades centrais, que têm condições de interferir decisivamente sobre os rumos do litígio; 2) houver necessidade de superar resistências anormais a uma pauta socialmente valiosa, por exemplo, porque envolvem grupos minoritários ou vulneráveis ou porque, historicamente, as intervenções jurisdicionais locais já foram tentadas e não foram bem-sucedidas; 3) houver poucas variantes fáticas ou regionais a serem consideradas; e 4) for possível determinar uma quantidade pequena e concreta de metas, indicadores de atingimento dessas metas, cronograma e rol de responsáveis pela sua implementação, de modo a levar a crer que o acompanhamento da execução, após a decisão, possa se desenvolver em tempo razoavelmente reduzido (que, claro, nunca será pequeno, dada a complexidade do litígio) e com baixo grau de litigiosidade⁷⁷.

A partir desse raciocínio, observa-se que certas demandas estruturais, no caso brasileiro, devem ser preferencialmente resolvidas pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, que inclusive podem contar com o auxílio de outros agentes, órgãos e entidades judiciais ou extrajudiciais mediante mecanismos de cooperação e diálogo. Isso, por si só, evidencia a inadequação do transplante da ideia de ECI desenvolvido na Colômbia, que é Estado com dimensões, forma e características bastante diversas em relação às constatadas no Brasil.

3.5 As competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Corte Constitucional Colombiana

A CCC é composta por nove magistrados, um dos quais exerce a função de Presidente e outro de vice-presidente. O órgão mais elevado de sua estrutura administrativa é a Sala

76 Sobre isso, é interessante ter em vista que mecanismos de monitoramento têm sido utilizados “pelo Tribunal de Contas da União para análise e tratamento, em médio e longo prazo, de estados de desconformidade continuada, com a adoção de recomendações e decisões, e fiscalização quanto à adequação das soluções alcançadas, em setores como o de segurança nuclear e o de energia elétrica, ilustrativamente” (DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Processo estrutural e justiça multiportas. *Suprema: revista de estudos constitucionais*. Brasília, v.4, n.2, p. 419-452, jul./dez. 2024, p. 430).

77 VITORELLI, Edilson. Uma pauta de atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: por que, quando e como?. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*. Brasília, v. 4, n. 1, p. 253–297, 2024, p. 288-289.

Plena, à qual estão vinculados todos os magistrados, inclusive a Presidência, e abaixo da qual se encontram as cinco Salas Especiais de Seguimento atualmente existentes⁷⁸.

As Salas Especiais de Seguimento foram criadas com a finalidade de monitorar a execução de decisões estruturais proferidas pela CCC⁷⁹. As sentenças exaradas em processos de caráter estrutural têm natureza dialógica e não unidirecional, de modo que seu acompanhamento demanda o contínuo diálogo institucional para aferir a maior ou menor efetividade das políticas públicas implementadas na reversão do quadro de desconformidade sistêmica proclamado pela Corte.

Assim, a retenção da jurisdição da CCC sobre os atos de cumprimento da decisão que proclama a existência de ECI tem a ver com a própria mudança de postura daquele órgão, que desde o início dos anos 2000 vem intervindo, com frequência, em questões complexas que envolvem massivas violações de direitos⁸⁰.

De acordo com Néstor Osuna Patiño, a atividade de seguimento se desenvolve a partir de dois mecanismos: as salas e os autos de seguimento. As salas de seguimento analisam os informes periodicamente apresentados pelas autoridades responsáveis pela implementação das decisões da Corte. Já os autos de seguimento, por outro lado, consistem em decisões proferidas pela CCC, inclusive por meio das Salas Especiais de Seguimento, tendo por finalidade explicitar particularidades ou inconsistências no processo de execução da sentença⁸¹.

Atualmente, existem cinco salas de seguimento na CCC⁸², as quais têm funcionamento permanente. A primeira delas é a Sala Especial de Seguimento à sentença T-025/2004, acima mencionada, e que ainda monitora o desenvolvimento e a implementação das políticas públicas necessárias à proteção da população em condição de deslocamento forçado. Integram essa sala três magistrados da corte: Diana Fajardo Rivera, Hernán Correa e Natalia Ángel Cabo, que a preside.

Há também a Sala Especial de Seguimento à Sentença T-760/2008, que diz respeito ao sistema geral de saúde da Colômbia. Essa sala tem os seguintes magistrados como

78 COLÔMBIA. Corte Constitucional. Organigrama e informacion general de las dependências. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/transparencia/Organigrama%20e%20informacion%20general%20de%20las%20dependencias.php>. Acesso em 24 jun. 2024.

79 CESAR, Rodríguez Garavito; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 84-90.

80 PATIÑO, Néstor Osuna. *Veinte Años de Sentencias Estructurales en Colombia*. In: Justicia constitucional y derechos fundamentales: diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina. Editores: Víctor Bazán e Marie-Christine Fuchs. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica Calle: Bogotá, 2011, p. 154.

81 PATIÑO, Néstor Osuna. *Veinte Años de Sentencias Estructurales en Colombia*. In: Justicia constitucional y derechos fundamentales: diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina. Editores: Víctor Bazán e Marie-Christine Fuchs. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica Calle: Bogotá, 2011, p. 158.

82 Essas informações foram extraídas do portal eletrônico da Corte Constitucional colombiana. Conferir: <https://www.corteconstitucional.gov.co/transparencia/Organigrama%20e%20informacion%20general%20de%20las%20dependencias.php>. Acesso em 30 mar. 2024.

integrantes: José Fernando Reyes Cuartas, que atua como presidente, Paola Andrea Meneses Mosquera y Alejandro Linares Cantillo.

Após o julgamento da T-302/2017, que visava proteger os direitos fundamentais à saúde, à água e à alimentação das crianças do povo Wayúu do Departamento de Guajira, a CCC igualmente instalou uma sala de seguimento. Essa sala é atualmente presidida por José Fernando Reyes Cuartas, que atua junto com os julgadores Alejandro Linares Cantillo e Antonio José Lizarazo Ocampo.

Há, da mesma forma, a Sala Especial de Seguimento à Sentença SU-020/2022, que trata do sistema de proteção aos ex-combatentes, os quais precisam ser reinseridos na sociedade e ter seus direitos tutelados na forma do acordo de paz firmado entre o Estado colombiano e os grupos guerrilheiros. Quem a preside é a magistrada Cristina Pardo Schlesinger, e os julgadores Jorge Enrique Ibáñez Najar e Antonio José Lizarazo Ocampo também a integram.

E, além dessas, ainda funciona a Sala Especial de Seguimento às sentenças T-388/2013, T-762/2015 e SU-122/2022, referentes ao sistema carcerário e penitenciário da Colômbia. Essa sala é integrada pelos magistrados Paola Andrea Meneses Mosquera, Diana Fajardo Rivera e Jorge Enrique Ibáñez Najar, sendo este último o seu presidente.

Com caráter permanente e atribuições específicas, tais salas integram de forma estável a estrutura institucional da corte, exercendo funções de supervisão judicial, interlocução com autoridades administrativas, realização de audiências públicas e emissão de autos de seguimento com análises diagnósticas, exigências e recomendações. A institucionalização dessas salas reflete o compromisso da CCC com a efetividade dos direitos fundamentais e com o enfrentamento das falhas estruturais persistentes na atuação estatal⁸³.

Em geral, aponta-se como fundamentos normativos para a instituição das salas de seguimento o art. 86 da Constituição Política de 1991 e o art. 27 do Decreto Estatutário nº 2.591, de 1991. O primeiro dispositivo, de matriz constitucional, dispõe sobre a ação de tutela e o direito de todo cidadão a obter a proteção judicial de seus direitos. Já o segundo, de natureza infralegal, trata do dever das autoridades em empregarem medidas para efetuar o cumprimento das ordens proferidas pela CCC, assim como estabelece a possibilidade de o juiz fixar *“los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”*⁸⁴.

83 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *¿Qué son las salas de seguimiento de la Corte Constitucional?* Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-XGCrYODiM8>. Acesso em: 11 maio 2025.

84 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Auto 92A de 2020*. Bogotá: Corte Constitucional, 2020. Disponível em: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/3006721/27858501/25.+Auto+92A+de+2020.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025.

A própria CCC costuma argumentar que a intervenção do juiz constitucional em matéria de políticas públicas deve ser excepcional e, ainda assim, sempre justificada em função de situações complexas de bloqueios inconstitucionais ou práticas governamentais juridicamente desconformes. Nessas circunstâncias, como salientado pela Sala Especial de Seguimento à sentença T-760, de 2008, a intensidade e o rigor do controle sobre as providências adotadas para dar cumprimento às ordens da corte é elevada a cada ano após o pronunciamento que reconhece o ECI⁸⁵.

Assim, com o objetivo de evitar que as decisões da CCC tenham mero efeitos simbólicos, os trabalhos das Salas Especiais de Seguimento resultam em supervisão respeitosa das competências governamentais. O intuito, segundo a corte, não é interferir no desenho das políticas públicas, mas buscar soluções oportunas e eficazes, a partir do diálogo construtivo, para questões complexas de conjuntura estrutural⁸⁶.

Para tanto, as Salas Especiais de Seguimento se utilizam de múltiplos mecanismos, como a promoção de sessões técnicas para a análise de obstáculos à efetivação das políticas públicas necessárias à superação do ECI; a solicitação de informes de progresso; inspeções judiciais; etc. Assim, a CCC costuma ter em conta, na atividade de monitoramento, desde o estudo dos atos formais editados pelo Governo Nacional até dados colhidos da própria realidade, seja pela verificação *in loco* ou a partir de informações compartilhadas pela mídia, por exemplo⁸⁷.

Para aferir o grau de cumprimento de suas ordens, a CCC estabelece parâmetros prévios que lhe permitem analisar, principalmente, as medidas adotadas, os resultados obtidos e os avanços promovidos pela política pública.

Na análise das medidas, a primeira tarefa é verificar se elas realmente existem, integrando um programa de ação estruturado que permita à autoridade responsável adotar as condutas necessárias para enfrentar o problema. Depois, é preciso compreender se o plano de ação prioriza a garantia do gozo efetivo do direito a ser tutelado, pois de nada adianta uma política pública simbólica ou formal. Em seguida, a CCC investiga se os processos de tomada de decisão, de desenvolvimento, de implementação e de avaliação das políticas governamentais abrem margem para a participação democrática real dos cidadãos nas diferentes etapas desse ciclo⁸⁸.

85 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Auto 92A de 2020*. Bogotá: Corte Constitucional, 2020. Disponível em: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/3006721/27858501/25.+Auto+92A+de+2020.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025.

86 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Auto 92A de 2020*. Bogotá: Corte Constitucional, 2020. Disponível em: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/3006721/27858501/25.+Auto+92A+de+2020.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025.

87 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Auto 92A de 2020*. Bogotá: Corte Constitucional, 2020. Disponível em: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/3006721/27858501/25.+Auto+92A+de+2020.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025.

88 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Auto 411 de 2015*. Bogotá: Corte Constitucional, 2015. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/a411-15.htm>. Acesso em: 11 maio 2025.

Nesse sentido, a CCC tem afirmado que o adequado funcionamento e os bons resultados das políticas públicas dependem de que essas estejam respaldadas em estudos empíricos e em reflexões criteriosas sobre qual é o melhor curso de ação estatal. Uma verdadeira política pública envolve o cumprimento de obrigações de respeito e garantia dos direitos humanos. A simples edição de normas legais ou de atos administrativos, a execução parcial de ações governamentais e a mera demonstração de ajustes orçamentários não constituem, de forma alguma, motivo suficiente ou razão determinante para considerar superada a falha estrutural⁸⁹.

Dessa forma, uma vez constatada a existência de uma política pública coerente e pautada em dados empíricos, ainda é preciso verificar se os resultados dela provenientes são satisfatórios. Se os resultados não forem comprovados ou se, embora comprovados, não evidenciem sua utilidade para superar o problema estrutural, atribui-se à política um grau de cumprimento baixo. Por outro lado, se ficar demonstrado que os resultados impactam positivamente na reversão do quadro de desconformidade sistêmica, atribui-se à política o nível de cumprimento médio, alto ou geral, dependendo do caso.

Apenas nessa última hipótese, de cumprimento geral, é que se prossegue à avaliação dos avanços. Nessa etapa, o nível de cumprimento será considerado médio se não houver avanços significativos. Caso existam avanços significativos, mas não o suficiente para dar cumprimento a todos os objetivos da ordem proferida pela CCC, diz-se que o nível de cumprimento é alto. O cumprimento é geral se o problema estrutural que deu origem à ordem da corte for superado, hipótese na qual se encerra o monitoramento⁹⁰.

Nota-se que, diferentemente do Brasil⁹¹, a Colômbia conta com uma Corte Constitucional propriamente dita, estruturada para realizar jurisdição constitucional mediante o aferimento da compatibilidade ou não das leis, dos atos e até dos tratados internacionais com as normas da Constituição⁹². Esse órgão não integra a jurisdição ordinária, cujo tribunal de cúpula é a Corte Suprema de Justiça; e nem a jurisdição contenciosa administrativa, exercida pelo Conselho de Estado⁹³.

89 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Auto 411 de 2015*. Bogotá: Corte Constitucional, 2015. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/a411-15.htm>. Acesso em: 11 maio 2025.

90 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Auto 411 de 2015*. Bogotá: Corte Constitucional, 2015. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/a411-15.htm>. Acesso em: 11 maio 2025.

91 O STF acumula a função de corte constitucional, responsável por realizar o controle de constitucionalidade em abstrato, com a de foro especializado no julgamento de altas autoridades e na apreciação originária de atos secundários dos demais Poderes, e ainda funciona enquanto tribunal de recursos, já que é a última instância judicial brasileira. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018, p. 166-169).

92 As competências da Corte Constitucional da Colômbia estão elencadas no art. 241 da Constituição Política da República da Colômbia, de 1991.

93 Para compreender a reestruturação desses órgãos, na Colômbia, a partir da Constituição Política de 1991, ver: SANTOS, Yago Nunes dos. *Veto jurídico e diálogos institucionais: propostas para aprimorar o sistema brasileiro a partir da experiência colombiana*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 103-140.

O fato de a CCC possuir competências relativamente restritas e certa discricionariedade no que pretende julgar lhe permitiu investir energia no delineamento dos citados mecanismos inovadores voltados ao acompanhamento da execução dos processos estruturais submetidos à sua jurisdição. A escolha das demandas a serem julgadas pela CCC é guiada pelo art. 52 do seu Regimento Interno, que assegura ampla margem na eleição dos casos sobre os quais a corte se debruçará.

De acordo com o mencionado art. 52 do Regimento Interno, “sem prejuízo do caráter discricionário da seleção dos casos de tutela e ante a inexistência constitucional de um direito subjetivo a que um determinado caso seja selecionado”, a escolha deve se guiar por alguns critérios orientadores. O primeiro deles, de natureza objetiva, diz respeito à necessidade de uniformizar a compreensão jurisprudencial, principalmente quando se está diante de matéria nova. Ao lado disso, há critério subjetivo, relacionado à urgência em proteger certo direito fundamental ou à necessidade de materializar uma abordagem diferencial. Por fim, existem critérios complementares, como a análise sobre se o caso contribuirá para o combate à corrupção ou se servirá como impulso ao cumprimento de ordens de cortes internacionais pelo Estado colombiano.

Por conta desse método de seleção, a CCC proferiu um total de 28.753 sentenças desde 1992 até fevereiro de 2025. Em 2024, foram julgados 530 processos, o que representou uma queda 9,4% em relação ao ano anterior⁹⁴. Os números são significativamente inferiores àqueles computados no STF brasileiro, que desde o ano 2000 já exarou mais de 2,8 milhões de decisões, sendo 18,1% em demandas originárias e 81,9% em recursos⁹⁵.

O STF possui onze ministros. Todos os seus ministros integram o plenário do tribunal e, além disso, há duas turmas julgadoras, cada uma com cinco membros, já que o Presidente do STF delas não participa. Suas competências, definidas pela Constituição Federal, são bastante vastas e normalmente classificadas em três categorias: o STF atua enquanto Corte Constitucional ao realizar o controle de constitucionalidade em abstrato de normas e atos administrativos; atua como tribunal recursal ao julgar, em última instância, os recursos interpostos contra decisões dos demais tribunais do país; e exerce as funções de juízo criminal de primeira instância no julgamento de determinadas autoridades que têm foro no STF em razão do cargo que ocupam.

Normativamente, o STF não tem a possibilidade de escolher os casos a serem julgados, arquivando os demais. Contudo, fato é que o tribunal – em especial a partir da atuação da Presidência e dos respectivos relatores – tem ampla discricionariedade para decidir os processos que serão inseridos em pauta de julgamento, assim como aqueles cuja apreciação efetivamente levará a uma decisão final. Na prática, muitos

94 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Estatísticas da Corte Constitucional*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas>. Acesso em: 4 jun. 2025.

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Portal de decisões*. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/decisoas/decisoas.html>. Acesso em: 4 jun. 2025.

processos passam anos sem serem pautados, à espera “do momento oportuno” para julgamento, que é eventual e incerto⁹⁶.

Em outras hipóteses, o tribunal utiliza empecilhos procedimentais para avançar sobre o mérito das demandas submetidas à sua apreciação. Isso aconteceu, por exemplo, na ADPF nº 682, em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questionava novos pedidos de autorização para abertura de cursos jurídicos ou de expansão de vagas em instituições privadas durante o estado de calamidade pública provocado pela pandemia de coronavírus⁹⁷. Também foi o que se verificou na ADPF nº 786, na qual a Rede Sustentabilidade pedia ao tribunal que determinasse aos Poderes Executivo e Legislativo a elaboração, em seis meses, de proposta de reforma tributária⁹⁸.

Com o objetivo de acompanhar a elaboração e a implementação dos planos estruturais, o STF criou o Núcleo de Processos Estruturais Complexos (NUPEC), que integra a Assessoria de Apoio à Jurisdição (AAJ), com supervisão da Presidência. O NUPEC visa a apoiar os relatores e seus gabinetes, por meio da elaboração de pareceres sobre repercussão social e econômica, emissão de notas técnicas, participação em reuniões de mediação, composição das Salas de Monitoramento (inspiradas nas Salas Especiais de Seguimento, criadas pela CCC), e auxílio na construção de indicadores para monitoramento, avaliação e efetividade das medidas⁹⁹.

O NUPEC é composto por especialistas na área de políticas públicas: Carina Lellis Nicoll Simões Leite (Mestre e doutoranda em Direito Público); Guilherme Mendes Resende (PHD em economia); Marcelo Dias Varella (Doutor e Direito, com foco em análise e acompanhamento de políticas governamentais) e Matheus Casimiro Gomes Serafim (Doutor em Direito Público, com foco em jurisdição constitucional e processos estruturais)¹⁰⁰.

Atualmente, o NUPEC está responsável pelo acompanhamento de dezenove processos em trâmite no STF. Segundo o último relatório atualizado, o núcleo contribuiu com quatorze notas técnicas, vinte e quatro decisões estruturais/complexas e setenta e quatro audiências, visitas e reuniões técnicas¹⁰¹.

96 ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo: entre o direito e a política*. Rio de Janeiro: História Real, 2023, p. 153-199.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relator julga inviável ação contra abertura de novos cursos de Direito durante a pandemia*. Brasília, DF: STF, 15 maio 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443478&tip=UN>. Acesso em: 4 jun. 2025.

98 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação da Rede sobre elaboração de reforma tributária por Executivo e Legislativo é inviável*. Brasília, DF: STF, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460454&ori=1>. Acesso em: 4 jun. 2025.

99 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC*. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Atualizado em: 01 abr. 2024. Acessado em: 04 jun. 2025.

100 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC*. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Atualizado em: 01 abr. 2024. Acessado em: 04 jun. 2025.

101 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC*. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Atualizado em: 01 abr. 2024. Acessado em: 04 jun. 2025.

Ademais, para lidar com a complexidade, os obstáculos e a diversidade de interesses envolvidos nos processos estruturais, o STF estruturou o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (CESAL/STF), criado pela Resolução nº 790, de 22 de dezembro de 2022¹⁰². O CESAL/STF é integrado pelos Centro de Mediação e Conciliação (CMC/STF), Centro de Cooperação Judiciária (CCJ/STF) e Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CADEC/STF).

O CESAL/STF é coordenado por juiz auxiliar designado pela Presidência do STF e sob sua supervisão, com servidores e juízes indicados pelos Ministros para atuarem nos processos de suas relatorias encaminhados ao Centro. O seu objetivo é auxiliar a resolução de demandas estruturais e litígios complexos no âmbito do STF¹⁰³, por meio da identificação pormenorizada do problema estrutural, com indicação específica das medidas necessárias para seu enfrentamento, metas e prazos para cumprimento. Os resultados serão acompanhados a cada 6 (seis) meses, para decidir sobre conveniência e eficácia das ações e, sendo necessário, reformular a abordagem para tornar mais efetiva a proteção dos direitos.

4 CONCLUSÕES

O presente artigo buscou fixar algumas premissas metodológicas para os estudos que se propõem a fazer análise comparativa entre o monitoramento de processos estruturais na CCC e no STF. Para tanto, utilizou-se da abordagem sugerida por Ran Hirschl, com a adoção do “princípio dos casos mais semelhantes”, dadas as similitudes entre as realidades políticas, culturais e institucionais do Brasil e da Colômbia.

No estudo, foram levadas em consideração algumas possíveis justificativas para os aparentes êxitos do sistema de monitoramento de decisões estruturais delineado na CCC: (i) constitucionalização do direito e força normativa da constituição colombiana; (ii) estruturação de um Poder Judiciário independente e responsivo às demandas sociais; (iii) constatação de diversos problemas sociais complexos, como autoritarismo, desigualdades e violência, os quais resultam em litígios a serem resolvidos pela CCC; (iv) forma de Estado unitário, que simplifica a execução de política públicas; e (v) presença de Corte Constitucional com capacidade institucional para monitorar a implementação de suas decisões estruturais.

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução nº 790, de 22 dezembro de 2022*. Dispõe sobre a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do Supremo Tribunal Federal (CESAL/STF) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2024.

103 De acordo com o Parágrafo único, do art. 3º, da Resolução n. 790/2022, os processos qualificados como estruturais: “são aqueles voltados a reestruturar determinado estado de coisas constitucionalmente desconforme e os que exigem, para a concretização dos direitos correspondentes, técnicas especiais de efetivação processual e intervenções jurisdicionais diferenciadas.”

Feito o cotejo entre a experiência da Colômbia e do Brasil no que diz respeito a cada um desses fatores, notou-se que o Direito brasileiro também apresenta, como características, a constitucionalização do ordenamento jurídico, a força normativa da Constituição, a existência de Poder Judiciário independente e responsivo às questões sociais de larga complexidade. Porém, diferentemente da Colômbia, o Brasil é um Estado Federal, com múltiplos níveis de governo e várias instâncias de controle, o que pode dificultar a execução de políticas públicas e o seu efetivo monitoramento, inclusive no tocante àquelas que resultam de decisões judiciais.

Bem assim, de modo distinto quando comparado à CCC, o STF do Brasil não tem total discricionariedade em relação às matérias que serão submetidas ao seu julgamento. Ainda que haja um certo controle da pauta pela Presidência ou pelos integrantes do tribunal, o Direito brasileiro veda o *non liquet*, de maneira que não pode o STF escolher os casos que decidirá e arquivar os demais em definitivo.

Soma-se a isso o amplo rol de competências do STF, que atua como corte constitucional, como tribunal recursal e ainda como juízo de primeira instância no julgamento de certas autoridades. Com isso, embora existam iniciativas no âmbito do STF vocacionadas a aprimorar o monitoramento de decisões estruturais, parece institucionalmente inviável que a corte promova o acompanhamento dos acórdãos que exara nesse tipo de demanda sem o auxílio técnico de outros órgãos, inclusive estranhos à esfera do Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.
- ARANGO RESTREPO, Ana Catalina. Mutaciones del presidencialismo. La transformación del poder presidencial en Colombia (1974-2018). *Estudios constitucionales*, v. 17, n. 2, p. 91-120, 2019.
- ARGUELHES, Diego W.; LIMA, Rafael B de. Brazil: from restraint to preemption? In: KLATT, Matthias (ed.). *Constitutionally Conforming Interpretation – Comparative Perspectives*. Volume I: National Reports. New York: Bloomsbury Publishing, p. 226-245, 2023.
- ARGUELHES, Diego Werneck et al. “They don’t let us speak”: Gender, collegiality, and interruptions in deliberations in the Brazilian Supreme Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 21, n. 1, p. 174-207, 2024.
- ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo: entre o direito e a política*. Rio de Janeiro: História Real, 2023.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Themis: revista da ESMEC*, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2006.
- BELL JR, Derrick A. Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma. *Harvard Law Review*, p. 518-533, 1980.
- BERNSTEIN, Barton J. Plessy v. Ferguson: Conservative sociological jurisprudence. *The Journal of Negro History*, v. 48, n. 3, p. 196-205, 1963.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação da Rede sobre elaboração de reforma tributária por Executivo e Legislativo é inviável*. Brasília, DF: STF, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460454&ori=1>. Acesso em: 4 jun. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Homologação em Processo Estrutural na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 12 dez. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15373531869&ext=.pdf>. Acesso em 13 fev. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC*. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Atualizado em: 01 abr. 2024. Acessado em: 04 jun. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Portal de decisões*. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/decisoes/decisoes.html>. Acesso em: 4 jun. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relator julga inviável ação contra abertura de novos cursos de Direito durante a pandemia*. Brasília, DF: STF, 15 maio 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443478&tip=UN>. Acesso em: 4 jun. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução nº 790, de 22 dezembro de 2022*. Dispõe sobre a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do Supremo Tribunal Federal (CE-SAL/STF) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2024.
- CABRAL, Antonio do Passo. Delegação de competência no processo estrutural. *Suprema: revista de estudos constitucionais*. Brasília, v. 4, n. 1, p. 123-167, jan./jun. 2024.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; BARRETO, Williem da Silva. Populismo, confusão de poderes e manipulação midiática: a democracia política sob ataque. *Sequência* (Florianópolis), v. 44, n. 93, p. e93166, 2023.
- CEPEDA-ESPINOSA, M. J. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. 4, p. 529–700, 2004.
- CESAR, Rodríguez Garavito; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Auto 411 de 2015*. Bogotá: Corte Constitucional, 2015. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/a411-15.htm>. Acesso em: 11 maio 2025.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Auto 92A de 2020*. Bogotá: Corte Constitucional, 2020. Disponível em: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/3006721/27858501/25.+Auto+92A+de+2020.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Estatísticas da Corte Constitucional*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas>. Acesso em: 4 jun. 2025.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. ¿Qué son las salas de seguimiento de la Corte Constitucional? Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XGCrYODiM8>. Acesso em: 11 maio 2025.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. Organigrama e informacion general de las dependências. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/transparencia/Organigrama%20e%20informacion%20general%20de%20las%20dependencias.php>. Acesso em 24 jun. 2024.
- DA CUNHA JR, Dirley. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, v. 26, n. 28, 2016.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 173-180, 2005.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2021.
- DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram?. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 12, 2018.
- DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Federalism, the Principle of Solidarity and the Third Stage in the Division of Competences. In: *Solidarity in International Law*. Routledge, 2022.
- DE CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2021.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Processo estrutural e justiça multiportas. *Suprema: revista de estudos constitucionais*. Brasília, v.4, n.2, p. 419-452, jul./dez. 2024
- DUARTE, Guilherme Jardim. *Independência de jure e de facto de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais: um estudo comparado*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.
- ENGELMANN, Fabiano; BANDEIRA, Júlia Veiga Vieira Mâncio. A construção da autonomia política do Judiciário na América Latina: um estudo comparado entre Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. *Dados*, v. 60, p. 903-936, 2017.
- FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas « Cortes » Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, v. 9, p. 23-45, 2013.

- FLÓREZ, V. d. La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia. *Revista Pensamiento Americano*, p. 65-69, 2009.
- FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo Latinoamericano. *Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral*, v. 48, n. 1, p. 169-174, 2015.
- GIL, Ricardo Zuluaga. Historia del constitucionalismo en Colombia. Una introducción. *Estudios de derecho*, v. 71, n. 157, p. 99-129, 2014.
- GIMÉNEZ, Francisca Pou et al. Comparative Landscapes of Gender and Constitutionalism in Latin America. In: *Women, Gender, and Constitutionalism in Latin America*. Routledge, 2024.
- GOODMAN, Walter. *Brown V. Board of Education: Uneven Results 30 Years Later*. New York Times, Nova York, 17 de maio de 1984. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1984/05/17/us/brown-v-board-of-education-uneven-results-30-years-later.html>. Acesso em 23 jun. 2024.
- HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Constitutional Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LEGRAND, Pierre. *Como ler o Direito estrangeiro*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LOZANO, Luisa Fernanda García. Los autos de seguimiento de la Corte Constitucional: ¿La Constitución de un imaginario simbólico de justicia por parte de la Corte?. *Análisis Político*, v. 27, n. 82, p. 149-166, 2014.
- MANRIQUE, Wilson Yesid Suárez. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, v. 63, n. 129, p. 317-351, 2014.
- MEDINA, Amylkar D. Acosta. Colombia: Escenario de las desigualdades. *Tendencias*, v. 14, n. 1, p. 9-35, 2013.
- MEYER, Emílio Peluso Neder. Constitucionalismo iliberal. *Rev. Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2595-2622, 2022.
- PATÍÑO, Néstor Osuna. *Veinte Años de Sentencias Estructurales en Colombia*. In: Justicia constitucional y derechos fundamentales: diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina. Editores: Víctor Bazán e Marie-Christine Fuchs. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica Calle: Bogotá, 2011.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: Transformações no Diagnóstico das Violações à Constituição. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 272-314, set.-dez., 2019.

- PERJU, Vlad F. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: RODENFELD, M.; SAJO, A. (eds.) *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- POVEDA, Alexander Cotte. *Crecimiento, desigualdad y pobreza: un análisis de la violencia en Colombia*. Centro de Investigaciones en Violencia, Instituciones y Desarrollo Económico (VIDE), 2006.
- RECONDO, Felipe. *Tanques e togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *O tribunal: como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2023.
- RESTREPO, Néstor Julián. La judicialización de la política: El papel de la corte constitucional en Colombia. In: *Forum. Revista Departamento de Ciencia Política*. Vol. 2, nº 6, 2014.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- SANTOS, Cristian Patric de Sousa. *Cortes Constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias: propostas de abertura da jurisdição constitucional concentrada brasileira a partir da experiência colombiana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- SANTOS, Yago Nunes dos; DIAS, Isabela Santos; BARREIROS NETO, Jaime. Decisões progressistas e backlash: reações conservadoras ao reconhecimento judicial do direito de união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e na Colômbia. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 13, n. 1, p. 66-84, 2020.
- SANTOS, Yago Nunes dos. *Veto jurídico e diálogos institucionais: propostas para aprimorar o sistema brasileiro a partir da experiência colombiana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. *Revista da EMERJ*, v. 20, p. 296-318, 2018.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019.
- SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e políticas públicas*. Brasília: Enap. 2018.
- SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, n. 129, p. 319-354, 2014.
- SUNDFIELD, Carlos Ari. *Como tornar o controle eficiente? Definindo os limites do papel do Ministério Público e dos Tribunais de Contas*. In *Reforma do Estado Brasileiro*. GIAMBIA-GI, Fabio; FERREIRA, Sergio; e AMBRÓZIO, Antônio Marcos. São Paulo, GEN Atlas, 2020.
- TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2014.
- UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. *Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia*. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

- VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a Defesa da Democracia no Brasil. *Journal of Democracy em Português*, v. 12, n. 1, 2023.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.
- VILLEGAS, Germán Lozano; ESTRADA, Alexei Julio. Los derechos políticos de las personas trans y las personas no binarias en la jurisprudencia: de la Corte Constitucional colombiana y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 130, p. 315-330, 2024.
- VITORELLI, Edilson. Uma pauta de atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: por que, quando e como?. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*. Brasília, v. 4, n. 1, p. 253–297, 2024.
- YEPES, Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 4, p. 52-69, 2007.