



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**

Electronic Law Review in the field of Procedural Law

<http://www.civilprocedurereview.com>

Vol.5 – N°1 – jan./apr. 2014



Summary

Vol.5 – N°1 – jan./apr. 2014

**JUDGMENTS BASED ON DISOBEDIENCE (NON-COMPLIANCE) AND DUE TO ABSENCE IN
CONTESTED PROCEDURE ACCORDING TO LEGISLATION OF KOSOVO**

RRUSTEM QEHAJA AND BASHKIM PRETENI p.3

**PUBLIC INTEREST LITIGATION AND CO-PARTICIPATIVE JUDICIAL ENFORCEMENT OF
PUBLIC POLICIES**

DIERLE NUNES, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR AND ALEXANDRE BAHIA p.20

**PROCESO Y SUJETOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD: INSTRUMENTALIDAD
SUBJETIVA DEL PROCESO (LEGAL PROCEDURE AND INDIVIDUALS IN SITUATION OF
VULNERABILITY: SUBJECTIVE INSTRUMENTALITY IN THE LEGAL PROCEDURE)**

MARÍA VICTORIA MOSMANN p.59

**LA GIURISDIZIONE NELLE CAUSE TRA CONIUGI SECONDO LA NORMATIVA EUROPEA
(JURISDICTION IN MATRIMONIAL MATTERS ACCORDING TO EUROPEAN LEGISLATION)**

SALVATORE ZIINO p.71

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL – ATUALIDADE E TENDÊNCIAS
(BRAZILIAN CLASS ACTIONS – TOPICALITY AND TRENDS)**

JOSÉ MARIA TESHEINER p.122

**A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM EXECUÇÕES FISCAIS E O CASO DO GRUPO ECONÔMICO
CIPLA (JUDICIAL INTERVENTION IN TAX FORECLOSURES AND THE CASE OF THE GRUPO
ECONÔMICO CIPLA)**

ELOI PETHECHUST AND OKSANDRO OSDIVAL GONÇALVES p.138



Judgments based on disobedience (non-compliance) and due to absence in contested procedure according to legislation of Kosovo

Rrustem Qehaja

Professor of Civil Procedural Law at University of Prishtina. PhD.

and

Bashkim Preteni

PhD Student. Lecture of Civil Law and Commercial Law at European College “Juridica”

Abstract: This paper analyses judgments of disobedience (non-compliance) and due to absence in contested procedure according to the legislation in Kosovo. The authors in this paper, a special importance have given to the legal regulation of these judgments, the differences and similarities between them, exception from taking these judgments, and specifications for the exercise of remedies against these judgments. These categories will be discussed also based to the legal practice and legal doctrine.

Keywords: Civil Procedure; Contested civil procedure; Judgment based on disobedience (non-compliance); Judgment due to absence; Law for Contested Procedure in the Republic of Kosovo.

1. Introduction

In general, the civil law is divided into substantive and procedural law. This division applies also to civil law in the Republic of Kosovo, where we have civil law and civil procedure law. But, the civil procedure law is divided into contested procedural law, noncontested procedural law and enforcement procedural law.¹ The substantive and procedural law is closely

¹ This distinction exists in Kosovo legislation, and there are three special laws: law on contested procedure, law on noncontested procedure and law on enforcement procedure



linked to each other and is supplementary between them and neither can attain its goals and objectives separately from each other.

The civil procedural law is part of the positive law that includes the legal rules under which becomes protection and realization of subjective rights² which arise from civil-legal relations, while civil procedure is a way or method to perform the actions that are the subjects of a judgement in civil issue.³

In civil procedure, respectively in contested civil procedure a very important place is for court decisions.⁴ LCP⁵ LCP provides that decisions of the court in contested procedure are given in the form of the judgment and ruling.⁶ The court decides on the claim by judgment while on the contentious procedure on obstruction to possession by a ruling. In the procedure for issuance of order payment the ruling is issued in the form of order payment. The decision rendered by the court on all other issues is in the form of ruling. The decision on the procedural expenses that is included in the judgment is considered a ruling.

Important for the reader of this paper is the form of judgments, so under the provisions of the LCP, the judgments in civil contested procedure mentioned above can be of different types depending on the factual and legal circumstances of concrete cases:

- a). Partial judgment;
- b). Judgment based on confirmation;
- c). Judgment based on withdrawal from the claim;
- d). Judgment based on disobedience (non-compliance);
- e). Judgment due to absence;

² According to Professor Francesco Galgano, in his book "private law" published in 1992 and translated in Albanian from "LUARASI", Tirana 2006, subjective law is defined as a subjective interest protected by the objective law.

³ Faik Brestovci, *e drejta procedurale civile*, Pishtinë 2006, f. 9.

⁴ Profesor Faik Brestovci, në librin e tij *e drejta procedurale civile*, e botuar në vitin 2006 në Prishtinë, në faqe 23, shkruan: Me aktgjykim gjykata vendos për themeltësinë e kërkesëpadi së e cila është objekt i gjykimit dhe e cila konsiston në kërkesëpadi që parashtrohet me padi apo kundërpadi.

⁵ LCP means Law on Contested Procedure and it will be written hereafter.

⁶ Ligji për Procedurën Kontestimore, 2008, neni 142.



f). Decision without a hearing of the case.⁷

Judgment of points (d) and (e), have a particular importance to the reader and all actors of civil legal system because represent innovation in LCP and find no enough expression in practice.⁸ These types of judgments will be treated fairly thorough in following explications.

2. Notion

The primary purpose of every judge in civil procedure should be merits placing for issue in legal contested between plaintiffs and defendants. In order to achieve such a goal should be undertaken a series of procedural and material actions by the parties (plaintiff and defendant) and the court with her role "*dominis litis*" - master of the process, managing of judicial process at subjective procedural subjects in the contested procedure. Court, the contested issue can end up with a court order, diponibile actions to any party and occurring relevant events outside the procedure. Depending on the actions of the litigants, may take one of the decisions in the form of judgments, rulling or court settlement⁹ and with these to decide in the merited way for particular issue of civil legal of contested nature that some depend on the will of either party eg.renounce, renounce from the claim that the plaintiff depend on, whereas the affirmation of the indictment by the defendant, until the court settlement by both parties litigant plaintiff and the defendant.

However, court in some cases, despite the willingness of litigants is forced to decide in merits way through the judgment which may be different. Legislation has provided some of the judgments, but we will treat two of them:

2.1. Judgment based on disobedience (non-compliance);

2.2. Judgment due to absence.

⁷ Ligji për Procedurën Kontestimore, 2008, neni 146, pika a, b, c, d, e, f.

⁸ Autorët e këtij punimi kanë kontaktuar me disa gjykata themelore në Kosovë për të parë dhe marrë ndonjë aktgjykim për shkak të padëgjushmërisë (mosbindjes) dhe mungesës të nxjerrur në procedurën kontestimore. Fatkeqësisht, këto gjykata nuk kanë faqe elektronike (Web-site) ku i publikojnë vendimet e tyre. Megjithatë, autorët kanë arritur ta gjejnë në arkiven e Gjykatës së Qarkut në Mitrovicë një aktgjykim për shkak të mos bindjes (padëgjushmërisë), me numër C.nr139/09, me anë të të cilit Gjykata Komunale e obligon të paditurin ta paguaj borxhin e telefonisë fikse në vlerë prej 129.62 eurove edhe përkundër faktit se i padituri nuk ka ushtruar përgjigje në padi.

⁹ Ligji për Procedurën Kontestimore, 2008, neni 415.



2.1. Judgment based on disobedience (non-compliance)

According to the provisions of the LCP¹⁰ this judgment is new compared to the previous law, which was implemented in Kosovo and it presents a new challenge for theory and judicial practice. Judgment based on disobedience (non-compliance) is one type of judgment which basing on provisions of Kosovo LCP come under consideration if the defendant, within the period prescribed by law, does not present the reply for the claim in the court,¹¹ so the judge gives the judgment by which approves the request for the claim if the following conditions are fulfilled in cumulative way:¹²

a) if the claim and summons to reply to claim has been appropriately served to the defendant;

b) if the claim is founded on the evidence provided in the claim;

c) if the facts that support the claim are not in contradiction with the evidence from the claimant or widely known evidence.

Regarding the first condition and analyzing the intention in the context of the time of entry into force of LCP (2008), in judicial practice can be noticed an innovation and dual implementation of articles 394-399 of LCP. In compare with LCP of the year 1977, where the answer to the claim in writing form was not compulsory, with provisions of the LCP of year 2008, such a thing for the defendant is compulsory and it must be done within the legal deadline of 15 days excluding 7 days when it comes to the nature of economic disputes, and work dispute.¹³ Seeing from the context of judicial practice of this, there are resulting for interesting comparisons that how our courts in Kosovo in different regions in the context of the implementation of the provisions related to responding to the claim for the designation of the document sent to the respondent to answer in the indictment have used different names like

¹⁰ Ibid, neni 150.

¹¹ Rustem Qehaja "Përgjigja në padi" E drejta nr.2/2011, Prishtinë, 2011, fq.35-45.

¹² Vendimi I Gjykates së Qarkut në Cacak-Serbi Gz 1321/06 nga dt. 20.09.2006 lidhur me plotësimin komulativ të kushteve për dhënien e aktgjykimit për shkak të padegjueshmerisë.

¹³ Vukasin Ristic&Milos Ristic "Praktikum za parnicu", Beograd 2000 fq 150-151



"call" under article 150, paragraph 1, under point "a" at LCP, "Notification" respectively "Rulling", as it should have been.

The court will decide regarding taking this judgment only after the preliminary hearing is done for the cause made by the plaintiff, which paves the way for court action that the lawsuit is sent to the respondent for answer in the indictment within the statutory deadline. Delivery date of the cause, the plaintiff along with other additional documents consist an important moment be indictment in procedural aspect from this time arises dependency court – litispence¹⁴, respectively from the date of filing of the lawsuit plaintiffs and he in this case should be announced with claims of the plaintiff and of course by this time starts to flow even the deadline for responding to the indictment, so basing on this and other continuous reasons is of great importance for the court to know the exact date they receipted the cause by the defendant which usually verified through the return paper. Judicial practice from 2008 onwards has shown that our courts have dealt in a non-unique way and that some of the courts that have sent the lawsuit along with the invitation for the first preparatory session without consideration the first 7 days respectively within 15 days for a written response in indictment, then by not respecting the 30 days after receiving the written response from the respondent to send the invitation for the first preparatory session which under the provisions of the LCP should be sent at least 7 days before the court session will be hold.¹⁵

Court after having received the answer to the claim, must send a copy of it to the plaintiff and these operations must be performed within a period of 30 days under the LCP, with the possibility that if from the answer of the indictment will result an affirmative from assertion of the defendant and if the other conditions prescribed by the provisions of the LCP, the court will decide the judge based on affirmation.¹⁶ From the view of court practice are also

¹⁴ Ligji për Procedurën Kontestimore, 2008, neni 262

¹⁵ Gjykata Komunale ne Podujeve C.nr. 351/09, C.nr. 613/09, Gjykata Komunale ne Kline C.nr. 278/10, Gjykata Komunale ne Viti C.nr.32/10 ne te cilat raste bashkeautori I pare ka qene pale ne procedure sipas autorizimit dhe ka verejtur nje varg shkeljesh nga gjykatat ne zbatimin e LPK ne fuqi lidhur me dergimin e padise per pergjigje ne padi, ftesat per séance duke mos respektuar afatet, ne disa raste raste eshte derguar ftesa duke mos respektuar aftin ligjor, ne disa raste eshte derguar Akvendimi per pergjigje ne padi, ndersa vete padia me shkresa tjera percjellese ka munguar etj.

¹⁶ Ligji për Procedurën Kontestimore, neni 148.



noted such cases where the courts have sent invitation only to certain judicial session by passing on sending the indictment, and the moreover by not giving the defendant a legal opportunity to answer in the indictment and thus by putting the same one in an unequal position compared with the opposite party the act or unact this one that send in violation of basic principles of contested civil procedure relating to equality of litigants. From the provisions of LCP especially article 150, paragraph 1 under "a" results: "... regular delivery of the claim and let's better call it a ruling to answer in the claim". In theory even though these kind of actions may seem simple and without any complication, our court practice has shown the opposite since our courts are facing with significant difficulty associated with submission paper of different papers, because of double labels settlements, addresses, change of them, and all this situation as a result of the events of year 1999, the population of new settlements, the creation the new unurbanized neighborhoods etc. those circumstances which have a common denominator "difficulty" of work of the court in implementation of the law respectively processing of case. Also, may happen that an unauthorized person to receive the letter which is sent by the court, or the same to annihilate etc. and in such cases although the signed receipt will send back to the court by the same recipient, it is unable to know exactly if the paper is received by the party to which it is addressed or to any ruthless, this thing is valid even if the spouse of the claimant accepts the invitation, but does not sign the same one a kind of case which should be evidenced in court.¹⁷

Therefore, the satisfactory fulfillment of this statutory requirement for obtaining a judgment on disobedience remains a challenge for our courts and wider, and this should be taken with large reserves to be considered as fulfillment of the required condition for obtaining a judgment of this nature. According to the article 150.1 under "b" that courts take this kind of judgment, it is required to be fulfilled another condition, such as: "*if the claim is founded on the evidence provided in the claim*", in relation to this it should be emphasized that the plaintiff through his indictment, his claims should argue with concrete evidence from which claim based

¹⁷ Vendim i Gjykatës së Qarkut në Nis-Serbi Gz.nr. 1256/06 nga dt. 15.05.2006 sipas të cilit është prishur aktgjykimi I gjykates së shkalles së parë për shkak të konstatimit se ftesa për seancë i është dhënë bashkëshortes të paditurit, por e njehta nuk e ka nënshkruar ndërsa dorezuesi në menyre të njënshme ka konstatuar në fletekthes një gjë të tillë gjë qe nuk argumenton faktin e nxjerresjes së aktgjykimit për shkak të padegjueshmerise apo mosbindjes.



on substantive and procedural provisions that in the same time constitute the proposing that what kind of judgment the court must take regarding the certain contested issue alleged by plaintiff for recognition, verification or change of legal status.¹⁸ Depending on how much the plaintiff in his indictment arrives or not to make his claims based and argued, the court by precious this reliability in legal-material and legal-procedure provisions may decide with a decision to refuse to the claim as unfounded or judgment because of disobedience. This kind of judgment is based on the presumption of plaintiff and cannot compare the particular content of his reasoning to other merited types of judgments except with the judgment because of the absence of which has significant similarities.

According article 150, paragraph 1 under the 'c' in order the court to get this kind of judgment is required to be filled following condition: *"if the facts that support the claim are not in contradiction with the evidence from the claimant or widely known evidence"*. For the fulfillment of this condition, prior the court must analyze plaintiff request on the claim and compare the facts and proposed proves by the same one if there is any contradictions between them,¹⁹ because although for the phase we are talking about these facts are only assumptions until there are not opposite argues. So, not surprisingly the legislator has foreseen "respond to the claim" on the basis of which the defendant may rebut the plaintiff alleged facts through arguments with concrete evidence. While, According to the article 150, paragraph 2 is fixed up the "negative" aspect, respectively conditions when the court cannot take judgment because of the disobedience despite fulfillment of the above conditions and that in cases where the court finds that it is for the request which the parties have no right to dispose freely under Article 3, paragraph 3 of the LCP.²⁰ In this context it should be emphasized that the legislator has created the possibility that contentious issue between the claimants to finish in mediation or proceeding in the court for which the judge shall inform the parties as his official duty with such

¹⁸ F. Brestovci, vep e cit, fq 153.

¹⁹ Aktgjykimi Gjykata e Qarkut Beograd Gz I 6137/07 nga dt 19.12.2007 sipas te cilit ester konstatuar shkelje me rastin e zbatimit te gabuar te drejtes materiale lidhur me konstatimin e numerit te pikeve per te punesuarit lidhur me realizimin e te drejtes banesore.

²⁰ Ligji për Procedurën Kontestimore, neni 3.3 permbane: "Gjykata nuk do ti miratoje disponimet e paleve qe jane ne kundërshtim me: a) rendin juridik, b) dispozitat ligjore dhe c) rregullat e moralit publik".



a proposal in order to implement the principle of availability, but the court will not approve the litigants if the same are inconsistent with: a). Legal order, b). Legal provisions and c). Moral public rules.

According to the article 152, paragraph 3, is given the opportunity to delay court setting of this kind of judgment if the same one needs clarifying the circumstances in paragraph 2 and to take proper notice, in cases where the court has no need for this and it is about deposits with which parties cannot deposit freely. Respectively, actions of the parties get in contrary to Section 3.3, so the court cannot decide with judgement because of the disobedience.

Deferrals of making this kind of judgment that can be done even in cases where there are doubts about sending in a regular way of the cause to the defendant for the responses in the cause in accordance with the provisions of the LCP, although the law has not provided deadlines associated with this circumstance, we consider that for verification of this circumstance would be enough that the court to postpone the merit decision on 30 days respectively 6 months, depending on whether the party is inside or outside the territory of the state as it is regulated in the legislation of other countries.²¹ Furthermore, according to the article 150, paragraph 4, results that the judgment based on disobedience cannot be obtained by court side *"...If the claim based on the facts presented is considered unfounded, the court will initiate a preparatory hearing and if during that proceeding the claimant does not change the claim, the court renders a decision by which the claim is refused"*.

These cases in court practice are linked to the issue of the contested nature between plaintiffs and defendants where the first one cannot argue in legal-formal aspect, legal relationship which *"de facto"* existed, but *"de iure"* missing arguments. Usually in such situations the plaintiff alleges that the defendant owed a certain amount of money in the name of realizing sales, while the defendant through reply in cause argues the opposite that there is no passive identification and liability between them had never any written contract.

Therefore, in order to respect the principle of the contradictions court must appoint the first preparatory session to hear the claims of litigants and if the plaintiff does not change the

²¹ Sluzbeni glasnik RS nr. 72/2011.



cause, the court will take a judgment which rejects the plaintiff's claim therefore will not decide with judgment because of the disobedience even if the defendant does not attend the session because he through reply in the cause has submitted his opinion. Regarding this, there are two important issues to be raised for discussion: first, if the defendant arrives in the courtroom just before the end of session, means late and the second one is if the defendant before the end of session issues with vetinciativ courtroom. In the first case we consider that the delay of the defendant can be interpreted as the same would have come with time, while in the second case would have to be implemented provisions for non-compliance of the court.²²

Based to the article 150, paragraph 5 is regulated the issue that has to do with that: "*the appeal against decision of the court which rejects the proposal of the claimant for contumacious decision shall not be permitted*". Regarding with this, also arises the issue if the judgment based of the disobedience should be taken by the court according to the official duty or there should be any proposal of the plaintiff? Regarding with allowing the appeal consider that with filling-changing that should be made in LCP, however the right to appeal should be known to the dissatisfied parties because of substantial violation of disposition of LCP and erroneous application of material law, while judgment in cases such cannot be attacked because of an erroneous conclusion and because of incomplete facts of state. According court practices in Kosovo are observed irregularity,²³ although our courts hesitate to take this kind of judgment, while in the region otherwise is different.²⁴

Currently there is a legal way that if the court decides with a judgment based on the disobedience to the unsatisfied party which is usually the respondent through return to the previous state (*restitutio in integrum*), to require the realization of the right within the legal set deadlines, but in this case should given in consideration the date of receipt of the judgment because in some cases the court gives the clause of the omnipotence at the expiration of the

²² Ligji për Procedurën Kontestimore, 2008, neni 288-295.

²³ Gjykata Komunale e Gjakoves lidhur me aktykimin C.nr. 231/10, në permabjtje të këshilles juridike i njuh palës së paknaqur të drejtën e ankeses kundër aktygjkimit per shkak te mosbindjes, e që përben shkelle te nenit 150, paragrafit 5 te LPK-së.

²⁴ Aktygjkimi i Gjykates Themelore në Doboj Bosna Hercegovina dhe Republika Srpska nr. 85 0 P 006064 09 P dt. 30.11.2009, ne keshillen juridike e udhezon palen e paknaqur ne te drejten e propozimit per kthimin ne gjendjen e meparshme ne pajtim me LPK te BH dhe RS.



deadline given to submission of proposal for return into previous situation, while some courts bind the date of omnipotence relates with the date of receipt of the judgment. Some authors are of the opinion that against judgment we are talking about can also be used extraordinary legal remedy repetition of the procedure.²⁵

According to the article 150, paragraph 6, the court may take a judgment based on the disobedience without listening litigants in cases where it is necessary to postpone the judgment due to the receipt of additional information regarding the issue.²⁶ This issue does not mean that the court will take a judgment based on the disobedience in cases where it is verified that it is about the party dispositions in contrary with the rules of public morality or whether it is determined that the respondent is invited to the session in irregularly way. In the first case the court will take a judgment which would reject the plaintiff's cause as baseless, while in the second case we consider that the court should not take a judgment because of the disobedience, but must repeat the action of sending the decision to response for the cause.

The court may defer making a judgment because of the disobedience even in cases where it determines that there are deficiencies in procedural regarding with the representation by proxy, postulates-procedural ingenuity etc. and if these deficiencies will be avoid then opens the way for merit placement with judgment because of the disobedience, or otherwise the court should take a judgment which denied the cause.

2.1. Judgement based on absence

According to the legal provisions of LPK for Kosovo²⁷, along judgment because of disobedience is regulated due to absence of judgment which unlike the first one does not present any particular innovation because that was recognized by the LCP of year 1977. If we compare these two types of judgments we will notice many similarities, so in this part we will focus only in distinguishing paragraphs

²⁵ Marija Salma "Presuda zbog izostanka", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nr. 2/2012 fq. 154

²⁶ Jozo Cizmic "Presuda zbog ogluhe-nova presuda u Hrvatskom parnicnom postupku" Artikulli eshte publikuar ne HPR 2003/9 dhe Inf Novi 2003/5168.

²⁷ Ligji për Procedurën Kontestimore, 208, neni 151.



Based on article 151, paragraph 1, is noted that: *When the charge is not sent for answer, but it is sent only together with the invitation for the preparation session, and he doesn't come for the session until it's finished, or in the first session for the main elaboration, if the timing for the preliminary session was not determined, the court with proposal from the plaintiff or in accordance with the official task issues a decision by which it approves the claim charge (decision due to the absence) if these conditions are met:*

- a) if the accused was invited regularly to the session;*
- b) if the accused never contested the request for charges through a preliminary pre-note if the charged party didn't oppose it;*
- c) if the depth of the request for charges is based on the facts shown in the charge;*
- d) if the facts on which the charges are based are not contradictory to the existing proofs presented by the plaintiff or other facts known worldwide;*
- e) if there are no circumstantial notes from which it can be determined that the charged party was stopped due to justified reasons not to attend the session.*

Issuing this judgement, when the provided conditions by law are provided, based on the assumption that the defendant by standing passively accepts as accurate the facts presented in the indictment. This judgment won't treat as punishment against the defendant, but as a result of access to the object of judgment specifically. In science is expressed the opinion based on it the term "judgment due to absence" is not completely appropriate. According to him, taking into consideration all the conditions under which it is given, the most appropriate term will be "judgment because of release-inaction." Judgment due to absence is also called "contumacious" (from lat. Contumax, stubborn, disobedient).²⁸

To give a judgement because of absence must be filled, expect procedural presumptions that must be filled for the granting of any special judgment even these special procedural and substantive assumptions. One of these assumptions constitutes the regular call of the respondent for the session. It is considered that the call is regular if the respondent together

²⁸ F. Brestovci "E drejta procedurale civile II", Prishtine, 2006, fq 36



with the invitation is delivered the cause; if calling letter contains a warning about the consequences of not attending the session; if calling letter was sent to the defendant at least seven days before the session. In order to verify the circumstances, the court may postpone the granting of the judgment due to absence according to what is emphasized for judgment because of disobedience.

If we compare the conditions that must be fulfilled for receiving the judgment due to absence and article 400, paragraph 1 and 4 of the LCP results that the court after receiving the response to the cause in principle announce preparatory session respectively after crossing to the deadline of 30 days from receipt of the response to the cause. The court is obliged upon the submission of the complaint to the respondent through the same decision to declare for the legal consequences. Therefore, the arised question will be if the provisions of LCP related with legal obligation in cause as preliminary action, before sending the inviting for a court session on one side, and on the other fusion-union, these two operations in a single action, presents harmony or disharmony-contradictions between articles 394 and 400 on one side, and article 150, paragraph 1, point "a" on the other.²⁹

3. Similarities and Differences

The common thing to both types of judgment is what the court will decide on one of these two types of judgment only if the defendant has not challenged the plaintiff's cause. Verdict due to be taken by the disobedience of court if the respondent within the prescribed period will not deliver reply for cause in writing in accordance with the legal provisions of the LCP, while due to absence, judgment will be taken by the court in when together with lawsuit plaintiff was served the summons in the preparatory session of respondent lacks the preparatory session or at the first session for the main examination preparatory session if it is not maintained at all and the defendant does not contest the claim and proposes the issuing of

²⁹ Shih praktiken gjyqesore të ndjekur nga Gjykata Themelore ne Prizren dega Dragash C.nr. 67/2013, ku gjykata pales se paditur i dergon padine per pergjigje ne padi se bashku me ftesen per séance pergatitore duke mos respektuar afatin ligjor prej 15 dite per pergjigje ne padi dhe afatin prej 30 dite pas pranimit te pergjigjes ne padi per caktimin e séances, ku ne kete rast bashkautorit I pare ka qene I nderlidhur si pale sipas autorizimit.



this judgment.³⁰ For the judgment due to lack is important neglects the court by defendants in the context of mospjesmarrjes at the hearing, while the verdict because of dissatisfaction with the court neglects important in the context of prashtrimit not reply to the charge in writing and within the legally defined. The same applies to cases where the answer to the claim submitted in written form, but the same has substantial shortcomings of the causes of which the court cannot proceed and act similar in these cases as well as the filing of a lawsuit where the defendant given a fixed term of court to avoid the shortcomings in an answer to a lawsuit if the same is incomprehensible or incomplete for the purpose of removing such deficiencies.³¹ The content of some legislations resulting application of double standards regarding "claim" and "respond to the claim" in terms of providing access for removal of deficiencies when we ehte answer questions in a lawsuit, so if the latter has the meat shall be deemed not been served at all.³²

This treatment is not equal between the plaintiffs and defendants and it is considered that constitutes a violation of the principle of equality of parties in contested procedure and the implementation of double standards for parties. In the context of the kinds of judgments that we have focused on one hand, and on the other hand, if we compare systems that recognize only the kind of judgment because of disobedience, to the same one we find the elements of judgment due to absence such is the case when the defendant not take part in certain preparatory session for review of proposals related with the main session.³³

The common thing of both types of judgments is that the defendant should be invited on a regular way. The legal basis of the cause must be brought by the facts presented in the content of the cause. The facts shown in the cause cannot be contrary to the evidence or facts known globally. Also it is necessary not to talk for the circumstances known by all others that have hindered the participation of the defendant in the court session.

³⁰F. Brestovci vep e cit fq 35.

³¹Ligji për Procedurën Kontestimore, 2008, neni 397.

³²M. Salma vep e cit fq. 144

³³Rechberger Simotta, Zivilprozessrecht, 8ten 2003 fq. 389



None of these judgments cannot be taken if it is about disposal with which parties cannot freely dispose and that conflicts with the legal order, legal provisions and public morality rules. Both judgments have a common purpose and it is the principle of efficiency of contested procedure and combined discipline with the principles of formal truth.³⁴

In some systems for making the judgment because of disobedience it is necessary proposing the plaintiff as there was the case in the former Yugoslavia and some other countries³⁵, but there are also other system that this initiative besides plaintiff have left in the competence even of the court that under official duty to decide on this³⁶.

These two kinds of judgements are so similar, as much as some authors commenting upon the provisions of the Code of Civil Procedures in the part that pertains to these judgments refrain from commenting on the above-mentioned two kinds of judgments³⁷ by focusing only on one of them.

4. Conclusion

Courts in the Republic of Kosovo should draw as much judgements based on disobedience (non-compliance) and absence when the provided conditions by the legislation in force are fulfilled, because through these judgements protect the civil subjective rights of the citizens in civil legal relations. No way, this should not be understood that with these judgments violate these rights and freedoms for a fair court session.

Courts during deciding for these two judgements must unify procedures since the beginning until the final decision.

Judicial Council in coordination with the Judicial Institute should organize emphasized trainings with judges of civil field respectively with these kinds of judgments in order to eliminate final dilemmas for extracting these judgements.

³⁴ Sanja Sremcev "Presuda zbog izostanka po novom zakonu o pranicnom postupku", zbog izostanka dt. 24/01/2014.

³⁵ Ligji për Procedurën Kontestimore i RSFJ-se I vitit 1977 dhe ai I Maqedonise.

³⁶ Ligji për Procedurën Kontestimore I Kroacise, neni 332.

³⁷ Iset Morina&Selim Nikçi "Komentar i Ligji per proceduren kontestimore", Prishtine 2012 fq. 316



Bibliography

1. Basic Court of Doboj, Bosnia Hercegovina, *Judgement Nu. 85 O P 00606409*, 2009.
2. Basic Court of Prizren, Branch of Dragash, Kosovo, *Judgement C.nr. 67/2013*, 2013.
3. Boris Pozniq, *Komentar Zakona o parnicnom postupku*, Beograd, 2009.
4. Decesion of District Court of Nis, Serbia, Official Gazeta Nu. 1256/06, 2006
5. Decision of District Court of Cacak, Serbia, Official Gazeta Nu. 1321/06, 2006.
6. District Court of Beograd, *Officia Gazzeta Nu. 6137/07*, 2007
7. District Court of Mitrovica, *Judgement C.nr139/09*, 2009.
8. District Court of Podujeva, *Judgement C.nr. 278/10*, 2010.
9. District Court of Podujeva, *Judgement C.nr. 351/09*, 2009.
10. District Court of Podujeva, *Judgement C.nr. 613/09*, 2009.
11. F. Brestovci, *E drejta procedurale civile II*, Prishtinë, 2006
12. Faik Brestovci, *E drejta procedural civile I*, Prishtinë, 2006
13. Faik Brestovci, *E drejta procedurale civile*, Pishtinë, 2006.
14. Francesko Galgano, *e drejta private*, 1992.
15. Grupa Autora, *Komentari Zakona o parnickom postupku u Federaciji Bosne I Hercegovine I Republike Srpske*, 2005.
16. Iset Morina & Selim Nikçi, *Komentar i Ligjit Për Proceduren Kontestimore*, Prishtinë, 2012.
17. Jozo Cizmic, *Presuda zbog ogluhe-nova presuda u Hrvatskom parnicnom postupku*, HPR 2003/9, 2014.
18. Law on Contested Procedure, Official Gazete of RSFJ, Nu. 4/1977, 1977.



19. *Ligji Nr. 03/ L-006 për Procedurën Kontestimore* i datës 30 Qershor 2008, i shpallur me dekretin nr. DL-045-2008, datë 29.07.2008 nga Presidenti i Republikës së Kosovës, Dr. Fatmir Sejdiu dhe i botuar në Gazetën Zyrtare të Republikës së Kosovës/Prishtinë: Viti III/Nr.38/20, Shtator 2008.

20. *Ligji Nr. 03/ L-007 për Procedurën Jokontestimore* i datës 20 Nëntor 2008, i shpallur me dekretin nr. DL-068-2008, datë 13.02.2008 nga Presidenti i Republikës së Kosovës, Dr. Fatmir Sejdiu dhe i botuar në Gazetën Zyrtare të Republikës së Kosovës/Prishtinë: Viti IV/Nr.45/12, Janar 2009.

21. *Ligji Nr. 04/ L-139 për Procedurën Përmbartimore* i datës 20 Dhjetor 2012, i shpallur me dekretin nr. DL-001-2013, datë 03.01.2013 nga Presidentja i Republikës së Kosovës, Atifete Jahjaga dhe i botuar në Gazetën Zyrtare të Republikës së Kosovës/ Nr.3/31 Janar 2013, Prishtinë.

22. Marija Salma, *Presuda zbog izostanka*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nr. 2/2012

23. Mlladen Serdic, *Moduli 2 nga Lëmia Civile, seancat kryesore të vendimeve gjyqësore*, Sarajevë, 2006.

24. Municipal Court of Gjakova, *Judgement C.nr. 231/10*, 2010.

25. Municipal Court of Vitia, *Judgement C.nr.32/10*, 2010.

26. Rechberger Simotta, *Zivilprozessrecht*, Wien, 2003.

27. Rrustem Qehaja, *Përgjigja në padi*, E drejta nr.2/2011, Prishtine, 2011

28. Sanja Sremcev, *Presuda zbog izostanka po novom zakonu o pranicnom postupku*, 2014.

29. Sluzbeni Glasnik RS Nr. 72/11, 2011.

30. Vukasin Ristic & Milos Ristic, *Praktikum za parnicu*, Beograd, 2000.



31. Zakon o parničnom postupku (Urednički pročišćeni tekst, "Službeni list", broj 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, "Narodne novine", broj 35/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 – čl. 50. Zakon o arbitraži, 117/03, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13 i 43/13 - Rješenje USRH).

32. Zakonot za parničnata postapka Sluzbeni vesnik Na Republikata Makedonija nr. 79/05, 110/08, 83/09.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Public interest litigation and co-participative judicial enforcement of public policies

Dierle Nunes

Associate Professor at the Federal University of Minas Gerais, Brazil. Ph.D.

Humberto Theodoro Júnior

Professor Emeritus at the Federal University of Minas Gerais. Former Judge at the Court of Appeals of Minas Gerais

and

Alexandre Bahia

Associate Professor at the Federal University of Ouro Preto, Brazil. Ph.D.

Abstract: This article discusses a proposal to redevelop the judicial enforcement stage of processes, mainly in regards to public interest litigation. That is to say whenever the judiciary finds itself with the responsibility to provide an answer for the cases involving the execution of public policies, it must focus on ensuring the adversarial as much as a co-participative result. The constitutional proceedings require a new approach from the judiciary with regards to dealing with old and new types of litigation. In the case of public interest litigation it is necessary to rebuild the foundation of mainstream judicial process theory so that it can go beyond the debate between the liberal and socializing stances, and thus enable a discursive formation of the decision and of its enforcement. Based on paragraph 5 of article 461 of the Brazilian Civil Procedures Code (CPC), this article argues that a procedure should be created in the judicial execution step whereby the parties (and others) may deliberate about its form, timing and scheduling, while being supported by an expert mediator, the role of whom would



be to technically assist the parties' settlement efforts. In this way, the enforcement of public interest litigation, in acquiring a "soft character", becomes more effective since it allows that its form will not come from a monocratic organ, but from the deliberation of the very people affected by the public policy in question and, thus the execution thereof, being more likely to succeed.

Keywords: co-participative judicial enforcement; public interest litigation; public policies; judiciary, mediation.

"There are no panaceas, only promising paths to explore.
And there is so much that we do not know..." Frank A.
Sander¹

Initial considerations

The Constitution of 1988 is a guide for the national legal system to effectively present the importance of fundamental rights to a democratic concept of procedural law, but with a complex practical effect of allowing the input into the system of new profiles of litigation.

It is only from this Greater Work, that the so called "constitutionalization" of branches, including procedural law, of the law in Brazil was developed, and thanks to this that we finally come to speak of "constitutional process",² with the strengthening of procedural principles and

¹ Excerpt from the conclusion of the historical lecture given by Frank A. Sander, at the second Pound Conference, in 1976, which greatly strengthened the movement for alternative dispute resolution (ADR – *alternative dispute resolution*). SANDER, Frank. A. Varieties of dispute processing. LEVEN, A. Leo, WHEELER, Russell R. The Pound Conference: perspectives on justice in the future. Minnesota: West Publishing Co. 1979. p. 86.

² Cf. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo Constitucional: uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito. E-article of procedural law, UERJ, v.4, p. 224-250, 2009. Available at: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf>. From 26/05/2013.



the fundamental rights of citizens (access to justice,³ due legal process, adversarial, legal defense, scientific rationale, among others), but also foreseeing a lavish range of other rights and constitutional actions.

Moreover, it is the constitution that provided for the compulsory establishment of Public Defenders and Special Courts, and of legislation more beneficial to the consumer. All this makes the 1988 Constitution a milestone unmatched in Brazilian legal-political-social history as a whole, and procedural law in particular. This has enabled an 'emancipatory' and 'counter-hegemonic' use of a law traditionally thought only to serve those (already) integrated in social, economic or even legal systems⁴.

Unfortunately, the perception of this new procedural reality took time to be taken seriously and, in addition to a legislative approach (with its associated reforms), did not concern itself with the multidimensional approach to the system, which we have been defending for a number of years through *democratic constitutional processualism*.⁵

³ For a critical view of access to justice in a democratic dimension cf: NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

⁴ This can be observed, for example, in the experiences of popular legal advice and the fight to implement public policies via the judiciary (or not) in respect of such diverse laws as health, education, the environment, (etc.), combined. See: FRIGO, Darci (*et. al.*) (orgs.). Justiça e Direitos Humanos: experiências de assessoria jurídica popular. Curitiba: Terra de Direitos, 2010. According to Gorsdorf – who introduces the work –, with the opening of the political system after the era of the dictatorship, progressive social movements have added new tools to the old methods of revindication, such as the use of international organisations and legal counsel to the court, and also the use of legal counsel to make the case for the implementation of rights and public policy through the courts. The typical profile of this counsel for human rights is differentiated from the "standard" legal professional to the extent that he draws on the tools of the law to use them in a counter-hegemonic fashion, seeking to repair the traditional state of inequality and exclusion (GORSDFORF, Leandro Franklin. Introdução. In: FRIGO, Darci (*et. al.*) (orgs.). Justiça e Direitos Humanos. cit. p. 7-16).

⁵ We have defended, for a long time, a panoramic approach to the problems of our procedural system, which should have foundations in the State, and extensive modification of infrastructure, management etc. "[...] As a democratic constitutional processualism with a theoretical conception that seeks civil procedural democracy by questioning the conceptions of liberalism, socialization and procedural pseudo-socialization (procedural neoliberalism) and awareness of the need to rescue the constitutional role of the process and structure training decisions when necessary from the co-participative and polycentric aspect of the structures formed by decisions. Such scientific processualism, invigorated by the constitutional procedural design, shall be concerned with a more panoramic bias of law enforcement, in order to overcome the mere analysis of procedural laws and investing in understanding the state and paradigmatic foundations of problems involving the concept of the jurisdiction and procedure, but also the democratic state of litigiousness and reading of fundamental rights. We must not forget that there is also the problem of the ongoing Brazilian crisis and the possible solutions to the misdirection. This therefore promotes an examination of the procedural system that surpasses mere technical and dogmatic



Such a concept seeks to support a concept of the processualisation of rights not from the perspective of the judge, but of the interdependent discussion of all stakeholders in the decision, within their roles, including having the potential of calling government agencies with appropriate expertise to participate (directly or as *amicus curiae*) to enable a more appropriate framework around the potential effects of decisions. In addition to a focus on the role of the judiciary or of decision-making standards of the higher courts for the dimensioning of repetitive litigation (in particular, of public interest) the process is counted on (with appropriate collectivization), and with a dynamic and focussed adversary for the support of better and more efficient decisions.⁶

We must realize that our constitutional project imposed on the "Powers" the ability to implement a series of inclusive public policies with the purpose of facilitating the fundamental rights set forth therein. The current Constitution falls within a tradition of constitutions of leadership, having an emphasis which, from early on, is to make sure that it will not be a repository of "promises", but which will become effective - the constitutionalism of effectiveness.⁷ Regarding the consequences of the rise in the number of topics in the Constitution, Boaventura Santos argues that

it is true that the constitutionalization of such an extensive set of laws without the backing of consolidated public and social policy, makes its effectiveness more difficult to achieve, but it is no less true that this broad catalogue of laws leaves room for further judicial intervention from the control the constitutionality of ordinary law.⁸

interpretation to verify the good features and latent issues in Brazilian procedural law, suffering from peculiarities in the context of its application" (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 101, jul/dez. 2010, p. 83-84).

⁶ NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual - Uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. FIGUEIREDO, Eduardo H.L et al (coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012. p. 171-172.

⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a j. j. gomes canotilho*. SP: RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 24 *et. seq.*; e: BARROSO, Luís Roberto. *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en brasil*. México: UNAM, 2008.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. SP: Cortez, 2007, p. 20.



However, given the operational shortcomings of the executive and legislative powers (urged to become more effective after the recent popular movements) which is inherently linked to the current disenchantment with politics, typical of states that have passed through a period of dictatorship, in addition to a series of other factors that confirm this phenomenon in our country,⁹ we began to experience the phenomenon of the judicialization of innumerable issues as a result, to some extent, of the ensuring of broad access to justice provided by the previously mentioned Greater Work (art. 5º, XXXV and LIV, CR/88).

So, this whole new situation induces the need for changing the role of the process by which the jurisdiction is called upon to address the weaknesses of the other powers in the institutional competencies to which they belong; and it is because of this, and the openness that the 1988 Constitution made possible, that the entry of a number of concepts in the Brazilian theoretical debate has been fostered (such as Habermas,¹⁰ Luhmann,¹¹ Gunther,¹² Alexy,¹³ Dworkin,¹⁴ Waldron,¹⁵ Hart,¹⁶ Posner,¹⁷ Garapon,¹⁸ among others), nurtured and

⁹ THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle e BAHIA Alexandre. A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of its application in Brazilian law. *Verfassung und Recht in Übersee. Law and Politics in Africa/Asia/Latin America. Nomos*, vol. 3, p. 381-408, 2011. See also: BAHIA, Alexandre. *Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro* In: FIGUEIREDO, Eduardo H.L et al (coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012. p. 101-126; and: GORSDFORF, Leandro Franklin. *Introdução. cit.*, p. 14.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. HABERMAS, Jürgen. Reply to simposium participants, Benjamin N. Cardozo school of law. *Cardozo Law Review*, p. 1477-1557, 1996. HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta, 2002.

¹¹ LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Autónoma de México, 2007. LUHMANN, Niklas. *Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito – vol. I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. SIMIONI, Rafael. Poder e autopoiese da política em Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre*, v. 27, p. 119-129, jul/dec. 2008.

¹² GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses. Morality and Law*. New York: State University of New York, 1993. GÜNTHER, Klaus. *Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale*. Trad. Hervé Pourtois. *Archives de Philosophie du Droit*. Sirey, t. 37. a. 1992.

¹³ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. *International Journal of Constitutional Law*. Oxford University Press e New York University School of Law, 2005. v. 3. n. 4. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 1998.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University press, 1978. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁵ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁶ HART, Herbert L A. *Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

¹⁷ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



developed after the second war in other countries, and which in our legal discourse had full visibility only after 1988, allowing a debate around the adoption by the paternal judiciary of an activist profile, for some, or minimalist (self restraint), to others.¹⁹

This situation gradually allowed the breaking of a positivist (or even exegete) view of the law²⁰ and had the effect of putting on the agenda a number of 'new' paradoxes for the 'new' functions performed by the paternalistic judiciary.

Note that a large part of the processualistic remains rooted to the traditional classical concept of jurisdiction, as a power/duty to resolve conflict - that is, the "guardianship" type of court, as if the people were incapable and in need of State supervision - and the application of law was limited to bipolar patrimonial conflicts.

However, the procedural science fostered from 1868 until the 1940s - which initially sought to consolidate its own institutes and supplant the design of procedural liberalism (legal process dominated by the parties), in search of a safeguard, since Klein and Menger, procedural socialization (with emphasis on the role of the judiciary)²¹ - was not shown to be sufficient for the qualitative and quantitative change of the functions of a jurisdiction that was it constitutionalizing, *pari passu*, post WWII.

Since the 1950s, the reinforcement of the control of the constitutionality of laws and administrative acts allowed the judiciary to assume the role of the guarantor of fundamental rights, including the advent of the almost normative possibility, by means of a counter-majority role in favor of minorities.²²

¹⁸ GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

¹⁹ Despite that, of all the options, we consider that such a choice need not be permanent and not even necessary - we can think of an intermediate position that considers the two extremes in a constant ratio that is (re) configured each time according with the legal-political-social situation in which the decision must be taken.

²⁰ THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle e BAHIA Alexandre. A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of tis application in Brazilian law. *cit.*

²¹ NUNES, Dierle. Processo jurisdiccional democrático. Curitiba: Juruá, 2008.

²² After the 1988 Constitution, the control of constitutional adjudication in Brazil assumes a new position in the legal setting. With the new actions of concentrated control and new techniques of decision making - given the great Germanic influence on the understanding of that among us - the Supreme Court will have at its disposal an arsenal that will enable it to influence directly issues which are highly political, moral, economic, social, and in decisions about stem cell research, abortion of anencephalic embryos, quotas in universities, same sex stable



If we extract, in this way, the important finding that the outdated view of jurisdiction as an activity only to be used in conflict resolution, we see it pushed to assume a fundamental rights guarantor role of the constitutional process, and implementer of counter-majority spaces for minorities who did not win a voice in the institutionalized policy arenas.²³ The emblematic precedent of this era being *Brown v. Board of Education of Topeka of 1954/55, in the U.S. Supreme Court*,²⁴ in the overruling of the precedent that crystallized the doctrine of "separate but equal" in the relationship between whites and blacks, and prohibited the existence of segregated schools in the country.²⁵

union arrangements, delimitation of land, construction of hydroelectric plants, forfeiture of parliamentary seats, party loyalty, etc. On this theme, cf.: CATTONI, Marcelo. *Processo Constitucional*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. H: Pergamum, 2013; ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. SP: RT, 2011; BAHIA, Alexandre. *Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro*. cit.; e: SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação*. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2013.

²³ "[...]courts are less capable than any of the branches of government of producing social change with their decisions, due to the lack of all the necessary tools to do it (expertise), and by the demonstration that in fractious issues the decisions of the judiciary have symbolic power, but do not change social behavior. The judiciary works with the consequences of non-fulfillment of rights, but hardly with the causes for which in large part would be the need for more reputable public policies promoted by the executive. However it is undeniable that this use of the judiciary and the court system has been increasingly present in the world. In countries like Brazil, in which exist a great disrespect for fundamental rights and reputable public policies do not exist to assure the public fully (think health and education, for example) an induction occurs with the use of public interest litigation, a source of a huge number of repetitive and serial demands". NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória*. *Revista de Processo*, vol. 199, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011. It is worth remembering, with GORS DORF, the "judicialization of the demands of social movements raises some important questions in the rethinking of the law. The new demands from the social movements have a very different character because they question the foundation of modern law, in which the demands are restricted to a liberal individualist character. Due to this, in many moments the original practice of law reaches limits due to failing to fit the understanding of collective demands of social movements" (GORS DORF, Leandro Franklin. *Introdução*. In: FRIGO, Darci (et. al.) (orgs.). *Justiça e Direitos Humanos*. cit. p. 14).

²⁴ As Rosenberg ponders, based on the story of Michael Klarman: "constitutional lawyers and historians generally deem *Brown v. Board of Education* to be the most important U.S. Supreme Court decision of the twentieth century, and possibly of all time." ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Generate Social Change? in Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process*. Coord. MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, C. Herman; EPSTEIN, Lee. New York: McGraw Hill. 2002. p. 714.

²⁵ For more on this see, e.g.: THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle e BAHIA Alexandre. *A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of tis application in Brazilian law*. cit.



From the 1960s, the perception of meta-individual rights gained prominence, which forced the courts to act on molecular demands, through collective procedural techniques (largely inspired by the American model of *class-actions*).²⁶

From the 1970s, the role of the court began to encompass the pursuit of implementing fundamental, and especially social, rights through public interest litigation.

The term "Public Interest" finds ample support in American legal literature.²⁷ In the United States the terms "Public Interest Law" and "Public Interest Litigation" are used when the law is related to the interests of the community as opposed to individual interest and also to indicate the practice of law in defense of minority needs in society.

The principal idea in this type of litigation is to require the enforcement of public policies of normative application, both expressed in law and resulting from constitutionally enshrined principles through the courts.

Public Interest Litigation, as it has developed in recent years in the U.S., marks a significant departure from the traditional procedural methods, especially the transition from a protagonist model of law enforcement to a co-participative model. Public interest litigation was

²⁶ This perception still needs development in Brazil despite the fact that, for example, Celso Campilongo, shortly after the epistemological shift caused by the new Constitution, was already aware that "collective rights, understood as not amenable to individual and exclusive enjoyment, behave as protection strategies that also escape the logic of individualism" (CAMPILONGO, Celso F. *Assistência Jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais*. In: CAMPILONGO, Celso F.; PRESSBURGUER, Miguel. *Discutindo a Assessoria Popular (Coleção "Seminários" n. 15)*, Rio de Janeiro: AJUP/FASE, June 1991. p. 10). In case no new forms are thought of (judicial or non-judicial) to deal with disputes involving social rights - as suggested below with the multi-door system - we still continue to fall into the same trap indicated by Campilongo, i.e.: "(A) the social conflicts are transformed into legal disputes and, from this, (B) individualized, trivialized and made banal by legal routines which have (C) their political impact controlled by an apparently technician (the letter of the law) and institutionalized (the litigation) discussion, (...) The collective needs, rather than forge the necessary identities for the construction of a new citizenship, are fragmented into countless unique situations, seemingly unrelated to each other" (*idem*. p. 18-20, our highlight).

²⁷ TRUBEK, Louise G.; TRUBEK, David M. *Civic Justice through Civil Justice: A New Approach to Public Interest Advocacy in the United States*. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice and Welfare State*. Available at: <http://www.law.wisc.edu/facstaff/trubek/pub_civjustice_1981.pdf> Access in: 29 feb. 2012. Ver também: GOMES, Renata Nascimento. *Direito americano. Uma breve abordagem da litigância de interesse público*. Monografia Final de Curso apresentada à Faculdade de Direito do Sul de Minas, FDSM. Orientador: Dierle Nunes, 2012.



neither a sudden nor a linear phenomenon. Its development can be followed through different theories that seek to trace the role of jurisdiction. The '80s were the hallmark of its growth.

In its study and application, however, is absolutely necessary for us to realize that overcoming the first stage in its procedural use, with the seal and solipsistic and protagonistic statement of the magistrate, as if he (the magistrate) alone could predict the impact of his decisions in matters of "public interest"²⁸, given their background in different fields (law, sociology, politics, economics) and from the open criteria (reserve for contingencies, proportionality, etc.), as certain Brazilian dogmatic lines, linked to procedural socialization²⁹, still advocate.³⁰

The participation of interested parties in a renewed concept of an adversary as a guarantee of influence, which would induce the co-participation of all those potentially affected, within a collective process, could facilitate an experimentalist stance, which would mitigate the effects of a judicial decision in fractious issues.

As Bergallo notes, judicial control over public administration has traditionally been justified by the failure of administrative agencies to meet performance standards, and by the violation of the procedural and substantive rights of citizens by state agents and agencies. In public law litigation, the classic justification of judicial review of administrative agencies' performance is supplemented with arguments highlighting the inexistence of democratic mechanisms to access the administrative bureaucracy, or by the blocking of avenues of redress for disadvantaged groups in the political game of reaching the government. It is this justification that has been controversial for those who question the legitimacy of judicial interference in the spaces reserved for politics and the majoritarian game. The experimentalist model of structural

²⁸ BAHIA, Alexandre. Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá, 2009.

²⁹ Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. *cit.*

³⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 294. Para o grupo coordenado por Luiz Werneck Vianna, o Supremo Tribunal Federal teria a missão *ético-pedagógica* de sinalizar como e por que a sociedade deve se transformar, para isso impondo, de cima para baixo os Direitos Fundamentais. VIANNA, Luiz Werneck *et al.* A judicialização da política e das relações no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 146. Em sentido semelhante FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. 1^a ed., 2^a tiragem, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 62.



orders responds to these objections by proposing a deliberative model in which the plaintiffs and public administrative officials negotiate the best possible solution under conditions of provisionality and transparency, and under the arbitration of a judge or her official appointees. This way, judges do not need to have the last word in the design of remedies. In exchange, parties and government officers have the opportunity to shape the remedies and participate with voice and vote, reinforcing the democratic legitimacy of judicial intervention in suits against the administration that originated within the framework of public law litigation. To the extent that this deliberation is possible, the experimentalist model also recognizes the complex interactions between the powers and the limits of their legitimacy, characteristics that the objectors to the legitimacy of judicial interference tend to avoid. On the other hand, as Sabel & Simon note about the U.S. case, the transparency promoted by the experimentalist remedies model paves the way for the generation of mechanisms that hold accountable plaintiffs, defendants and their lawyers, other representatives of affected individuals involved in the judicial process, and the judges themselves.⁸² In this way, a crucial component of the democratic legitimacy of other governmental branches that not usually present in the work of courts or litigants is incorporated into the sphere of litigation: the phenomenon of settling accounts with the public or, at the very least, the potential of such a settlement. At the same time, the model rejects the simplified, formalist vision that presumes that the public administrative bureaucracy operates at all of its organizational levels with the same degrees of public accountability and, therefore, the same legitimacy enjoyed by political officials and by the President. [...]it is also probable that the dialogue generated between the parties and public officials in a remedial process in the style of the experimentalist model will prompt a participative process that will strengthen the relations between civic organizations and public officials, which in turn could eventually result in stronger political support and more social mobilization for the causes that public law litigation tries to promote.³¹

³¹ BERGALLO, Paola. Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina. SELA 2005 Panel 4: The Lawyer's Role, p. 24-25 and 27. Available at: <www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_experimentalism.pdf>.



Accordingly, the junction of the co-participative and polycentric proposal within the proceduralist axis of the Constitution, with this renewed movement of public interest litigation by the suitable use of collective processes, enables a new technical option for dealing with the numerical abundance of repetitive demands without diluting procedural debate, and results in the search for an efficient and legitimate solution.

However, for such a system of repetitive litigation of public interest to reach its full potential, we should not forget that which has already been pointed out in other works:

The big question that deserves to be addressed here surrounds the fact that the system of collective processes in Brazil, as a differentiated technique, has not resulted in all possible results of a quantitative or even qualitative efficiency. [...] The coexistence of collective processes and individual actions, dealing with the same subject (especially in the case of homogeneous individual interests), being judged by the same courts, with the same technical and infrastructure support, generates numerous practical problems. It is not possible, even logical, that a collective process is treated jointly with the same judgment as that of an individual process. As Castro Mendes rightly says: 'The collective processes cannot remain lost and mixed with the other hundreds or thousands of individual processes, effectively enjoying treatment of equal value and being assigned the same human and material resources. One should understand that the human resources, material and time spent for collective processes represent investment resources for the benefit of the health of the Judiciary itself, which can only give vent to mass conflicts that reach it, if faced and processed collectively, and jointly molecularized rather than in a dispersed and counterproductive way.' Castro Mendes also points to the need to create specialized bodies in collective processes with infrastructure and technically adequate staff (with directed training and preparation) to deal with these kinds of litigation. The need to redefine the application of the principle of contradiction as a guarantee of influence and of 'no surprises' in our country, as we have been advocating, is still yet to be realized. A concept that gains huge importance when dealing with the tract of collective processes. In this procedural requirement if the judge, in sentencing, brings factual or legal grounds that innovate on procedural discussion, beyond the problematic elements between the



parties, which may represent a collectivity, surprising them, there will be clear invalidity of *decisum*. In addition to the reasons already outlined at other opportunities, a collective process debate and cognition should be of a more "participatory" nature, otherwise you will not get the most appropriate (and legitimate) decision and allow the formation of inefficient outcomes for the collective. Whereas when the judgment is delivered with debate (with respect to the constitutional process) either use of resources is reduced, or the chance of success is quite lessened. That's because the first debate at the trial court, properly conducted, ensures adequate participation and influence of the procedural arguments of all subjects and prevents the formation of decisions by surprise. This is a point on which we must dwell: unlike the way they have been interpreted by much of the Brazilian doctrine, the constitutional guarantees of adversarial legal defense do not constitute an obstacle to achieving greater speed (and/or lower costs); since, an ill-educated process, in which there is no clear presentation (and debate) of controversial points is source of the use of countless resources (starting with a Amendment of Judgement, which are successive and sometimes useless), which certainly does not assist in obtaining a reasonable length of proceedings.³²

Added to these considerations the need to expand the limits of application of the adversarial process, which technically would induce the participation of interested parties within the government in establishing public policy, in order to support decision-making elements to which the judge would not have access singly and in relation to which deter the knowledge to undertake a cooperative and deliberative judgment, without forgetting that this posture much reduces the risk of a court decision.³³

It is already not uncommon to use this practice in pre trial,³⁴ in some Brazilian federal courts, the calling up of all those involved in public policy in order to seek to enable the

³² NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. In: THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutelas diferenciadas. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 230.

³³ NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual - Uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. *cit.*, p. 187-188.

³⁴ As José Eduardo Costa da Fonseca says: "It is possible, moreover, to identify three ways of setting deadlines for the execution of a public policy judgment: 1) *a priori* (in which the judge abstractly decided a period from his reason and judgment), 2) *empirical* (where the judge uses his previous experience in similar cases to intuitively set



possibility of fixation and enforcement of a judgment in matters of public interest (called by Costa "Negotiated Execution"³⁵).

And these contributions must be taken into consideration in enabling a co-participative execution of public interests.

The debate around public interest litigation in Brazil - jurisprudential notes.

The change of perspective from the Judiciary in face of public interest litigation has occurred gradually over the 1990s and 2000s. Ester Rizzi and Salomão Ximenes, for example, show how TJSP (Tribunal de Justiça de São Paulo - Sao Paulo Court of Justice) had firm case law in the sense of the impossibility of imposing obligations upon the Government to implement immediate public policies regarding early childhood education. That only changed when the Supreme Court, ruling on these cases from 2005, recognized the "immediate legal enforceability of the right to early childhood education," that is:

In such decisions the Supreme Court expressly states that it is for the judiciary to determine that spaces are guaranteed to all who demand them, where the omission of the other branches of power is proven. Moreover, in these decisions the Court interpreted quite

a deadline); 3) *scientific* (in which the judge arrives inductively at a term only after understanding the particularities of the defendant). Needless to say, in the majority of cases, judges are limited to (1) and (2). However, in the judicial implementation of public policy, we need an ethic of efficiency and best consequences, which is only feasible for (3). Judges do not dominate the underlying technical web of these cases, which is why it is foolhardy for them to put too much trust in sensations and scholastic reasoning. Rather, it is necessary to give them the aid of positive data. I.e., to change reality, the judge has to unravel it and reflect on it. Therefore, when § 4 of article 461 of the Code states that the court shall fix a *reasonable* time for fulfilling the provision, he is referring not to an abstract reasonableness (derived from hunches and intuitions), but *concrete* (a path raised in methodologically) data. Such data can be obtained in a preliminary hearing [pretrial conference] between plaintiff and defendant. The judge will hardly obtain sufficient data, however, for setting the period and the beginning of *forced* execution: the defendant will never satisfactorily cooperate, content for the coercive actions to be perpetrated against himself. However, the hearing could be fruitful if the data used for the construction of a *negotiated* "execution." After the defendant exposes their real and concrete ability to implement public policy to the judiciary, the judge will have better information for the parties to propose an agreement on the voluntary compliance of the injunction decision or sentence within a schedule. The use of timelines in judicial implementation of public policies is not, in fact, unknown to the doctrine and jurisprudence". FONSECA, Eduardo José da Costa. A "Execução Negociada" de políticas Públicas em Juízo. Revista de Processo, v. 212, October 2012, p. 25-56.

³⁵ Idem.



narrowly the so called "contingency reserve" (...), recognizing as the only possibility for postponement of the implementation of the right to early childhood education the objective confirmation of the hypothesis, on the part of the the authorizing public manager, that all initiatives have been taken at their availability, with the application of the maximum available resources. (...) [The] municipal government cannot shirk the obligation to offer early childhood education based on allegations of discretionary behaviour, as this would not apply to "public policy priorities as defined by the Constitution itself," as is the case of kindergartens and preschools.³⁶

The balance, which the authors make use of in actions of organized social movements to obtain court decisions that would ensure public education is paradoxical: if, on one hand, the jurisprudential shift in favor of these demands was noticed or, on the other, it is also noticed there has been little practical progress (if not going backwards) in offering vacancies - or the quality of the service offered. The conclusion is that one cannot ignore the judiciary (and,

³⁶ RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. Litigância Estratégica para a Promoção de Políticas Públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo. In: FRIGO, Darci (*et. al.*) (orgs.). Justiça e Direitos Humanos. *cit.* p. 110. The authors cite as a "leading case" the judgement by STF of Ag.Reg. in RE. n. 410.715, which reads: "SPECIAL REMEDY - CHILDREN OF UP TO SIX YEARS OF AGE TO - ATTENDANCE IN NURSERY AND PRE-SCHOOL - EARLY CHILDHOOD EDUCATION - RIGHT ASSURED BY THE CONSTITUTIONAL TEXT (CF, ART 208, IV.) - NATIONWIDE UNDERSTANDING OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO EDUCATION - LEGAL DUTY WHOSE IMPLEMENTATION IF IMPOSED ON THE PUBLIC BODY, NOTABLY THE MUNICIPALITY (CF, ART 211, § 2.) - Early childhood education is an unavailable constitutional prerogative, which, granted to children, shall have, for purposes of their integral development, and as the first stage of the education process, attendance at daycare and access to pre-school (CF, art. 208, IV). - This legal prerogative, as a result, imposes on the state, due to the high social significance which relates to child education, the constitutional obligation to create conditions enabling objective, concretely, in favor of 'children from zero to six years of age '(CF, art. 208, IV), effective access to daycare and preschool units, with government unacceptable premises full adherence, the Government imposed the actual text of the Constitution. - Early childhood education, by qualifying as a fundamental right of every child, is not exposed, in its process of development, to merely discretionary reviews of the public administration, or subordinated to government for reasons of pure pragmatism. - Municipalities (...) can not resign the legally binding constitutional mandate that was given to them by art. 208, IV, of the Basic Law of the Republic, and that represents a limiting factor of the political-administrative discretion of municipal entities, whose options, with regard to the care of children in daycare (CF, art. 208, IV), cannot be carried to such a degree, supported in court by simple convenience or mere chance, the effectiveness of this basic right to social considerations - Although there resides, primarily in the legislative and executive branches, the prerogative to formulate and implement public policies, it appears possible, however, for the courts to determine, even on an exceptional basis, especially in cases of public policies defined by the very Constitution, whether implemented by the defaulting state agencies, whose omission - by failure to apply to the political-legal charges on them that relate to mandatory character - is shown to be able to compromise the efficacy and integrity of impregnated social and cultural rights of a constitutional stature. The pertinent question to the 'reserve for contingencies'. doctrine" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª sessão, Ag.Reg. in RE. n. 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/11/2005 (grifos nossos).



accordingly, indicate strategies that should be adopted so that one tries to obtain the best performance of such decisions), but at the same time, is necessary to add other strategies to the judicialization.³⁷

On the other hand, also on the subject of access to early childhood education as a right to which corresponds a direct obligation of the State, this is noted from the STJ:

ADMINISTRATIVE. CONSTITUTIONAL. ART. 127 THE CF/88. ART. 7. LAW No. 8.069/90. (...) DEFINITIVE STANDARD OF NON-PROGRAMMABLE RIGHTS. CHARGEABLE IN COURT. TRANS-INDIVIDUAL INTEREST PURSUANT TO CHILDREN OF THIS AGE. ORIGIN AND SUITABILITY. 1. The right to education, which is engraved in the Constitution and the Statute of Children and Adolescents, is an inalienable right, in function of the common good, the greater protection, derived from the imposing strength of the precepts of public policy governing the matter itself. (...) 5. Stresses the note that a Federal Constitution is the result of national political will, achieved by consulting the expectations and possibilities of that will be consecrated, it is because of this that its promises, which are cogent and effective, would otherwise remain empty and cold as dead letters on paper. (...) The State promises the right to childcare, and fulfills it, inasmuch as the constitutional and political will, (...) was in the sense of the eradication of intellectual poverty that plagued the country. The right is enshrined in the daycare rule with more than enough normativity, because it defines the duty, indicating the passive subject, *in casu*, the State. 6. Consecrated on one hand is the duty of the State, on the other hand, is the subjective right of the child. Consequentially, according to the principle of the inalienability of the jurisdiction, constitutionally enshrined, every right corresponds to an action that ensures that all children under the conditions stipulated by the law, fit within the sphere of this right and can claim it in court. (...). 7. The judicial determination of this duty of the State, does not terminate the alleged interference of the judiciary in the administrative sphere. Indeed, there is no discretion of the administrator against established rights, constitutionally. Activity in this field is bound without admission of any exegesis aimed at the removal of the warranty. (...) 9. The misplaced thesis is removed from the discretion, the only question that could be raised would fail on the nature of the standard now in focus, or that which is defining rights. The matter is, only in this fashion, constitutional, however, being unimportant proves this categorization, in view of the explicitness of the ECA, unequivocally proves sufficient to be a constitutional promise, to entail the enforceability of the right enshrined in the education provision. 10. The guidelines set by public

³⁷ RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. *cit.* p. 123-125.



policy are not rights but promises of un-approved laws, fitting into the un-sindicated sphere by the judiciary, with the opportunity for its implementation 11. Diverse is the assumption that the Federal Constitution provides a right and explicit constitutional standard, requiring the judiciary to make it a reality, resulting in an obligation, with repercussions in the budgetary sphere...³⁸

This was a public civil action filed by the prosecutor of Mato Grosso do Sul for the state to guarantee enrollment of all children under six years of age in the local and state school systems such that their capacity had been proven. The request was upheld in the 1st and 2nd degree and confirmed by the STJ.

Shown the decision, it is worth seeing some of the questions raised by the State of Mato Grosso do Sul. Beyond formal complaint issues and the "invasion of competence" of the judiciary over the State executive/legislative bodies, there are issues that relate precisely to what we are discussing here - that is, how the judiciary handles applications for recognition of rights, and compliance with them by the Government. Against the decision of the 2nd degree it was alleged that:

in the expansion of the scope of the legal rule we have generated a precedent that will create "chaos in public education, as in many municipalities there are no vacancies in schools" and stressing that the public "does not offer classrooms with the physical capability to accommodate a 5 year old child." It further states that "there is danger to the health of children covered by the measure, because we have forgotten the need for pedagogical work and the need to assess the mental capacity of the children" of the same. Further it notes that "children of a young age would have to be subject to regular reviews to measure their ability to accomplish tasks, thereby limiting the time available for recreation, and that by having such responsibility so early, this would reflect negatively in their behavior" this damage, in his view would be irreparable. Finally, it sustains serious injury to the public purse "because the state

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp n. 753.565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/03/2007 (sem grifos no original). No mesmo sentido, no STJ: REsp. n. 511.645, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18/08/2009; Ag.Reg. in REsp. n. 1198737/RS, 2ª sessão, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 04/11/2010; REsp 1189082/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02/12/2010.



will have to allocate resources consistent with the increase of students, due to the inflow of children of five years of age in elementary school, which will require specialized treatment".³⁹

These reasons were not the object of the vote of the reporter (together, without other considerations, with the other members of the session). That is, the response of the judiciary is actually correct, in that there is the right to education, however, at least at this stage, pragmatic issues such as physical space and human resources have not been taken into account, nor the related budget issues, but when the Minister says

“12. It resonates that all judicial enforcement of the State implies spending and action, without this infringing the harmony of the powers, because through the democratic system and the rule of law the sovereign state submits itself to the justice which it has instituted. Thus distanced, the interference between the powers, the judiciary, the alleged malpractice of the law, no single power did more than the fulfilling of the determination of the practical realization of the constitutional promise.⁴⁰

Note that the budget issue was mentioned but not addressed by the judge, who, while recognizing the complications that such a decision will lead to, passes it by and now claims that this understanding *does not* cause interference between the powers.

Another tormenting question, the legalization of health, also results in *hard cases* that defy the traditional canons of case solving. Health being a fundamental right guaranteed by the Constitution (art. 6), the duty of the State (art. 196) - and that, seeing as it has immediate application (Art. 5, § 1) - in any of the spheres of the Federation⁴¹, lawsuits are piling up in which said right is sought.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp n. 753.565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/03/2007.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp n. 753.565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/03/2007.

⁴¹ The Supreme Court has an understanding seated in the sense that the responsibility between members of the Federation is supportive, so that actions aiming at the provision of financial health may have the Union States or Municipalities as a defendant,. See, e.g.: BRAZIL. Superior Court of Justice, 1st. session REsp. n. 325.337/RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 21/06/2001. No STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no RE. n. 607.381/SC. 1ª T. Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2011.



These actions have caused great discussion in the legal environment in the face, for example, of the impacts that decisions made in these individual actions can have on the public budget and thus on the overall delivery of health (aside from the abuse and corruption), in addition there is a big discussion about the limits of performance of the judiciary as "director of public policy"⁴².

Thus, the Supreme Court had the chance to deal with the matter in a monocratic decision in STAs 178 and 244: using data brought by a public hearing held before the Court in March 2009, the Minister Gilmar Mendes sought to establish parameters for the question: "The first fact to be considered is the existence or not of state policy that covers the provision of health as pleaded by the party." According to the Minister it appears that, in most cases submitted to the judiciary, the health services (SUS) already has policies relating to what is claimed, and that the question would be the failure or poor performance of already established protocols (and not judicial interference as to the use of discretion of the public administration) in the face of a clear legal right. Another is the situation when "the provision of health care which is pleaded is not found in SUS policies", since from there, the judiciary must evaluate whether such a fact "stems from a legislative or administrative omission, from an administrative decision not to provide it, or from a legal ringfence at their disposal"⁴³ (which can happen, e.g., when a certain claimed medicine is not recognized by ANVISA, which in exceptional cases, the State cannot be compelled to provide). Thus, the "second factor to be considered is the existence of motivation for not providing certain health action by SUS"⁴⁴.

The decision exceeds the limits imposed in a previous statement of the Supreme Court in ADPF 45, in which the Minister Celso de Mello put as parameters for the analysis of judicial intervention "possible reserves", the "existential minimum" and the "principle of

⁴² This issue is closely linked to the issue of collective and repetitive (serial) litigation, is calling for the construction of a dogma of its own. Cf. CUNHA, Sérgio Sérulo da. Ainda o Efeito Vinculante. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 18, p. 124-164, 1997; e NUNES, Dierle. Novos rumos para as tutelas diferenciadas no Brasil? *cit.*

⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 244, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE. 24/09/09.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 244, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE. 24/09/09.



proportionality"⁴⁵. The predecessor to minister Gilmar began to realize the need to "processualize" health, since it requires a discussion of the nuances of the case in a procedural and constitutional structure:

Therefore, regardless of the circumstances brought to the attention of the Judiciary, the assumptions discussed make clear the need for the education of users in relation to health demands in order to avoid the standardized production of initiations of cases, challenges and judgments, pleadings that often do not include the specifics of the concrete case being examined, preventing the judgment in the reconciliation of the subjective dimension (individual and collective) with the objective dimension of the right to health.⁴⁶

In addition to the difficulties in regard to budget measures or public policy choices (since the demands are always higher than the ability of the government to provide them), the issue becomes even more complex when the judiciary takes decisions without taking into account the arguments of both parties, as if the right of one was an absolute and therefore would cause any other matter to be undeserving of acceptance (and even to be refuted).

In REsp. n. 325 337 the State of Rio de Janeiro objected to the judgement that it was to fund drugs (to treat HIV patients) that were not provided by federal law (and its regulation) - and claimed, therefore, the breach the literal provisions of the law. The Court, in deciding, said:

ADMINISTRATIVE. DRUGS FOR THE TREATMENT OF AIDS. STATE SUPPLY. MANDATORY. REMOVAL OF LIMITATION CONSTANT IN LAW N ° 9.313/96. CONSTITUTIONAL DUTY. PRECEDENT. (...) 4. By the peculiarity of each case in view of its urgency, we must rule out the delimitation in the supply of drugs listed in Law No. 9.313/96.5. The decision, ordering the Public Administration to provide patients with the drugs required to fight the disease that are indicated by prescription, not vitiated by illegality. 6. Losses would be awarded to claimants where the medicines were not provided, considering that are being denied the constitutional right to health, with the complicity of the judiciary. The search for the delivery of judicial services should be treated with prestige by the magistrate, so that citizens are allowed to have, increasingly facilitated by the contribution of

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 45, Min. Rel. Celso de Mello, DJU 04/05/04.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA 244, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE. 24/09/09.



the Judiciary, their role in society, whether in the legal relations of private law, or in public law.⁴⁷

Now, how to make compatible, legally, the assertion that "The decision, ordering the Public Administration to provide patients with the drugs required to fight the disease that are indicated by prescription, not vitiated by illegality"? Plus, as transcribed: "The search for the delivery of judicial services should be treated with prestige by the magistrate, so that citizens are allowed to have, increasingly facilitated by the contribution of the Judiciary, their role in society, whether in the legal relations of private law, or in public law."⁴⁸

In a similar sense, the Supreme Court held that:

"Receipt of medicines from the state is a fundamental right, when the applicant requests them from any federal agency, provided that their necessity, and impossibility of affording them with their own resources, is demonstrated. This is because, once such requirements are satisfied, the federal entity should be guided in the spirit of solidarity to give effectiveness to the right guaranteed by the Constitution, and not create legal barriers to postpone the due adjudication."⁴⁹

It is true that it is not forgotten that we are entitled to health. However, more than ever, we must build between us, clearly, a doctrine that establishes a difference between being a holder of a right and the obligations that come with it, because as Canotilho shows, when it comes to available rights, of the affirmation of a right, a direct duty of the State does not necessarily arise. When it comes to Economic, Social and Cultural Rights it is necessary to pay attention to the particularity of its constitution in order to avoid what Canotilho perceives as a confusion between "social and political rights" and "public policy of social rights." When the

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª. Turma, REsp. n. 325.337/RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 21/06/2001.

⁴⁸ Or as the TJMG said: "... the judiciary can not, since actioned, fail to force the executive branch, in any of its spheres, to fulfill its constitutional duty to provide for the needy and sick the proper treatment for their disease. (...) The material must be analyzed from the standpoint of Article 196 of the Constitution, which determines the universal citizen access to health, assigning said charge to all members of the Federation" (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apel. Cív. n. 1.0384.12.002474-8/002, 6ª Câ. Cível, Rel. Des. Edilson Fernandes. DJ. 01/02/2013).

⁴⁹ STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no RE. n. 607.381/SC. 1ª T. Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2011.



judiciary tries to make "real" social rights by promoting public policies, it plunges into "normative nebulae", since, as noted, these rights, unlike individual rights, do not always imply a correlative provision by the State.⁵⁰

It is understood, in these terms, that a traditional review by the judiciary, limited to the analysis of the issues by a single judge (especially of public policies) without a more dynamic and panoramic adversary, does not have the power to examine with lower risks the imposition of commands that many times will have little ability to generate effective impacts on the measurement of fundamental rights.

Co-participative implementation of public interest

An extremely important chapter in the judicial imposition of public policy, we have discussed above, shows respect to how it should proceed with its legal compliance.

As already stated, the executive technique, like other procedural techniques, should be sized and interpreted from its constitutional foundations.

In particular, the execution looks for its constitutional foundations in pursuit of regulatory effectiveness, as a corollary of inseparability (Article 5, XXXV), in the manner in which the technique is directed to the full satisfaction of the obligations contained in the executive titles by the lender - and in *reasonable* time (art. 5, LXXVIII - CR/88) - but with full respect for other constitutional procedural safeguards, because there is always a need to think of ways to permit a process capable of respecting the tension between the need for legal decisions/actions (facticity) and the claim that they are correct (valid)⁵¹.

However, the conventional ways of analyzing the execution as a form of state sanction, used in the protagonist mode by the magistrate, undergo profound change when one perceives the changing profiles of litigation and the phenomenon of the judicialization of public policy

⁵⁰ Ver CANOTILHO, J. J. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed.; SP: RT, 2008, p. 97 *et. seq.*

⁵¹ BAHIA, Alexandre; SIMIONI, Rafael. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. Sequência (UFSC), v. 30, December 2009. p. 69. Available at: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p61/13590>>.



seated in the above issues, which leads to the conclusion: if, in the traditional mold of individual litigation, the execution already (or still) proves problematic, without having obtained, in Brazil, a formulation that makes it efficient and fast - despite the many reforms made to this particular area -, the more problematic it is when it comes to different guardianships, of the litigation of public interest.

The execution-sanction has proved completely ineffective and illegitimate in these areas. Thus, the civil execution suffers the impact of this transition of roles that the procedural system will take.

The realization dawns that democratic civil execution, for the fulfillment of the obligations arising from these new forms of litigation, must assume a dialogical and co-participative procedural role so as to promote a planned compliance with the calling up of all those involved in public policy.⁵² This is because the constitutional framework, to which reference was made early in this work, determines a new concept of what constitutes "public and private interests." Thus, the judicial treatment of the State's obligations to ensure the fundamental, or, more generally, to "provide" public policies, since it cannot move by typical conceptions of the classical "State of Wellbeing", according to which this embodies itself as "the public interest" which should always prevail over private interest.

On the contrary, in the rule of law, "the public" no longer belongs only to the state (but may be detained precisely for that which it litigates against it) and, at any rate, no longer can it be said that the public interest prevails over private "*a priori*", under threat of offending equally valid fundamental rights.

Only in the concrete case it may be that, from the claims of the litigants and the reconstruction of the features of the case and the legal order itself, you can figure out which of those claims are legitimate and which show abuse⁵³.

⁵² MILLER, Chris H. The adaptive American judiciary: from classical adjudication to class action litigation. Albany Law Review. v. 72 n. 1, 2009. Available at: <<http://www.albanylawreview.org/articles/Miller.pdf>>.

⁵³ BAHIA, Alexandre. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. cit.*



If this is so, one now cannot accept, without reservation, procedural privileges that the Government has in mind, nor admit that public acts which violate rights deserve to be included in the generic reference to "public interest". If the state has the power to perform acts to create public policies, such power is also a necessity, and both their actions and omissions are subject to justice.

Considering that the judicial body - in the case and observing those requirements above - has defined the obligation of the government to perform, there will still be the Herculean task of executive compliance with the decision.

In this sense, Eduardo José da Fonseca Costa⁵⁴ shows, in the referred work, a proposal for the replacement of the model of *execution as a sanction* with a model of *negotiated execution*, in terms of making moves involving public policy.

The author starts by stating the ineffectiveness of the traditional coercive model, of implementing decisions which require the Government to fulfill public policy. This not only because in a number of cases the defendant refuses to comply "*tout court*" with the decision - the author will not focus on such cases - but rather, in cases in which he *wants* to (or *could*) fulfill the decision, this being limited by bureaucratic, technical, or financial barriers. As Eduardo Costa shows, in his professional experience:

In forensic routine it is common to encounter situations in which the defendant recognizes the need to make the object of the alleged claim of substantive law in court, but resists the achievement of this object in the time desired by the author. (...) [The] various budget constraints and inflexible internal and external bureaucratic controls often prevent the Administration from discharging its important tasks at the desired time (...). This is why, in these actions, the demarcation of the cause (...) is in knowing what sort of time is *reasonable* for the public entity to meet its obligation (emphasis in original).

⁵⁴ FONSECA, Eduardo José da Costa. A "Execução Negociada" de políticas Públicas em Juízo. *cit.*



The legal response, even after changes to the execution regime in Brazil, has the sense of "coercing" the defendant to comply with the decision, in the manner and time set by the magistrate.⁵⁵ The drawback, proposed by Eduardo Costa, is that using the opening provided by clause § 5 of article. 461 - CPC (which opens up the possibility of using alternative means), the judge may rely on establishing schedules negotiated by the parties as a way to enforce the decision.

According to Costa, nowadays, the Law has learned that the most effective standard is not that which relies on coercion to impose, but the "soft law", i.e. one that promotes non-authoritative "legal direction of authorities" (the quote is from Chevalier).

In fact, we know that the efficiency of law is directly related to the higher level of moral development of a society (Kohlberg), so that at the post-conventional level once the normative principles underlying the legal texts are internalized there is more obedience, because the

⁵⁵ This solution provided for in article 461, of the reformed CPC, will be maintained in the projected CPC: "Art 550. In compliance with the judgment that recognizes the enforceability of obligations to do or not to do, the court may, *ex officio* or upon request, for the enforcement of specific performance or to obtain protection for the equivalent practical result, determine the measures necessary to meet the satisfaction of the creditor. § 1 To meet the provisions of the ruling, the judge may determine, among other measures, the imposition of fines for any delay period, the search and seizure, removal of persons and things, the undoing of works, judicial intervention in business activity or similar and preventing malicious activity and can, if necessary, request the assistance of the police force. § 2 The permission for judicial intervention in business activity will only be given if there is no other effective means for effecting notice of the decision and, where applicable, the provisions of articles. 102-111 of Law No. 12,529, of November 30, 2011. § 3 The execution will focus on the sentences of litigation in bad faith when the defendant unreasonably fails to comply with the court order, without prejudice to his responsibility for the crime of disobedience. § 4 In compliance with the judgment that recognizes the enforceability of an obligation to do or not do, apply Art. 539, as applicable. § 5 The provisions of this Article shall apply, where applicable, compliance with judgment that recognizes things which must and must not be done, of an obligatory nature. Article 551. The periodic penalty does not depend on the application by a party and may be granted in the discovery phase, early relief, judgment, or in the execution phase, provided it is sufficient and compatible with the obligation and it the time to comply with the rule is determined reasonable. § 1 The judge may, *ex officio* or upon request, modify the value or the periodicity of the maturity of the fine, or even cancel it, without retroactive effect, if he finds that: I - It was insufficient or excessive II - The obliged party demonstrated supervening partial fulfillment of the obligation or just cause for noncompliance. § 2 The amount of the fine will be due to the adjudged creditor. § 3 The definitive fulfillment of the fine depends on the final judgment of a decision favorable to the party, the penalty shall be payable from the day on which is the decision was breached and. The provisional implementation of the decision to fix the penalty, if applicable is allowable. § 4 The implementation of periodic penalty covers the value for the period of noncompliance which has occurred until the time of its application, as well as the supervening, and up until it is satisfied by the decision. § 5 The provisions of this Article shall apply, where applicable, to the compliance with the judgment to recognize duties of an obligatory nature." Excerpt from the Substitutive CPC adopted on 07.16.2013 in the House of Representatives Special Committee (Teixeira Report).



members of this community of principles (Dworkin) understand the meaning of the law and do not just act for fear of sanction⁵⁶.

The execution, however, still remains attached to the idea of State coercion, since it is part of the life of the debtor to fulfill his obligation spontaneously. Even with the changes introduced by the CPC which brought execution into the process of gaining knowledge on the subject, the coercive character has not diminished, on the contrary the emphasis has been placed on the enforcement powers of the Magistrate to require the forced execution of the judgment - all with a view to ensuring the effectiveness/utility/speed of the execution phase.

As stated above, one of the difficulties in achieving compliance with a decision that deals with public policy is in questions outside the field of expertise of the magistrate. As much as the magistrate may try, there are technical, financial and bureaucratic issues that only the public administration dominates and which should be considered when defining "how" and "when" policies should be implemented. This is even more serious because, given the exponential increase in the judicialization of public policy, the rule tends to remain in a "functional inertia", i.e. it "only works if pressed by the judiciary."

Even then, the unilateral fixing of the time limit for implementation of a decision (as provided by Article 461 - revised CPC, Arts 550 and 551 of the Projected CPC in the writing of Teixeira of 16/07/13), if made without parameters, many often may not be fulfilled by the public administration, which generates fines which are also not met and just pile up, aside from the fact that they are a burden whose payment will only increase the deficiency in the provision of other services.

Thus, Costa explains that coercive measures of a pecuniary or even criminal nature (to the public administration), aside from being ineffective, border on illegality and further, the magistrate often turns out to be primarily responsible for decisions to be unfulfilled by giving a timeframe without having data to support it. He suggests that the magistrate could convene a

⁵⁶ We here move on from the theories of Dworkin and Kohlberg. On the application of them to the court decision, see Marcelo Cattoni. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 179ss.; e: CARVALHO NETTO, Menelick de. *Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-146, dezembro, 2003.



preliminary hearing in which the defendant has the opportunity to show (taking data) his actual ability to implement the public policy - in these terms, the defendant is not being pressed to say "how he wants to suffer coercive acts" which would be useless, but rather opening the debate such that a schedule for implementing the decision by the parties is proposed. Having the data provided in the hearing, the judge would be better able to establish a timeframe and a method consistent with the reality of the case.

The proposal of the author is, therefore, that the judicial execution of public policies move away from the traditional perspective of it as a penalty, towards a "soft" enforcement, based on negotiation, mediation and dialogue, so that, after hearing the parties, the path to compliance with the decision can be better defined⁵⁷. For this, Eduardo Costa works with the *modus operandi* of the art of negotiation: private meetings with each party; rounds of negotiations not only with the presence of the parties (and their lawyers), but also those that will directly fulfill the schedule, and, where appropriate, third parties (experts), appointed by the court to contribute technically; but, more than this, aside from other formal requirements, the author emphasizes the importance of the discussion breaking away from the narrow limits of the subjects of the process to also achieve, as appropriate, the involvement of sectors of society, somehow, in the implementation of public policy, so that the procedural relationship takes a *polyphonic structure* and the solution gains a democratic legitimacy.

With respect to the latter aspect, which we consider essential, there are some considerations to make. It is a long time that we have been defending a change of attitude as to how decisions should be taken. The establishment of an adversarial co-participation⁵⁸ is essential for processes that develop in the procedural paradigm of the democratic rule of law: this assumes that the legitimacy of decisions is not (only) in the formal observance of rules, or

⁵⁷ We recall here the timely, now classic, defining of mediation of Warat as "an ecological way of solving the social and legal conflicts, a form in which the purpose of satisfaction of desire replaces the coercive and outsourced application of a legal sanction. Mediation is an alternative way (alongside others) for resolving legal disputes, with no fear of breaking the law or to adjust according to the provisions of positive law" (WARAT, Luis Alberto. Em nome do acordo: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998, p. 5).

⁵⁸ NUNES, Dierle. Processo Jurisdicional Democrático. *cit.*; NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual - Uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. *cit.*



subsumption of the law to the concrete case; hence moving from a situation where the parties are merely given the opportunity to "say and contradict", and where the magistrate merely states his decision⁵⁹ is not enough.⁶⁰

More than ever the discussion of participatory implementation leads us, as a dogmatic assumption, to the doctrine of Fazzalari (1958), properly introduced in Brazil by Aroldo Plínio Gonçalves when he stated that "there have always been processes in which there was procedure realised in adversarial process between stakeholders, and the essence of this is in the 'symmetric parity' of the participation, in the acts which prepare the proof, of those who are interested in it because, as its recipients, they will suffer its effects"⁶¹.

However, we argue that a co-participation that induces a procedure backed by all fundamental rights, with the adversary as the guarantee of influence and of no surprise⁶², which leads to a debate between all procedural subjects, especially the viability of public interest litigation.

When Costa defends the pluralization of the debate such that the judge sets the schedule of compliance, once again we need to emphasize the revision of the concept of

⁵⁹ Even more so if one considers the dominant understanding in our courts whereby the judge is not obliged to answer all questions/theses posed by the parties or that he has "discretion" to decide "according to his conscience." About this: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso - Decido conforme minha consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁶⁰ Sobre isso ver: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático. cit.*; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo Constitucional: uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito. cit.*; BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 101, p. 61-96, 2010*; BAHIA, Alexandre. *Avançamos ou Retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito. In: Felipe Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-37*; BAHIA, Alexandre; BALESTERO, Gabriela Soares. *A Necessidade da Quebra do Protagonismo Judicial: a comparticipação na construção do provimento jurisdicional, uma abordagem habermasiana e fazzalariana. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, v. 65, p. 134-148, 2010.*

⁶¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 115.*

⁶² NUNES, Dierle. *O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa. Puc-Minas, 2003, dissertação de mestrado*; NUNES, Dierle. *O princípio do contraditório, Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil, v. 5. n. 29. p. 73-85, Mai-Jun/2004*; NUNES, Dierle José Coelho, THEODORO JR, Humberto. *Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 28, p. 177-206, 2009.* NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático. cit., Curitiba: Juruá, 2008.*



process as a constitutionalized procedure entails⁶³. If we deal with the execution of public policies, then the "public" that will be affected by the same should have been given the opportunity to participate not only in the execution phase, but also in cognition - as will be mentioned below, being an essential requirement for the understanding of the implications of a constitutionally adequate concept of process.

For Costa, for such a procedure to occur it is necessary that the magistrate is someone "truly skilled in the art of mediation" and that he has "personal inclination for dialogue, active listening, the ability to interrupt, patience, curiosity, improvisation skills, commitment, judgment, the ability to articulate, apprehension towards non-externalized interests, the breaking of deadlocks, etc".

Already we have had the opportunity to discuss the issue of "exceptional training of the judge as a condition for good resolution of conflicts."⁶⁴ On occasion, which we still maintain, it was argued that better training of a judge is a positive thing, this, however, doesn't mean that the correction of the decision is dependent upon it - or even that, necessarily, highly trained judges come to correct decisions.

From this, although agreeing with the proposal of Costa, we disagree on this last requirement as it puts another burden on the shoulders of the magistrate. The idea of opening a negotiation procedure at the stage of execution of the judgment, of an obligation to comply with public policy, is very welcome for all the reasons above. However, we understand that the same thing could take place without the magistrate being, once again, burdened by it. This function could be delegated to a professional mediator or conciliator to act as an auxiliary organ of the judgment (and under strict monitoring) who, possessing those professional qualities which the author requires of the judge-mediator, better exert the function of obtaining the data needed to formulate the timing of the performance of the resulting obligation.

⁶³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. A Coisa Julgada no Código de Defesa do Consumidor e o Conceito de Parte. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 331, 1995, p. 65-73.

⁶⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Por um Paradigma Democrático de Processo. In: DIDIER, Fredie. Teoria do Processo - Panorama Doutrinário Mundial - 2a série. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 159-180.



For the implementation of a unique *multi-door* system

As we know, since the 1970s there has been a huge trend in favor of ADR (*Alternative Dispute Resolution*) as an option to the traditional court system.

This inclination was started as a trend of allowing conflicts of lower complexity, which did not require legal knowledge, to be tackled by these techniques.

In a seminal lecture of 1976, Frank Sander, presented some criteria to be considered in determining the appropriate dispute resolution mechanism.⁶⁵

At that time, without even using the current ordinary nomenclature (Multi-door Courthouse), Sander laid the foundations for the Global Justice Center to provide access to a variety of facilities of ADR (mediation, arbitration, ombudsman, fact finding, small claims, etc.)⁶⁶, in order to seek the most appropriate technical solution and reduce the demands on the judicial system. It would create a place where eclectic methods of dispute resolution would be, in a concentrated fashion, available to citizens.

Such a multi-door model comes despite several setbacks in its implementation, obtaining good results in the U.S.⁶⁷ and serving as a model for many other countries (e.g. Nigeria, Singapore).

This foreign experience showed that in preliminary negotiations (pre-trial negotiations), the initial stage of the procedure, it would be convenient in any kind of dispute for the "judge"

⁶⁵ Sander said that the criteria should be: 1. The nature of the dispute. 2. The relationship between the parties. 3. Costs, taken as a reference for both the amount of credit, as the cost of pursuing. 4. Speed, being a reference to the desire for the quick resolution and the need for urgent action. Cf. SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing. cit.*

⁶⁶ SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing. cit.* p. 84.

⁶⁷ Pilot projects were implemented in the United States in Tulsa, Houston and Washington-DC, in 1985, with the support of the *American Bar Association Standing Committee on Dispute Resolution*. Similarly, other pilot programs were created in New Jersey and Cambridge, Massachusetts, since 1980.



who presided over the hearing to not be the same as that which would hear the case in the judgment phase.⁶⁸

Moreover, one sees that the magistrate is not always the most qualified person to conduct the initial hearing by using techniques of professional mediation or arbitration, as professionals who possess this expertise do so as a result of specific preparation and training, which often is not (or was not) the area of study required to train as a judge. The fact that someone finds himself in the position of exercising judicial functions, does not necessarily mean that the person is skilled in mediation or other ADR mechanisms.

Such practices in the litigation of public interest, whether in cognition, and, especially in execution, have huge potential via the adversarial dynamic to enable much higher chances of balancing the demands.

The innovation that is advocated here, would not be the use of "appropriate" techniques to the detriment of traditional court proposals, but the perception that opting for them would no longer be suitable to be recommended for demands of lesser complexity, as customarily still stands, but that its use would be sought precisely in cases of high complexity, such as the execution of public policies.

However, if it is not feasible to "negotiate", it would go on to a case management conference, chaired by the judge, but the establishment of a management procedure in contradiction of the potential stages of the execution of public policy.

Final Considerations

The judicial efforts directed at actions that deal with the implementation of public policies in the context of inalienability (and, in fact, increase) of public interest litigation involves a comprehensive review of the old liberal and/or socializing concepts of processes. The

⁶⁸ FRENCH, Robert. Perspectives on Court Annexed Alternative Dispute Resolution. Law Council of Australia — Multi-Door Symposium, 27 July 2009, p. 9. Available at: <<http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj27july09.pdf>>.



Constitution, in the year in which it turns 25, if on the one hand, it was able to change the way the law in general is conceived (and the process in particular), on the other it contains major challenges for the public powers.

The use of the courts by social movements, or isolated individuals seeking the implementation of fundamental rights, is a reality in which there is no room for questioning whether or not something should be defended: judicialization is a worldwide phenomenon and, in Brazil, has allowed that, as mentioned above for example, groups pressure the State through "popular legal aid" in which counter-hegemonic interests of excluded groups find an access route in face of the omission of the legislature and omission/inefficiency of the public administration.

One of the first lessons is, therefore, to understand that there are new forms of litigation, beyond that individualized and designed by patrimonialist codes. Not only do the subjects and the effects of decisions multiply, the content of their actions dilates to include issues with political, budgetary and fiscal implications, which previously were forbidden territory for judicial assessment because they are "political questions", *interna corporis* issues of "administrative discretion". Today the judiciary has been called to implement concrete policies (and/or abstractly provided laws) not realized in their entirety or at least satisfactorily.

To deal with the implementation of public policies (such as the examples cited in health and education) involves a profound reflection on the role of the subject in the process. To realize this, it is not necessary to have a magistrate with a differentiated knowledge or wide training in extra-legal disciplines. It is necessary, however, that the process occurs in a form which preserves the adversarial role within the co-participative and polycentric proposal.

When the judiciary, in an attempt to "concretize" fundamental rights, makes decisions without regard to the (wide) contribution of those who are affected by this provision, this can lead to bleak conclusions such as those that Rizzi and Ximenes arrived at above: litigation underwent a change in the sense that the judiciary was to receive the demands, however, the precise execution of these decisions left much to be desired.



And then we arrive at precisely the proposal of Eduardo Costa regarding the co-participative implementation of public interest: if the whole constitutional process must be moved from the adversarial dynamic, execution should also be affected by this renewed concept of the process, leaving aside (especially regarding the implementation involving public interest litigation) a bias towards the privative that only considers sanctions and coercion in the phase of "forced" fulfillment of the sentence, i.e. from an *execution as a sanction* view to a "soft" *execution* that favors, also in the executive phase, dialogue not only among the subjects of the process in a "strict sense", but also with contributions from experts and of others who will be affected by the provision.

Adding to the privileges that the existing powers still have in court, even in the execution, we move on the proposal of Eduardo Costa: taking advantage of the features that the 5th paragraph of art. 461 of the CPC, a space for negotiated execution could be created in which the parties are given the opportunity to participate in the formulation of how the decision will be complied with, that is, how and when (the timing and establishment phases).

Nevertheless, within the above theoretical framework, we believe that, if the proposal of establishing a mediation space is a huge advance which we have made in the current execution parameters, this should not, however, result in the magistrate having to be the mediator, given that he himself does not have - and nor should the requirement be imposed - the knowledge needed to promote negotiation in accordance with the stringent requirements it entails. A professional mediator (or conciliator) can make the changes in the execution of the decision so as to achieve the desired goal: get the data for the formulation of the timing and/or the establishment of stages of compliance. In this sense we have learned from the experience of the "multi-door system" implemented in several countries, which defends, even when the chosen route is judicial, that mediation and conciliation procedures are not made by the magistrate. This potentiates the adversarial and the formation of a provision in close relation with the demanding dictates of the process in the democratic rule of law.



References

- ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. SP: RT, 2011.
- ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. *International Journal of constitutional Law*. Oxford University Press e New York University School of Law, 2005. v. 3. n. 4.
- BAHIA, Alexandre. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BAHIA, Alexandre; BALESTERO, Gabriela Soares. *A Necessidade da Quebra do Protagonismo Judicial: a comparticipação na construção do provimento jurisdicional, uma abordagem habermasiana e fazzalariana*. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 65, p. 134-148, 2010.
- BAHIA, Alexandre. *Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro*. In: FIGUEIREDO, Eduardo H.L et al (coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012. p. 101-126.
- BAHIA, Alexandre. *Avançamos ou Retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito*. In: Felipe Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). *Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-37.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 101, p. 61-96, 2010.



BAHIA, Alexandre; SIMIONI, Rafael. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Sequência (UFSC)*, v. 30, December 2009. Available at:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p61/13590>>.

BARROSO, Luís Roberto. *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en brasil*. México: UNAM, 2008.

BERGALLO, Paola. *Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina*. SELA 2005 Panel 4: The Lawyer's Role, p. 24-25 and 27. Available at: <www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_experimentalism.pdf>.

CAMPILONGO, Celso F. *Assistência Jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais*. In: CAMPILONGO, Celso F.; PRESSBURGUER, Miguel. *Discutindo a Assessoria Popular (Coleção "Seminários" n. 15)*, Rio de Janeiro: AJUP/FASE, June 1991.

CANOTILHO, J. J. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed.; SP: RT, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-146, dezembro, 2003.

CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI, Marcelo. *Processo Constitucional*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. H: Pergamum, 2013.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Ainda o Efeito Vinculante*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 124-164.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University press, 1978.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.



FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1998.

FONSECA, Eduardo José da Costa. A “Execução Negociada” de políticas Públicas em Juízo. Revista de Processo, v. 212, October 2012.

FRENCH, Robert. Perspectives on Court Annexed Alternative Dispute Resolution. Law Council of Australia — Multi-Door Symposium, 27 July 2009, p. 9. Available at: <<http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj27july09.pdf>>.

FRIGO, Darci (et. al.) (orgs.). Justiça e Direitos Humanos: experiências de assessoria jurídica popular. Curitiba: Terra de Direitos, 2010.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, Renata Nascimento. Direito americano. Uma breve abordagem da litigância de interesse público. Monografia Final de Curso apresentada à Faculdade de Direito do Sul de Minas, FDSM. Orientador: Dierle Nunes, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. A Coisa Julgada no Código de Defesa do Consumidor e o Conceito de Parte. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 331, 1995, p. 65-73.

GORS DORF, Leandro Franklin. Introdução. In: FRIGO, Darci (et. al.) (orgs.). Justiça e Direitos Humanos. In: FRIGO, Darci (et. al.) (orgs.). Justiça e Direitos Humanos: experiências de assessoria jurídica popular. Curitiba: Terra de Direitos, 2010.

GÜNTHER, Klaus. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale. Trad. Hervé Pourtois. Archives de Philosophie du Droit. Sirey, t. 37. a. 1992.

GÜNTHER, Klaus. The sense of appropriateness: application discourses. Morality and Law. New York: State University of New York, 1993.



HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

HABERMAS, Jürgen. Reply to simposium participants, Benjamin N. Cardozo school of law. Cardozo law Review, p. 1477-1557, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Verdad y justificación. Madrid: Trotta, 2002.

HART, Herbert L A. Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito – vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

LUHMANN, N. El derecho de la sociedad. México: Universidad Autónoma de México, 2007.

MILLER, Chris H. The adaptive American judiciary: from classical adjudication to class action litigation. Albany Law Review. v. 72 n. 1, 2009. Available at: <<http://www.albanylawreview.org/articles/Miller.pdf>>.

NUNES, Dierle. O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa. Puc-Minas, 2003, dissertação de mestrado.

NUNES, Dierle. O princípio do contraditório, Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil, v. 5. n. 29. p. 73-85, Mai-Jun/2004.

NUNES, Dierle. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. In: THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutelas diferenciadas. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. Revista de Processo, vol. 199, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.



NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual - Uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. FIGUEIREDO, Eduardo H.L et al (coord.). Constitucionalismo e democracia. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012. p. 171-172.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo Constitucional: uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito. E-article of procedural law, UERJ, v. 4, p. 224-250, 2009. Available at: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf>. From 26/05/2013.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Por um Paradigma Democrático de Processo. In: DIDIER, Fredie. Teoria do Processo - Panorama Doutrinário Mundial - 2a série. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 159-180.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 101, jul/dez. 2010, p. 61-96. Available at: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101061096.pdf>>. From 26/05/2013.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

NUNES, Dierle José Coelho, THEODORO JR, Humberto. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 28, p. 177-206, 2009.

POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. Litigância Estratégica para a Promoção de Políticas Públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo. In: FRIGO, Darci (et. al.) (orgs.). Justiça e Direitos Humanos: experiências de assessoria jurídica popular. Curitiba: Terra de Direitos, 2010.



Rosenberg, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Generate Social Change?* in *Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process*. Coord. MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, C. Herman; EPSTEIN, Lee. New York: McGraw Hill. 2002.

SANDER, Frank. A. *Varieties of dispute processing*. LEVEN, A. Leo, WHEELER, Russell R. *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. Minnesota: West Publishing Co. 1979.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. SP: Cortez, 2007.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a j. j. gomes canotilho*. SP: RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

SIMIONI, Rafael. *Poder e autopoiese da política em Niklas Luhmann*. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre*, v. 27, p. 119-129, jul/dec. 2008.

SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação*. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso - Decido conforme minha consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle e BAHIA Alexandre. *A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of its application in Brazilian law*. *Verfassung und Recht in Übersee. Law and Politics in Africa/Asia/Latin America. Nomos*, vol. 3, p. 381-408, 2011.

TRUBEK, Louise G.; TRUBEK, David M. *Civic Justice through Civil Justice: A New Approach to Public Interest Advocacy in the United States*. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice and Welfare State*. Available at: http://www.law.wisc.edu/facstaff/trubek/pub_civjustice_1981.pdf Access in: 29 feb. 2012.



VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. Em nome do acordo: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.



Proceso y sujetos en situación de vulnerabilidad: instrumentalidad subjetiva del proceso¹

(Legal procedure and individuals in situation of vulnerability: subjective
instrumentality in the legal procedure)

María Victoria Mosmann

Prosecutor at Civil, Comercial, Labour and Administrative Matters in Argentina.

Member of the Executive Committee of the Asociación Argentina de Derecho
Procesal

ABSTRACT: The arithmetic equality between the parties in the legal procedure has shown to be insufficient regarding to the legal right of due process for those individuals in situation of vulnerability. The equality thought in this terms appears to be impotent, showing that we ought to use it in a different manner. This papers intends to address this subject.

1.- INTRODUCCIÓN:

La igualdad aritmética de las partes en el proceso, ha mostrado ser insuficiente como tributaria del derecho al debido proceso de sujetos en situación de vulnerabilidad. Aparece impotente la igualdad pensada en tales términos, evidenciando que su uso debe ser empleado

¹ El presente trabajo es parte de una serie de trabajos de investigación sobre la temática, y en particular toma como base el relato presentado en las V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal – La Plata 2013



de modo tal que –en términos de Dworkin-, a través de ella, no nos veamos privados de la igualdad (Los Derechos en Serio, pág. 348).

2.- SUJETOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD:

Diversos estatutos especiales o normas sectoriales² reconocen específicas regulaciones de derechos a determinados fragmentos de la población que se caracterizan por la debilidad de su posición ante determinada situación con efectos jurídicos.

La norma procesal de carácter genérico prevista en los códigos de procedimiento, no recepta dicha modalidad, sino sólo en el caso de la insuficiencia de medios económicos para estar en juicio, otorgando la asistencia jurídica gratuita o defensa oficial, y el beneficio de litigar sin gastos como valiosas -pero únicas- medidas de equiparación³.

Dichas herramientas que surgieron de la evolución de las luchas por el acceso a la justicia, resultan insuficientes para palear todos los obstáculos por los que se ve atravesado ese derecho respecto de los más débiles. Así las carencias económicas o socioculturales atentan contra el real alcance que debe tener la intervención de los sujetos en el proceso generando circunstancias de marginalidad.

Contamos entonces con reglas que regulan la situación de vulnerabilidad extraprocesal de los sujetos, pero carecemos de regulación respecto a la vulnerabilidad procesal⁴, circunstancia que fue analizada por la Corte Interamericana respecto del Estado Argentino.

² Defensa del consumidor (ley 24.240), niños niñas y adolescentes (ley 26.061), salud mental (ley 26.657), genero (ley 26.485), trabajadores, entre otros.

³ Estos invaluable aportes fueron el resultado del trabajo del movimiento de acceso a la justicia, y entre ellos destaco la obra de Roberto Berizonce “Efectivo acceso a la justicia” publicado en el año 1987 por librería Editora Platense S.R.L.

⁴ El concepto de vulnerabilidad procesal es desarrollado por Fernanda TARTUCE en la obra Igualdade e Vulnerabilidade no processo civil, Rio de Janeiro, 2012, Editora Forense.



2. 1. SUJETOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA:

La CIDH en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina”⁵ dijo que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado son necesarios para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

En el caso, al declararse responsable al Estado Argentino, se remarcó la imperatividad de la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. Se hizo hincapié en el rol fundamental que juega el debido acceso a la justicia para enfrentar distintas formas de discriminación. Y afirmó que la administración de justicia se encuentra obligada a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin ejerciendo de oficio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Esta posición ya se encontraba desarrollada en la Opinión Consultiva 16/99, en la que la Corte dijo que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, son aquellas que “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. En tal sentido, “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de

⁵ CIDH, “Furlan y familiares vs. Argentina”, 31 de agosto de 2012



compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁶.

3.- LA EFICACIA DEL SISTEMA PROCESAL:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “la moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada [en el caso una medida anticipatoria] se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía”⁷.

Compartimos con Berizonce⁸, en asignar valor positivo a la excepcional circunstancia de sacrificar el contradictorio cuando “se trata de sujetos o situaciones jurídicas particulares con necesidad efectiva de una tutela especialmente rápida, que el procedimiento ordinario no está en capacidad de suministrar”. Estima que allí existe un fundamento objetivo para conceder por razones de política jurídica, un tratamiento procesal diferenciado con relación a las personas mencionadas en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, esto es niños, ancianos, mujeres, personas con discapacidad, y a condición que se demuestre que se encuentran en especiales dificultades para ejercitar sus derechos.

⁶ CIDH. OC 16/99, párr. 118-119.

⁷ CSJN, “Losicer”, L. 216. XLV, del 26 de junio de 2012.

⁸ BERIZONCE, R., *Tutelas de urgencia y debido proceso*, RDP 2010-1, pág. 77 y sgtes.



Lo urgente entonces, es la situación del pretensor, y esa premura del caso (en su faz subjetiva), requiere soluciones urgentes, tal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación o la Corte Interamericana han puesto de resalto. Esa vinculación estrecha entre el proceso y la realidad extraprocesal es la que otorga efectividad al modelo de debate, en tanto de no concurrir al caso la atención excepcional que requiere, la mera instrumentalidad objetiva resultará estéril a los fines buscados.

Las necesidades del sujeto que reclama a través del proceso el restablecimiento de sus derechos no pueden dejarse al margen de las formas que habrá de tomar el trámite. La garantía del derecho de acción consiste en asegurar a las personas el acceso al Sistema de Justicia, y las medidas tendientes a lograr la universalidad del proceso y de la jurisdicción son los puntales para garantizarlo.

La vulnerabilidad procesal es la susceptibilidad del litigante que le impide practicar los actos procesales en razón de una limitación personal involuntaria ocasionada por factores de salud y/o de orden económico, de información técnica, u organizacional, de carácter permanente o provisorio⁹. Dicha circunstancia pone en la banquina del proceso a quienes no pueden esperar la respuesta buscada, marginaliza o torna marginales a quienes no podrán soportar la antesala de la sentencia. Begala y Lista entienden que presentar una demanda a los tribunales, y acceder "procesalmente" a la justicia, supone, entre otras cosas, haber tomado todos los recaudos que exige o posibilita la ley para transformar un interés de la vida cotidiana en un derecho jurídicamente protegido, generando en quienes no acceden a ello una situación de marginalidad jurídica objetiva¹⁰.

Esta segregación que deja fuera de las fronteras del proceso a quienes son incapaces de arribar al umbral de acceso a la justicia, necesita ser paleada y equilibrada con medidas afirmativas, que sumen a quien lo necesita el suficiente contenido positivo para poder llegar al

⁹ TARTUCE, Fernanda. Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2012, pag. 184.

¹⁰ BEGALA- LISTA. Pobreza, marginalidad jurídica y acceso a la justicia : condicionamientos objetivos y subjetivos, CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC, Anuario no. 5, sección 3: Sociología, política e historia.



final buscado en el proceso, con tantas posibilidades de éxito y efectividad como cualquier otro ciudadano.

La eficacia del proceso lleva a poner la mirada fuera de los límites de las meras formas y tomar el rumbo que lleve al cumplimiento de sus fines, en tanto la tutela jurisdiccional es de las personas y sus derechos¹¹, la jurisdicción tiene directas implicancias sociales y es en gran medida el reconocimiento de su utilidad por los miembros de la sociedad lo que la legitima en el contexto de las instituciones políticas del Estado.

4.- LA INSTRUMENTALIDAD EN EL PROCESO:

El derecho procesal no tiene un fin en sí mismo, y como consecuencia de ello se sostiene que sus reglas no tienen valor absoluto que las sobreponga a las del derecho sustancial y a las exigencias sociales de pasificación de conflictos¹². El sistema pierde legitimidad a través de la aplicación abstracta y descontextuada de las formas, y atenta contra sí mismo al abandonar el sentido de su existencia. Es necesario esclarecer el fin o fines que se pretenden obtener a través del empleo del medio para justificar su desarrollo.

Esa es la visión de la corriente de pensamiento instrumentalista, que sostiene que la instrumentalidad en el proceso significa considerarlo como algo puesto a disposición de las personas con vista a hacerlas más felices (o menos infelices), mediante la eliminación de los conflictos, con decisiones justas. No basta afirmar el carácter instrumental del proceso sin la práctica, o sea, sin extraer de ese principio fundamental o de su afirmación los desdoblamientos teóricos y prácticos convenientes, se pretende que en torno a la instrumentalidad del proceso se establezca un nuevo método de pensamiento procesalista y profesional¹³. Este carácter del proceso se muestra en dos sentidos, uno negativo por el cual el

¹¹ DINAMARCO, Candido, A Instrumentalidade do Processo, 14 Edición, Malheiros Editores, San Pablo, 2009, pág. 180

¹² Afirmación de Santos Bedaque, citado por Dinamarco. Pag. 315

¹³ DINAMARCO, C., A Instrumentalidade do Processo, Malheiros Editores, 14 edición, 2009.



proceso no debe dejar de ser un instrumento del derecho material, y uno positivo por el cual debe ser apto para satisfacer sus objetivos sociales y políticos.

Tal como han marcado la Corte Interamericana, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes reseñados, el proceso debe superar su fase autonomista y ser empleado de modo eficaz, en el contexto constitucional y convencional. Los actos procesales tienen una función ante al proceso y éste tiene una función ante el derecho sustancial, la sociedad y el Estado¹⁴.

Dinamarco destaca que así como el bien común es la síntesis de los fines del Estado contemporáneo, el valor justicia es el objetivo de síntesis de la jurisdicción en el plano social, así las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico sustancial constituyen para el juez el indicador del criterio de justicia por el cual determinada sociedad optó en determinado momento de la historia, más si el juez estuviese atento sólo a eso, sin canales abiertos a las líneas axiológicas de la sociedad y sus mutaciones, correrá el riesgo de apartarse de los criterios de justicia efectivamente vigentes¹⁵.

5.- LAS 100 REGLAS DE BRASILIA:

El contexto latinoamericano presenta una ocasión singular para el desarrollo del proceso en este punto, en tanto la situación de vulnerabilidad de los habitantes de los países que conforman nuestra América latina es transversal. Muestra de ello son las 100 Reglas de Brasilia que fueron aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana¹⁶. Allí participaron funcionarios de nuestro país junto a representantes de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, República Dominicana,

¹⁴ DINAMARCO, C, A Instrumentalidade do Processo, Malheiros Editores, 14 edición, 2009, pag. 318

¹⁵ DINAMARCO, pag. 347, el mismo autor dice que los casos de jueces que se apartan de la voluntad de la ley son el mal menor respecto de la “esclerosis interpretativa” alimentada por los temores misoneístas.

¹⁶ Esas Reglas fueron elaboradas durante la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, en 2008.



Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay, y Venezuela, además de Andorra, España y Portugal¹⁷.

En dichas reglas se confeccionó un catálogo de situaciones en las cuales se considera al sujeto en condición de vulnerabilidad. Esa enumeración, no taxativa, reconoce a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para reclamar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad, dejando a salvo que a su vez la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

La incapacidad de los sujetos comprendidos en las categorías vulnerables para poder afrontar el proceso en su configuración típica, pone en evidencia que el nivel de acceso no es igual para todos, y que el sistema procesal debe dar respuesta a la problemática.

Así en el Capítulo III de estas Reglas se prevé una serie de adaptaciones respecto a la celebración de actos judiciales en los que cualquier persona en condición de vulnerabilidad participe como parte o en otra condición. En primer lugar manda velar por la dignidad de la persona y para ello preceptúa que debe ser tratada de modo acorde a las circunstancias propias de su situación. Prevé la información que debe brindársele, así como que ella debe ser suministrada a lo largo de todo el proceso, también la forma y los medios que habrán de emplearse. En particular considera la información que debe brindarse a las víctimas. Luego se asignan reglas a fin de lograr una real comprensión de la actuación judicial, la adecuación de la

¹⁷ La Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada N° 5/2009 adhirió a las "Reglas" y también adhirieron la Procuración General de Río Negro (16-4-09), el Poder Judicial de Chaco (30-4-09), la Corte Suprema de Catamarca (27-5-09), también el Superior Tribunal de Chubut.



situación de comparencia a los actos judiciales y la protección de la intimidad del sujeto en condición de vulnerabilidad.

6.- LA INSTRUMENTALIDAD DEL PROCESO EN RELACIÓN A LOS SUJETOS – INSTRUMENTALIDAD SUBJETIVA:

Calamandrei decía que “la afirmación puramente jurídica de la igualdad de las partes puede convertirse en letra muerta, si después, en el caso concreto, la disparidad de cultura y de medios económicos pone a una de las partes en condiciones de no poderse servir de esa igualdad jurídica, porque el costo y las dificultades técnicas del proceso, que la parte acaudalada y culta puede fácilmente superar con los propios medios y haciéndose asistir, sin ahorrar nada, por defensores competentes, cabe que constituyan, en cambio, para la parte pobre un obstáculo a menudo insuperable en la vía de la justicia”¹⁸. La salida a esta problemática la encontraba en las adaptaciones que al proceso debían hacerse para evitar las desigualdades, solución a la que llamó “nivelación social del proceso”.

Esta misma perspectiva de análisis de la igualdad en el proceso llevó a Calamandrei a pensar en una forma especial de instrumentalidad cautelar cuando el acreedor temiese la ocurrencia de un daño irreparable por encontrarse en particulares razones de necesidad, las que no le permitirían esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho sin que ello consolidase el daño que pretende subsanar a través de proceso. Aquí puso el eje de la instrumentalidad en el sujeto procesal, y apuntó a asignarle los mecanismos que le permitan al individuo vulnerable evitar que los tiempos naturales del proceso civil sean un atentado contra sus propios fines, y categorizó así una forma diversa de instrumentalidad.

En esta nueva forma mudo la mirada de la posibilidad de que el objeto del proceso se torne de imposible cumplimiento – instrumentalidad cautelar objetiva-, a la imposibilidad del sujeto de ser capaz de tolerar los tiempos que el proceso insume hasta el dictado de la

¹⁸ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Ed. Astrea, 1943, pág. 343.



sentencia de mérito considerando así a la instrumentalidad cautelar desde el punto del sujeto – instrumentalidad cautelar subjetiva¹⁹.

Los motivos que aconsejaban ya en el año 1935 una adaptación del instituto cautelar en miras a la vulnerabilidad del sujeto, son los mismos que llevan a pensar en mutaciones del proceso pero no sólo en el ámbito precautorio sino en general, en tanto la necesidad que dio origen a aquella respuesta doctrinaria, no se limita sólo a ese ámbito sino que aparece reflejada en la actualidad en cualquiera de las etapas procesales y posee virtualidad para incidir sobre todas sus instituciones.

Así, encontramos en el inicio del proceso la necesidad de salvar los obstáculos económicos que limitan el acceso a través del beneficio de litigar sin gastos y la intervención de la defensa pública oficial, o la urgencia de la situación que debe ser satisfecha a través de la tutela anticipatoria o de urgencia. En su transcurso, luego, aparecen necesidades tales como el acceso a la información o “actuación informada” para lograr una intervención o bilateralidad eficaz, el acompañamiento a las víctimas, la asignación de intérpretes de señas o de lenguas originarias, la posibilidad real de producir todas las pruebas necesarias y relevantes para su defensa, la duración razonable del proceso, el dictado de una sentencia que haya considerado las particularidades de la faz subjetiva del caso, la ejecución anticipada de la sentencia, y finalmente la efectivización del mandato en ella contenido, entre muchas de las modificaciones que podrían ser analizadas en este contexto.

El efectivo ejercicio del derecho de acción garantizando igualdad de oportunidades y de trato requiere la asignación de medios o herramientas que permitan equiparar a los sujetos intervinientes en el proceso, así lo prevé el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, que manda legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pág. 71 y sgtes.



Esta norma genera no solo una obligación de positivizar herramientas igualitarias, sino también de generar medidas de equiparación que operen ante la falta de las primeras y para ello sostenemos con Marinoni que los derechos fundamentales no solo garantizan derechos subjetivos, sino que también fundan principios objetivos orientadores del sistema jurídico²⁰.

Couture sostenía que los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio²¹.

Como se ha dicho, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación han interpretado el sistema interamericano y nuestro sistema constitucional de modo tal que han despejado dudas respecto a la obligación de sostener la efectiva igualdad de las partes en el proceso. Dicho mandato genera en el proceso una necesaria reacción que más allá de su reconocimiento normativo expreso en los códigos de procedimiento, aparece como un principio procesal derivado de los principios generales del derecho y de las garantías de igualdad convencionales y constitucionales.

Las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentran los sujetos generan un conflicto interpretativo respecto a la igualdad y a como debe ser ella manejada a fin de no desvirtuar las reglas del juego que impone el proceso, y para ello debe recordarse que no es la preferencia por el sujeto lo que mueve el razonamiento que se desarrolla, ya que no hay interés en generar una situación de beneficio de una de las partes, sino que el desafío interpretativo es lograr la efectividad de la igualdad procesal ante la desigualdad real de las partes que opera en el proceso como vulnerabilidad o marginalidad procesal²².

El proceso logra garantizar la igualdad y el debido acceso a la jurisdicción si operativiza su instrumentalidad respecto del sujeto procesal. El Estado debe tratar de forma igualitaria a los litigantes, sea dándoles igualdad de condiciones de manifestación a lo largo del proceso, o

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoría Geral do Processo*, V. 1, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, Pág. 69

²¹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4° ed. Editorial B de F, pág. 150.

²² Para KENNEDY, esta circunstancia “reproduce la marginalidad de los márgenes”, *Izquierda y Derecho*, Ensayos de Teoría Jurídica Crítica, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010, pág. 103



sea –en el caso que fuese necesario- creando condiciones para que esa igualdad sea efectivamente ejercitada. El tratamiento desigual se justifica en la medida exacta de la desigualdad combatida²³.

Partiendo de la conceptualización de vulnerabilidad o marginalidad procesal, intentamos esta respuesta finalista o instrumentalista pero ahora en esta variante que ensayamos, proponiendo la sub-categoría del principio de instrumentalidad, la instrumentalidad subjetiva del proceso.

²³ SCARPINELLA BUENO, Cassio, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoría geral do direito procesual civil, T. I, 6 edición, Editorial Saraiva, pág. 167.



La giurisdizione nelle cause tra coniugi secondo la normativa europea

(Jurisdiction in matrimonial matters according to European legislation)

Salvatore Ziino

Associate Professor of Civil Procedure at the University of Palermo

Abstract: The author of this article, through the study of the joint EC sources of law, peruses the several European regulations on judicial cooperation in civil matters. In the first part, the article illustrates the European competence in civil matters having cross-border implications and deals with the EC regulation n.2201/2003, so called Brussels II bis, regarding jurisdiction in civil matters relating to divorce, legal separation or marriage annulment. Thereafter, the article reviews jurisdiction in other relevant EC regulations and compares the different provisions. The article provides a framework to determine within which limits the European regulations allow to bring, before the same court, matrimonial matters and related claims, such as maintenance obligations and parental responsibility. The purpose of this article is to overcome the fragmentation of the European provisions on jurisdiction, in order to find out if it is possible to bring the different claims before the same court; in this way it could be possible for the parties to avoid several proceedings and obtain effective access to justice.

Riassunto: L'articolo esamina la normativa comunitaria in materia di processo civile, con particolare riferimento alle controversie tra i coniugi. Nella prima parte, l'Autore illustra le competenze dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile ed esamina le disposizioni sulla competenza giurisdizionale nelle cause tra coniugi in materia di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio, contenute nel regolamento (CE) n. 2201/2003, c.d. Bruxelles II bis. Nella seconda parte dell'articolo, l'Autore illustra le norme sulla competenza giurisdizionale contenute negli altri regolamenti rilevanti e procede ad un esame comparativo delle diverse disposizioni. In questo modo l'A. individua in quali limiti la normativa europea consente di proporre davanti allo stesso giudice le cause matrimoniali e le domande accessorie connesse, e, in particolare, la domanda al pagamento del mantenimento e le domande relative all'affidamento dei figli. Lo studio mira a



superare la frammentazione delle norme europee in materia di giurisdizione, contenute in diversi regolamenti. In questo modo è possibile stabilire in quali ipotesi le parti possono cumulare le diverse domande davanti allo stesso giudice e possono ottenere un effettivo accesso alla giustizia.

Keywords: Jurisdiction. Judicial cooperation in civil matters. Matrimonial matters and related claims

Parole chiave: Giurisdizione. Cooperazione giudiziale in materia civile. Controversie tra coniugi e cause connesse.

Sommario: 1. Origine della normativa comunitaria sul processo civile. - 2. Il Trattato di Lisbona. – 3. Il regolamento Bruxelles II *bis*. - 4. La competenza giurisdizionale nelle cause matrimoniali secondo il regolamento Bruxelles II *bis*. - 5. La giurisdizione nel caso di doppia cittadinanza e i criteri speciali di determinazione della competenza. - 6. Rapporti tra il regolamento Bruxelles II *bis* e il regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari. – 7. Rapporti tra il regolamento Bruxelles II *bis* e il regolamento Roma III, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. – 8. Cause matrimoniali e controversie in materia di responsabilità genitoriale: definizione della responsabilità genitoriale. - 9. Connessione tra cause matrimoniali e controversie in materia di responsabilità genitoriale. -10. Segue: conseguenze derivanti dal trasferimento lecito o illecito del minore. - 11. Conclusioni.

1. – La materia della cooperazione giudiziaria era esclusa dal Trattato di Roma del 25 marzo 1957, istitutivo della Comunità Economica Europea, in quanto la amministrazione della giustizia è tradizionalmente considerata una prerogativa della sovranità dei singoli stati.

Il Trattato di Roma però non aveva trascurato l’importanza di questa materia e prevedeva la possibilità, per i singoli Stati, di avviare negoziati al fine di agevolare il reciproco riconoscimento e la esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali (¹).

¹ L’art. 220 del Trattato di Roma stabiliva che “*gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini (...) la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco*



Con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997⁽²⁾, la materia della cooperazione giudiziaria in materia civile entra a far parte delle competenze della Comunità Europea.

L'articolo 61 del Trattato della Comunità Europea (come modificato dal Trattato di Amsterdam) attribuiva al Consiglio il potere di adottare *“misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile”*, allo scopo di *“istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”*.

Ai sensi del successivo art. 65, le misure nel settore della cooperazione giudiziaria potevano essere emanate quando la materia civile *“presenti implicazioni transfrontaliere (...) e per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno”*.

Tali misure includevano:

“a) il miglioramento e la semplificazione:

- del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali;

- della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova;

- del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali;

b) la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale;

c) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri”.

In forza di queste disposizioni, le istituzioni della Comunità Europea hanno potuto adottare

riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali”. Sull'art. 220 del Trattato di Roma, v. TROCKER, N., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 43 ss. In applicazione di questa norma è stata stipulata la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale, alla quale sono seguiti altri accordi internazionali, ivi compresa la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (recepita in Italia con l. 18 dicembre 1984, n. 975 ed entrata in vigore il 1° aprile 1991), che è stata la base del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, soprannominato Roma I.

² Pubblicato nella G.U.C.E. n. C 340 del 10 novembre 1997 ed entrato in vigore il 1 maggio 1999.



atti vincolanti per gli ordinamenti nazionali, quali direttive e regolamenti, nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile e nelle altre materie elencate dall'art. 65 ed hanno potuto emanare provvedimenti diretti a promuovere la compatibilità delle norme in materia di competenza giurisdizionale e di procedura civile.

Le nuove competenze comunitarie coprivano sia profili di diritto sostanziale, relativi alle regole applicabili ai conflitti di leggi, sia aspetti di diritto processuale, comprese le norme sulla competenza giurisdizionale (³), sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni.

L'art. 65 del Trattato CE è stato il fondamento su cui è sorto il nucleo della normativa europea in materia civile. Questa normativa viene indicata come diritto internazionale privato e processuale comunitario, diritto processuale comunitario o diritto processuale civile europeo.

Lo strumento legislativo preferito della Comunità Europea in questa materia è stato il regolamento, che consente un'integrazione forte ed è idoneo a stabilire una disciplina unitaria e completa della materia: il regolamento, infatti, è un atto a portata generale, obbligatorio in tutti i suoi elementi, direttamente efficace all'interno degli Stati membri e non richiede la emanazione di

³ L'espressione "competenza giurisdizionale" era utilizzata dalla "Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale", ratificata dall'Italia con la legge 21 giugno 1971, n. 804, e costituisce una traduzione dell'espressione francese "compétence judiciaire". Forse sarebbe stato più corretto usare l'espressione "giurisdizione", in quanto il nostro codice di procedura civile usa questo termine per indicare i rapporti tra autorità giudiziarie di stati diversi; nel diritto italiano il termine competenza qualifica i rapporti tra giudici appartenenti alla medesima giurisdizione. L'espressione "competenza giurisdizionale" è stata usata pure nella versione italiana del Trattato di Amsterdam e del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, "concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale". Sul punto il regolamento (CE) n. 44/2001 è la traduzione dal testo francese "concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale". Nel testo inglese viene usato invece il termine *jurisdiction* e nel testo tedesco *Zuständigkeit*. Soltanto in Italia vengono usati due termini diversi, in quanto si pone l'accento sul tema relativo ai rapporti tra i diversi organi giudiziari (se appartenenti o meno alla stessa giurisdizione). Negli altri ordinamenti viene usato un solo termine e viene privilegiato l'aspetto relativo alla attribuzione in concreto, al giudice investito della controversia, del potere di conoscere la causa.

Nell'uso ormai diffuso in Italia la "competenza giurisdizionale" indica le questioni di giurisdizione tra giudici di Stati aderenti all'Unione Europea. Va notato che il regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, "relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi" non usa l'espressione "competenza giurisdizionale", ma, più semplicemente, il termine "competenza". Anche in questo caso sembra che la versione italiana sia frutto della traduzione dal testo francese, che usa il termine "compétence". Sulle espressioni linguistiche dei testi comunitari in materia di giustizia civile, BIAVATI, P., *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, 103 s.; in generale, sulla complessità derivante dal multilinguismo e sulla traduzione delle norme comunitarie, anche per richiami, GAMBARO, A., *A proposito del plurilinguismo legislativo europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 287 s..



disposizioni nazionali.

L'uso del regolamento ha consentito al legislatore europeo di introdurre discipline unitarie, senza alcuna intermediazione da parte dei singoli Stati.

In questi nuovi campi, era una scelta quasi obbligata, perché il recepimento delle disposizioni contenute in direttive avrebbe potuto introdurre difformità tra i singoli ordinamenti, pregiudicando la armonizzazione dei sistemi processuali nazionali.

In virtù della loro diretta efficacia, ed in forza della supremazia del diritto dell'Unione Europea su quello nazionale, la normativa nazionale viene sostituita dai regolamenti.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, una competenza prima custodita esclusivamente dalle autorità nazionali, è quindi entrata nel dominio delle norme sovranazionali di origine comunitaria, che prevalgono sulle leggi nazionali che regolano il diritto internazionale privato, sostanziale e processuale⁽⁴⁾.

Solo per citare alcuni importanti regolamenti ⁽⁵⁾, che sono stati approvati dalla Comunità Europea in forza delle competenze attribuite dagli artt. 61 e 65 del Trattato⁶ e sono immediatamente applicabili in tutti gli Stati membri, vanno ricordati, in ordine cronologico:

a) il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure d'insolvenza;

b) il regolamento (CE) n. 1347/2000, c.d. Bruxelles II ⁽⁷⁾, poi sostituito dal regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e

⁴ In Italia le norme di diritto internazionale privato e processuale sono contenute nella legge 18 maggio 1995, n. 219, "Riforma del sistema di diritto internazionale privato".

⁵ Come provvedimenti diversi dai regolamenti vanno menzionati: la decisione 2001/470/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, e la direttiva 2003/8/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie.

⁶ Si fa sempre riferimento al testo risultante in seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam.

⁷ Il regolamento Bruxelles II ha ricevuto questa denominazione perché è considerato un'estensione della Convenzione di Bruxelles del 1968 alla materia matrimoniale, che è esclusa dall'ambito di applicazione della stessa Convenzione: LUPOI, M.A., *Bruxelles II: new rules for transnational matrimonial disputes*, in *Essays on transnational and comparative civil procedure*, a cura di F. CARPI e M.A. LUPOI, Torino, 2001, p. 107; TONOLO, S., *La sottrazione dei*



all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (c.d. Bruxelles II *bis*)⁸);

c) il regolamento (CE) n. 1348/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale - che è stato poi sostituito dal regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale (notificazione o comunicazione degli atti) e che abroga il regolamento (CE) n. 1348/2000 del Consiglio;

d) il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, c.d. Bruxelles I⁹);

e) il regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale;

f) il regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati;

g) il regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento;

h) il regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità;

minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II bis e la convenzione dell'Aja del 1980 a confronto, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, p. 81.

⁸ Il regolamento (CE) n. 2201/2003, avendo sostituito il regolamento c.d. Bruxelles II, è soprannominato Bruxelles II *bis*. Il testo vigente del regolamento (CE) n. 2201/2003 è quello che risulta in seguito agli emendamenti introdotti dal regolamento (CE) n. 2116/2004, che ha modificato le disposizioni relative ai rapporti con la Santa Sede.

⁹ Questo regolamento a decorrere dal 10 gennaio 2015 sarà sostituito dal regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012, c.d. Bruxelles I *bis*.



i) il regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari ⁽¹⁰⁾.

È interessante constatare che alcuni di questi provvedimenti sono stati approvati dalla Comunità Europea subito dopo la entrata in vigore del Trattato di Amsterdam ⁽¹¹⁾: è la conferma che si avvertiva la necessità di introdurre in tempi brevi strumenti di diritto comunitario per armonizzare le norme processuali all'interno dei diversi paesi europei.

2. - Con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il primo gennaio 2009, la cooperazione giudiziaria in materia civile è confluita tra le competenze dell'Unione Europea.

L'art. 4, comma 2. lett. j), del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) stabilisce che la Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nel settore relativo allo *"spazio di libertà, sicurezza e giustizia"* ⁽¹²⁾.

Ad apertura del titolo quinto del TFUE, dedicato allo *"spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, l'art. 67 stabilisce che l'Unione *"realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia"* e *"facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie in materia civile"* (art. 67, commi 1 e 4).

¹⁰ Nella materia in esame va pure menzionato il regolamento (UE) n. 650/2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo: si tratta però di disposizioni che sono state emesse dopo il Trattato di Lisbona. Vanno pure ricordati, senza pretesa di completezza, i regolamenti sulla legge applicabile: regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I) e regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II); regolamento (UE) n. 1259/2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata, nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (c.d. Roma III).

¹¹ Ci riferiamo ai regolamenti (CE) n. 1346/2000 (relativo alle procedure d'insolvenza) n. 1347/2000 (c.d. Bruxelles II), n.1348/2000 (notificazioni o comunicazioni); n. 44/2001 (c.d. Bruxelles I); n. 1206/2001 (in materia di assunzione di prove).

¹² Ai sensi dell'art. 2 TFUE nel caso di competenza concorrente l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri però esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato o ha cessato di esercitare la propria competenza.



Il successivo art. 81⁽¹³⁾, stabilisce che:

“1. L’Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l’adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire:

a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione;

b) la notificazione e la comunicazione transnazionali degli atti giudiziari ed extragiudiziali;

c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione;

d) la cooperazione nell’assunzione dei mezzi di prova;

e) un accesso effettivo alla giustizia;

f) l’eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri;

g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie;

h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari”.

¹³ L’art. 81 TFUE corrisponde all’art. 65 del TCE ed è inserito nel titolo V, capo 3, dedicato alla *“Cooperazione giudiziaria in materia civile”*. Questa norma è la base giuridica del regolamento (UE) n. 1259/2010, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata, nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (*“Roma III”*) e del regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.



Nel primo paragrafo dell'art. 81 TFUE non si fa più riferimento all'inciso secondo il quale le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile vengono adottate "*per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno*" (espressione che era contenuta nell'art. 65 del Trattato di Amsterdam).

Il collegamento con il mercato interno viene così attenuato.

In conformità a questo ampliamento delle competenze dell'Unione, il paragrafo 3 dell'art. 81 TFUE menziona espressamente la materia del diritto di famiglia tra le competenze dell'Unione e stabilisce che in questa materia vige una disciplina speciale⁽¹⁴⁾. Segnatamente, per le misure relative al diritto di famiglia il Consiglio delibera all'unanimità: per tutte le altre materie si applica invece la procedura ordinaria.

Il diritto di famiglia costituisce una tradizionale prerogativa delle legislazioni statali ed è strettamente collegato alla struttura sociale ed alle tradizioni dei singoli Stati: per questa ragione le nuove competenze dell'Unione Europea hanno trovato un bilanciamento nella previsione che tutti i provvedimenti in materia di famiglia siano adottati all'unanimità.

È opportuno a questo punto segnalare sin da ora che alcuni Stati intendevano adottare un nuovo regolamento nel settore del diritto applicabile in materia di separazione e divorzio e non vi era unanimità dei consensi.

Pertanto questi Stati hanno chiesto di essere autorizzati ad una cooperazione rafforzata in materia matrimoniale.

La procedura di cooperazione rafforzata era stata introdotta dal Trattato di Amsterdam del 10 novembre 1999, ma non era mai stata utilizzata.

Questa procedura consente all'Unione Europea di adottare, nelle materie previste dal Trattato, provvedimenti che sono vincolanti soltanto negli Stati che intendono partecipare alla adozione del singolo provvedimento.

¹⁴ Il paragrafo 3 stabilisce che "*in deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transfrontaliere sono stabilite dal Consiglio che delibera secondo una procedura legislativa speciale*".



Con decisione del 12 luglio 2010 il Consiglio ha autorizzato una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale; successivamente il Consiglio ha approvato il regolamento (UE) n. 1259/2010 del 30 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

Questo regolamento, soprannominato Roma III⁽¹⁵⁾, vincola soltanto gli Stati membri che hanno instaurato la cooperazione rafforzata⁽¹⁶⁾; pertanto, nella materia della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, all'interno dei diversi Stati dell'Unione Europea trovano applicazione normative diverse⁽¹⁷⁾: negli Stati che hanno aderito alla cooperazione rafforzata trova applicazione il regolamento Roma III, negli altri Stati membri trovano applicazione le norme nazionali di diritto internazionale privato.

Dopo questa premessa sulle origini delle disposizioni che andremo ad esaminare, passiamo a trattare il regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità dei genitori.

Limitaremo il nostro studio all'esame delle norme sulla competenza, ma affronteremo, in questo ambito, i rapporti con gli altri provvedimenti sovranazionali che sono collegati al

¹⁵ Il regolamento (CE) n. 1259/2010, che trova applicazione dal 21 giugno 2012, è stato denominato Roma III perché porta avanti l'attività dell'Unione volta ad uniformare le norme di diritto internazionale privato, attività che era stata avviata con l'adozione del regolamento in materia di obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I) e con quello relativo alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II).

¹⁶ Questi stati sono: Austria, Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna e Ungheria.

¹⁷ Si ricorda pure che, a norma degli articoli 1 e 2 del protocollo sulla posizione della Danimarca (allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità Europea), la Danimarca non partecipa al titolo IV del trattato; di conseguenza gli strumenti comunitari, che vengono adottati nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile, non sono vincolanti né applicabili in questo Stato. La Danimarca ha però stipulato un accordo con la Comunità Europea, in forza del quale trovano applicazione in Danimarca il regolamento n. 44/2001, c.d. Bruxelles I, e il regolamento n. 1348/2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale. La Danimarca non è vincolata al regolamento n. 2201/2003, Bruxelles II *bis*, e neppure al regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari. Per quanto riguarda quest'ultimo regolamento, va precisato che in forza di un accordo stipulato in data 12 giugno 2009 con l'Unione Europea, la Danimarca ha recepito le modifiche apportate dal regolamento n. 4/2009 al regolamento (CE) n. 44/2001, nella parte relativa alla competenza giurisdizionale, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale: non ha aderito, invece, alle disposizioni che regolano la legge applicabile e la cooperazione amministrativa. La Danimarca, con lettera del 20 dicembre 2012, ha notificato alla Commissione la decisione di attuare il contenuto del regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012, c.d. Bruxelles I *bis*, che sostituirà il regolamento n. 44/2001 a decorrere dal 10 gennaio 2015.



regolamento n. 2201/2003 (¹⁸), in modo da valutare in quali limiti è consentito cumulare, nello stesso processo, le azioni matrimoniali (separazione, divorzio e annullamento) con le domande accessorie, che di solito vengono proposte contestualmente alle azioni matrimoniali.

Si tratta di un tema di notevole attualità, che comporta l'esame di normative comunitarie contenute in diversi testi, con conseguenti implicazioni sistematiche sui rapporti tra le materie disciplinate da ciascun regolamento.

In materia processuale, i regolamenti comunitari hanno un ambito di applicazione settoriale e il legislatore europeo utilizza proprie categorie ed una propria terminologia, che devono essere confrontate con le categorie e la terminologia nazionali.

Nel processo di integrazione del diritto comunitario all'interno dei singoli Stati ¹⁹ e nello studio del diritto processuale civile occorre confrontare queste categorie con le categorie interne ed è necessario riesaminare i regolamenti comunitari nell'ottica del possibile collegamento tra le diverse materie, nella consapevolezza che, per ragioni di economia processuale e di effettività della tutela, si debba consentire, ove possibile, la trattazione congiunta delle diverse domande, che presentino apprezzabili collegamenti.

3. - Per lungo tempo, è mancata una normativa europea uniforme nel campo del diritto processuale di famiglia.

La materia dello stato delle persone era stata lasciata fuori dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, sulla giurisdizione e la circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale, il cui contenuto è stato poi trasfuso nel regolamento n. 44/2001, denominato proprio per questo Bruxelles I.

Il primo intervento comunitario nell'ambito del diritto di famiglia risale alla Convenzione di Bruxelles del 28 maggio 1998 (c.d. Convenzione di Bruxelles II), sulla giurisdizione, il

¹⁸ In particolare, il regolamento (UE) n. 1259/2010 nonché il regolamento n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari.

¹⁹ O di "metabolizzazione", secondo l'espressione usata da LIPARI, N., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1 ss.



riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale: questa Convenzione però non è mai entrata in vigore per mancanza di ratifiche⁽²⁰⁾.

Con il Trattato di Amsterdam, la Comunità Europea ha ottenuto la attribuzione di competenze in materia di diritto di famiglia, per ridurre gli ostacoli alla libera circolazione delle decisioni e per promuovere la compatibilità delle regole in materia di giurisdizione: i frutti della Convenzione di Bruxelles II sono stati recuperati dal legislatore comunitario con il regolamento n. 1347/2000 del 29 maggio 2000, *“relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi”*.

Tale regolamento, subito soprannominato Bruxelles II, era frutto di un delicato compromesso politico ed aveva un limitato ambito di applicazione: in sostanza, esso riguardava i soli procedimenti sul vincolo coniugale e quelli relativi alla potestà dei genitori collegati ai primi (²¹).

Per la precisione, il regolamento n. 1347/2000, trovava applicazione nei *“seguenti procedimenti:*

a) procedimenti civili relativi al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio;

b) procedimenti civili relativi alla potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, instaurati in occasione dei procedimenti in materia matrimoniale di cui alla lettera a)”(art. 1 regolamento n. 1347/2000).

In forza di questa disposizione, i procedimenti relativi ai figli rientravano nell'ambito di applicazione del regolamento solo se accessori al procedimento in materia matrimoniale:

²⁰ Il testo della convenzione è stato approvato dal Consiglio della Comunità Europea il 28 maggio 1998. Sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee C 221/27 del 16.7.1998 IT è stata pubblicata la relazione alla Convenzione della prof.ssa Alegría BORRAS (in avanti indicata anche come Relazione BORRAS). Poiché il regolamento n. 1347/2000 recepisce sostanzialmente il contenuto della convenzione, la relazione può essere un aiuto per interpretare le disposizioni del regolamento.

²¹ LUPOI, M.A., *Il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in AA. VV., *Manuale diritto processuale europeo*, a cura di M. TARUFFO e V. VARANO, Torino, 2011, p. 107.



restavano così esclusi numerosi procedimenti relativi ai minori e la competenza in materia di figli era regolata solo come “appendice” al contenzioso matrimoniale.

Il regolamento n. 1347/2000, entrato in vigore il 1° marzo 2001, ha avuto vita breve.

Sulla scia di proposte formulate dalla Francia e dalla Commissione, il 27 novembre 2003 è stato approvato il regolamento n. 2201/2003 (cd. Bruxelles II *bis*), che ha sostituito ed abrogato il regolamento n. 1347/2000, introducendo nuove regole in materia di competenza, riconoscimento e esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale⁽²²⁾.

Un’importante differenza tra i due regolamenti è data dal fatto che le nuove disposizioni contengono una autonoma disciplina dei procedimenti relativi ai minori, che è separata rispetto alle norme sui procedimenti in materia matrimoniale.

I procedimenti in materia di responsabilità dei genitori non sono più considerati una appendice delle cause in materia matrimoniale.

Le due materie trovano la propria disciplina in capi diversi, destinati a regolare in modo separato le disposizioni in materia matrimoniale rispetto alle disposizioni in materia di responsabilità genitoriale⁽²³⁾.

Il regolamento Bruxelles II *bis* ⁽²⁴⁾ ha quindi un duplice oggetto, che risulta anche dal suo titolo: esso disciplina la competenza, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni sia “*in materia matrimoniale*”, che “*in materia di responsabilità dei genitori*”⁽²⁵⁾.

²² Il regolamento è entrato in vigore il 1° marzo 2005; alcune disposizioni erano efficaci sin dal 1° agosto 2004 (cfr. art. 72). Esso si applica alle azioni proposte, agli atti pubblici formati e agli accordi tra le parti conclusi dalla data di entrata in vigore.

²³ Sottolinea questa netta distinzione tra le materie, che sono regolate in parti diverse del regolamento, MC ELEAVY, P., *Bruxelles II bis: matrimonial matters, parental responsibility, child abduction and mutual recognition*, in *Int.l and Comp. L.Q.*, 2004, 505.

²⁴ Il regolamento trova applicazione in tutti gli Stati membri, tranne la Danimarca (cfr. punto 31 della premessa e art. 2, n. 3).

²⁵ Si ricorda che la recente legge 10 dicembre 2012, n. 219, “*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*” ha riformato in Italia la disciplina della filiazione, ha abrogato la distinzione tra figli legittimi e naturali (ad onta del titolo, che continua a menzionare i figli naturali) ed ha modificato il riparto delle competenze tra giudice ordinario e Tribunale per i Minorenni. Per un commento alle nuove disposizioni: TOMMASEO, F., *La nuova legge sulla*



4. - Prima di esaminare i singoli criteri utilizzati dal legislatore comunitario per determinare la competenza giurisdizionale, conviene delimitare l'oggetto della materia matrimoniale disciplinata dal regolamento Bruxelles II *bis*.

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a) il regolamento si occupa esclusivamente della competenza per i procedimenti in materia di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio: si tratta, segnatamente, dei procedimenti che hanno ad oggetto le decisioni sul vincolo²⁶.

Per delimitare l'ambito di applicazione di queste disposizioni, è importante richiamare la premessa al regolamento e, in particolare, il *Considerando* n. 8, dove viene precisato che il *"regolamento dovrebbe applicarsi solo allo scioglimento del vincolo matrimoniale e non dovrebbe riguardare questioni quali le cause del divorzio, gli effetti del matrimonio sui rapporti patrimoniali o gli altri provvedimenti accessori ed eventuali"*⁽²⁷⁾.

Le domande accessorie sono quindi escluse dall'ambito di applicazione del regolamento, che non regola neppure la competenza per i procedimenti volti a modificare le condizioni di una

filiazione: i profili processuali, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 251 ss.; GRAZIOSI, A., *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, *ivi*, p. 263 ss.

²⁶ Il regolamento richiama i tre procedimenti nell'ordine contenuto nel testo: divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio. Forse sarebbe stato più corretto menzionare prima la separazione personale, quale provvedimento che allenta, ma non risolve, il vincolo matrimoniale. In questo articolo abbiamo ritenuto di mantenere l'ordine che è contenuto nel regolamento.

²⁷ Il giudice competente dovrà determinare la causa di scioglimento o allentamento o invalidità del vincolo sulla base del diritto applicabile. In forza del regolamento, il giudice potrà quindi conoscere pure cause di separazione con addebito, ai soli fini della pronuncia sul vincolo. Sul punto cfr. CORTESI F., *Su alcune questioni in merito alla competenza giurisdizionale relativa ai diversi profili del giudizio di separazione*, in *Giur. merito*, 2013, p. 1344. Nel senso che il regolamento non trova applicazione nelle cause relative alla separazione con addebito, v. invece SCARAFONI, S., *Il regolamento n. 2201/2003 sulla competenza ed esecuzione della decisione in materia matrimoniale e genitoriale*, in AA.VV., *Il processo civile e la normativa comunitaria*, a cura di Scarafoni, Torino, 2012, p. 302. È appena il caos di aggiungere che, se il giudice adito ha giurisdizione pure in forza delle disposizioni di diritto internazionale privato secondo la *lex fori*, tale giudice potrà emettere tutte le ulteriori statuizioni relative ai rapporti patrimoniali tra i coniugi.



separazione o di un divorzio: questi procedimenti restano soggetti alla giurisdizione prevista dalla *lex fori* ⁽²⁸⁾.

Sono escluse dall'ambito di applicazione del regolamento le controversie tra conviventi⁽²⁹⁾. In queste controversie, peraltro, il giudice non è chiamato ad allentare o a sciogliere un vincolo (come nella separazione e nel divorzio), ma si pronuncia sulle questioni economiche, che sono escluse dalla disciplina del regolamento.

Se il contenzioso tra conviventi riguarda i figli nati fuori dal matrimonio, il regolamento potrà trovare applicazione nella parte in cui esso disciplina la competenza in materia di responsabilità genitoriale.

Il regolamento non ricomprende neppure i procedimenti relativi alle unioni civili e, almeno quando esso è stato approvato, erano escluse dal suo ambito di applicazione le controversie tra coniugi dello stesso sesso. In tempi recenti però diversi Stati hanno ammesso il matrimonio tra persone dello stesso sesso e potrebbe ipotizzarsi una diversa lettura delle norme comunitarie ⁽³⁰⁾.

²⁸ Vedremo che il regolamento prevede competenze alternative: pertanto non si può escludere la corsa a radicare la causa davanti al giudice che potrebbe applicare una legge più favorevole all'attore.

Nei paesi che hanno aderito alla cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale, trova adesso applicazione il regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 30 dicembre 2010, che tuttavia regola soltanto la legge applicabile alla controversia sullo scioglimento del vincolo e non si occupa della legge applicabile agli effetti patrimoniali del matrimonio alle obbligazioni alimentari ed alla responsabilità genitoriale, che restano soggette alla legge sostanziale del giudice adito.

²⁹ LUPOI, A.M., *Rapporti patrimoniali tra conviventi*, in AA.V.V., *Il riconoscimento dei provvedimenti in materia di regime patrimoniale tra coniugi o conviventi*, Napoli, 2007, 43 ss. L'Autore esamina la possibilità che le decisioni a contenuto patrimoniale relative a rapporti tra conviventi o tra soggetti legati da unioni civili possano rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento Bruxelles I, o del regolamento n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo per crediti non contestati.

³⁰ In questo senso, anche per richiami, v. BONINI BARALDI, M., *EU family policies between domestic "good old values" and fundamental rights: the case of same-sex families*, in Maastricht J. Eur. & Comp. L., 2008, p. 517 ss. e spec. 533 ss.; BOELE-WOELKI, K., *The legal recognition of same-sex relationships within the European Union*, in *Tul. L. Rev.*, 2008, p. 1949 ss. e spec. 1972 ss., ove si mette in evidenza che manca nel regolamento una definizione di matrimonio e molti stati europei hanno ormai riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso: in queste nazioni, il regolamento dovrebbe trovare applicazione anche nel caso di matrimoni tra persone dello stesso sesso, ma potrebbe porsi il problema del riconoscimento di queste decisioni negli Stati che non prevedono il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Sul tema della circolazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, anche per richiami, v. CHIOVINI, F. – WINKLER M., *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali* (nota di commento a Cass., 15 marzo 2012 n. 4184), in *Giust. civ.*, 2012, 1707, e soprattutto, di recente, le belle pagine di SCALISI, V., «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 7 ss.



I criteri di attribuzione della giurisdizione previsti dall'art. 3 del regolamento Bruxelles II *bis* sono ben sette e sono tutti basati su un collegamento, più o meno forte, tra le parti e lo Stato in cui si trova l'autorità giurisdizionale⁽³¹⁾.

Segnatamente, la competenza nelle cause in materia di divorzio, separazione personale dei coniugi ed annullamento del matrimonio è determinata in base ai seguenti criteri, tra loro alternativi:

- 1) la residenza abituale di entrambi coniugi;
- 2) l'ultima residenza abituale di entrambi i coniugi se uno di essi vi risiede ancora;
- 3) la residenza abituale del convenuto;
- 4) in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi;
- 5) la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda;
- 6) la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello stesso Stato membro o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio "*domicile*";
- 7) nel caso di cittadinanza comune dei coniugi, è altresì competente il giudice dello Stato di cui i coniugi sono cittadini e, per il Regno Unito e dell'Irlanda, il giudice del "*domicile*" di entrambi i coniugi (art. 3, n.1, lett. *b*).

Per la nozione di "*domicile*", l'art. 3, paragrafo 2 rinvia a quella utilizzata negli ordinamenti giuridici del Regno Unito e dell'Irlanda e pertanto l'interprete deve fare riferimento a quegli ordinamenti⁽³²⁾.

³¹ Tra questi criteri non è contemplato il domicilio, che invece, come è noto, è il primo criterio previsto dal regolamento Bruxelles I.

³² Ai fini del regolamento la nozione di "*domicile*", dunque, non costituisce oggetto di una interpretazione autonoma a livello comunitario ma è quella utilizzata negli ordinamenti giuridici del Regno Unito e dell'Irlanda, atteso che si tratta di un istituto proprio di quegli ordinamenti: si tratta di un istituto ben diverso dal "*domicilio*" e indica la *permanent home*: ovvero, la nazione che una persona considera come dimora abituale e con la quale ha i rapporti più stretti.



Il regolamento non fornisce alcuna precisazione sul concetto di residenza abituale e l'art. 2 non contiene alcuna definizione della residenza.

Si ritiene che il regolamento abbia accolto una definizione autonoma del criterio della residenza abituale, che viene configurata come il *“luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, fermo restando che... occorre tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione”*⁽³³⁾.

Si tratta di una nozione elaborata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato ed utilizzata nelle convenzioni adottate nell'ambito di tale organizzazione⁽³⁴⁾.

La giurisprudenza italiana ha accolto questa definizione, affermando la necessità che la residenza sia stabile e coincida con il centro permanente ed abituale della vita personale di un soggetto e dei suoi interessi, sulla base di una valutazione sostanziale e non meramente formale ed anagrafica, ferma restando la rilevanza della certificazione anagrafica quale fonte di prova⁽³⁵⁾.

³³ Cfr. in questo senso la Relazione BORRAS, punto 32. Vedi pure LUPOI, M.A., Il regolamento (CE) n. 2201/2003, cit., 115.

³⁴ Si veda sul punto DE CESARI, P., *Diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, Torino, 2011, 196.

³⁵ Cass., 17 febbraio 2010, n. 3680, in *Foro it.* 2011, I, c. 1536; Trib. Belluno, 5 novembre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, c. 913, con nota di De Marzo, G., *Il regolamento (Ue) 1259/2010 in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale: primi passi verso un diritto europeo uniforme della famiglia*. In materia di minori, la Corte di giustizia ha precisato che «La nozione di residenza abituale, ai sensi dell'art. 8, n.1, del regolamento n. 2201/2003, dev'essere interpretata nel senso che tale residenza corrisponde al luogo che denota una certa integrazione del minore in un ambiente sociale e familiare. A tal fine, si deve in particolare tenere conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato. Compete al giudice nazionale stabilire la residenza abituale del minore, tenendo conto delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie»: Corte giust., 2 aprile 2009, A., causa C-523/07 in *Riv. dir. proc.*, 2010, 461, con nota di Marino, S., *Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della Corte di giustizia CE*, e di Gozzi, M., *Regolamento 2201/2003 e protezione dei minori: nuovi chiarimenti della Corte di giustizia CE in tema di ripartizione della competenza e di tutela cautelare*. Nello stesso senso, Corte giust., 22 dicembre 2010, Mercredi c. Chaffe, causa n. 497/10, in *Riv. dir. int. priv e proc.*, 2011, pp. 812 ss. Per richiami, v. pure Lamont, R, *Habitual residence and Brussels II bis: developing concepts for european private international family law*, *I Priv. Int'l L.*, 2007, p. 261.



5. – Tra i criteri per determinare la giurisdizione, il regolamento menziona la nazionalità comune dei coniugi; tuttavia non ha disciplinato le conseguenze derivanti alla doppia o plurima cittadinanza di entrambi i coniugi.

Su domanda di rinvio pregiudiziale, proposta dalla *Cour de Cassation* francese⁽³⁶⁾, la Corte di giustizia ha chiarito che, qualora entrambi i coniugi posseggano la cittadinanza di due Stati membri⁽³⁷⁾, l'art. 3, n. 1, lett. b) del regolamento⁽³⁸⁾ va interpretato nel senso che i giudici di entrambi gli Stati sono egualmente competenti a giudicare della domanda di dissoluzione del vincolo coniugale.

Le parti, quindi, possono scegliere il giudice dinanzi al quale radicare la controversia: se vengono proposte più cause davanti a giudici di Stati diversi, la questione di giurisdizione va risolta in base alle norme sulla litispendenza (art. 19 del regolamento)⁽³⁹⁾.

La soluzione adottata dalla Corte è fondata sul principio di non discriminazione con riferimento alle differenti nazionalità comuni dei coniugi: tale principio sarebbe pregiudicato dando la prevalenza ad una o all'altra cittadinanza⁽⁴⁰⁾.

Nella stessa decisione, la Corte di giustizia ha ritenuto di precisare che tutti i criteri enunciati nell'art. 3, sono alternativi e sono quindi previsti più giudici competenti, senza che sia stabilita tra loro alcuna gerarchia.

La Corte è consapevole che in questo modo vi è il rischio che una delle parti si attivi per proporre la domanda davanti ad uno dei fori alternativi “*per assicurarsi i vantaggi del diritto*”

³⁶ Cour de Cassation, 16 aprile 2008, n. 07-11648, commentata da TOMASI, L., *Doppia cittadinanza e giurisdizione in materia matrimoniale nel reg. n. 2201/2003 (Bruxelles II bis)*, in *Int'l lis*, n. 3/2008, p. 134.

³⁷ In quel caso entrambi i coniugi erano sia cittadini ungheresi che cittadini francesi: segnatamente, si trattava di una coppia di ungheresi che era andata a vivere in Francia ed aveva acquisito al doppia cittadinanza.

³⁸ L'art.3, n.1, lett. b, prevede il foro dello stato di cittadinanza comune dei coniugi: si tratta del settimo foro alternativo, elencato *supra*.

³⁹ Corte Giustizia, 16 luglio 2009, *Hadadi c. Mesko in Hadadi*, causa C-168/08, in *Giust. civ.*, 2010, I, 255.

⁴⁰ L'art. 19, comma 2 della legge n. 218/1995 stabilisce che, nel caso di persona che possieda più cittadinanze e tra queste la cittadinanza italiana, la cittadinanza italiana prevale sulle altre; nel caso in cui una persona abbia più cittadinanze (diverse dalla cittadinanza italiana), si prende in considerazione la cittadinanza del Paese con il quale la persona presenta il collegamento più stretto. L'art. 19 comma 2, l. 218/1995 non è più applicabile al fine di determinare la giurisdizione nelle cause matrimoniali, in quanto tutte le cittadinanze previste dal regolamento Bruxelles II bis hanno la stessa rilevanza.



sostanziale in materia di divorzio applicabile secondo il diritto privato internazionale del foro⁽⁴¹⁾.

Tuttavia, secondo la Corte, un tale comportamento non può essere considerato abusivo⁽⁴²⁾.

Dopo avere esaminato le disposizioni in materia di giurisdizione, si delinea la necessità di spostare la nostra indagine ad un altro importante profilo, diretto ad individuare il giudice che, in concreto, potrà conoscere la controversia. In altri termini, una volta individuato il giudice munito di giurisdizione, occorre stabilire la competenza territoriale all'interno dello Stato⁽⁴³⁾.

Ora, alcuni criteri fissati dall'art. 3 del regolamento n. 2201/2003 consentono di determinare anche il giudice competente per territorio (ad esempio, il criterio basato sul luogo di residenza dei coniugi o di uno di loro); in altri casi invece il regolamento non consente di individuare il giudice competente per territorio all'interno dello Stato (come nella ipotesi di cittadinanza comune dei coniugi, che potrebbero risiedere all'estero).

Se entrambi i coniugi risiedono all'estero e il regolamento non consente di individuare il giudice competente per territorio, in Italia dovrebbe trovare applicazione l'art. 4 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, il quale, in materia di divorzio, stabilisce che *“se nessuno dei coniugi*

⁴¹ È noto infatti che, in generale, nel caso di giurisdizioni concorrenti, l'attore tende a scegliere il foro sulla base del diritto processuale e sostanziale ivi applicato: la scelta della giurisdizione consente di scegliere la legge sostanziale applicabile, sicché *“agire in un foro piuttosto che in un altro può sensibilmente influire sull'esito del giudizio”*: in questo senso, LUPOI, M.A., *Litispendenza internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere in Italia: due normative allo specchio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1215. Nel caso in cui la litispendenza viene risolta attraverso il criterio della prevenzione, si parla, di *forum running* o di *rush to court* (corsa al foro) per indicare la tempestiva instaurazione del giudizio davanti ad uno dei diversi fori, in modo da paralizzare la facoltà dell'altra parte di iniziare la causa davanti ad un foro concorrente.

⁴² In quel caso, anche se la famiglia aveva vissuto numerosi anni in Francia, il marito, che si era trasferito in Ungheria, aveva iniziato la causa davanti al giudice ungherese.

⁴³ Nessun dubbio si pone per la competenza per materia, che appartiene al tribunale, trattandosi di cause in materia di stato: cfr. art. 9 c.p.c.: la competenza del tribunale viene poi confermata dalle norme sulla separazione e sul divorzio: cfr. artt. 706 c.p.c. e art. 4 l. 1 dicembre 1970, n. 898.



risiede in Italia, la domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si propone a qualunque tribunale della Repubblica”⁽⁴⁴⁾.

Il giudice adito in forza dell’art. 3 del regolamento n. 2201/2003 è sempre competente a conoscere le domande riconvenzionali che rientrano “*nel campo d’applicazione*” del regolamento (art. 4).

Si tratta della applicazione della classica regola (che il legislatore comunitario ha disciplinato pure nel regolamento Bruxelles I) che attribuisce al giudice adito la giurisdizione a conoscere le domande riconvenzionali.

Nel regolamento Bruxelles II *bis*, la nozione di domanda riconvenzionale comprende tutte le domande proposte dal convenuto e che rientrino nell’ambito del regolamento: se l’attore ha chiesto la separazione, il convenuto potrà chiedere in via riconvenzionale non solo la separazione, ma anche il divorzio o l’annullamento⁴⁵.

L’art. 19 in materia di litispendenza e di connessione (⁴⁶) stabilisce che, dopo la proposizione della prima domanda, non è consentito proporre altre domande previste dal regolamento davanti ad una diversa autorità giudiziaria: tali domande vanno proposte tutte nello stesso processo davanti al giudice preventivamente adito.

Se viene proposta altra causa matrimoniale tra le stesse parti, l’autorità successivamente adita deve sospendere il processo di ufficio, in attesa che sia accertata la competenza del giudice preventivamente adito.

⁴⁴ Analoga disposizione è contenuta nell’art. 706 c.p.c. in materia di separazione. Per le azioni di annullamento dovrebbe trovare applicazione l’art. 18, ultimo comma, c.p.c., il quale stabilisce che “*se il convenuto non ha residenza, né domicilio, né dimora nella Repubblica o se la dimora è sconosciuta, è competente il giudice del luogo in cui risiede l’attore*”.

⁴⁵ In questo senso il testo inglese è ancora più chiaro, nel sancire che il giudice adito conosce le domande riconvenzionali, “*nei limiti in cui*” (*insofar*) la riconvenzionale rientra nell’ambito di applicazione della convenzione.

⁴⁶ Il testo inglese parla di “*Lis pendens and dependent actions*”; il testo francese di “*Litispendance et actions dépendantes*”.



La sospensione (⁴⁷) va disposta anche se le cause hanno titolo diverso: ad esempio, se in uno Stato viene introdotta una causa di divorzio e nell'altro una causa di separazione. La disposizione in esame stabilisce infatti che la prevenzione vale in tutte le cause disciplinate dal regolamento e pendenti "tra le stesse parti"; non occorre che vi sia identità del titolo.

Una volta che il primo giudice abbia accertato la propria competenza, l'autorità giurisdizionale successivamente adita deve dichiararsi incompetente.

Ai sensi dell'art. 19, paragrafo 3, la parte che aveva proposto la domanda davanti all'autorità giurisdizionale successivamente adita, potrà trasferire l'azione dinanzi all'autorità giurisdizionale che era stata adita per prima: la competenza sulla seconda azione viene così attribuita al giudice davanti al quale era iniziata la prima causa (⁴⁸).

L'art. 5 prevede un criterio di collegamento speciale, che consente al giudice, che ha pronunciato la separazione, di emettere in una decisione di divorzio: questa norma si applica in quegli Stati che prevedono sia la separazione che il divorzio(⁴⁹).

Si tratta di un foro ulteriore e facoltativo, che si aggiunge a quelli previsti dall'art. 3 (⁵⁰).

L'art. 6 del regolamento stabilisce che il coniuge, che risiede abitualmente nel territorio di uno Stato membro ovvero ha la cittadinanza di uno Stato membro (o, nel caso del Regno

⁴⁷ La Corte di Cassazione nel caso (analogo) di sospensione prevista dall'art. 27 del regolamento Bruxelles I ha affermato che non si tratta di una ipotesi di sospensione necessaria, ma di una questione di giurisdizione, che può essere sollevata mediante regolamento di giurisdizione: Cass., Sez. Un., 8 giugno 2011, n. 12410, pubblicata in *Riv. dir. proc.* 2012, 1625 insieme a Cass., Sez. Un., 2 agosto 2011, n. 16862 (che ha affermato lo stesso principio per il caso di sospensione prevista dall'art. 21 della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988), ed ivi nota critica di GIUSSANI, A. - DI FAZZIO, G., *Il difetto «temporaneo» di giurisdizione colpisce ancora*.

⁴⁸ LUPOI, A.M., *Il regolamento (CE) n. 2201/2003, cit.*, 128. La norma in esame introduce una forma di *translatio iudicii* internazionale, ma il regolamento non contiene una disciplina diretta a regolare la prosecuzione del giudizio davanti al giudice preventivamente adito.

⁴⁹ Nella Relazione BORRAS si legge che in forza di questa disposizione si potrà chiedere il divorzio o al giudice munito di giurisdizione in forza dei criteri generali ovvero al giudice che aveva emesso il provvedimento di separazione: i presupposti che consentono il passaggio dalla separazione al divorzio sono comunque quelli previsti dalla legge applicabile dal giudice adito.

⁵⁰ SCARAFONI, S., *Il regolamento n. 2201/2003 sulla competenza ed esecuzione della decisione in materia matrimoniale e genitoriale, cit.*, 321. L'art. 5 parla di "conversione" della separazione in divorzio. In realtà non è un ipotesi di conversione del procedimento e con questa disposizione il regolamento attribuisce al giudice, che ha già pronunciato la separazione, la competenza a conoscere il giudizio di divorzio: ad esempio il giudice italiano, se ha pronunciato la separazione, potrà decidere la domanda di divorzio anche se nel frattempo sono venuti meno i criteri di collegamento previsti dall'art. 3.



Unito e dell'Irlanda, ha il proprio “*domicile*” nel territorio di uno di questi Stati membri) può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro soltanto in forza degli artt. 3, 4 e 5.

Come conseguenza, le disposizioni di diritto interno in materia di competenza giurisdizionale perdono efficacia nei casi in cui trova applicazione il regolamento.

Infine, l’art. 7 regola una competenza residua: se nessun giudice di uno Stato membro è competente ai sensi degli artt. 3, 4 e 5, la competenza è determinata dalla legge del singolo Stato.

La stessa disposizione aggiunge che il cittadino di uno Stato membro, che ha la residenza abituale nel territorio di un altro Stato membro, può, al pari dei cittadini dello Stato in cui risiede, invocare le norme sulla competenza qui in vigore contro un convenuto che non ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro né ha la cittadinanza di uno Stato membro o che, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, non ha il proprio “*domicile*” nel territorio di uno di questi Stati membri.

Queste ultime disposizioni sono molto importanti perché attribuiscono efficacia generale al regolamento in tutti gli Stati membri, a prescindere dalla nazionalità delle parti.

Invero, anche una domanda di separazione tra due coniugi che non sono cittadini italiani e che non hanno contratto matrimonio in Italia, può rientrare nella giurisdizione del giudice italiano in forza del regolamento n. 2201/2003, che trova applicazione a prescindere dalla cittadinanza europea delle parti ed indipendentemente dalle norme sulla giurisdizione previste dal diritto nazionale⁵¹), le quali restano applicabili soltanto in via residuale, ai sensi dell’art. 7 del regolamento, qualora nessun giudice di uno Stato membro sia competente in base agli artt. 3, 4 e 5 del regolamento.

L’indagine, dedicata ai diversi criteri fissati dal regolamento Bruxelles II *bis* per determinare la giurisdizione, richiede un ulteriore approfondimento sul tema, appena

⁵¹ In particolare ai sensi dell’art. 32 della legge 218/1995, in materia matrimoniale la giurisdizione sussiste, oltre che nel caso in cui il convenuto è residente o domiciliato in Italia, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia.



accennato, relativo alla efficacia generale del regolamento, che trova applicazione a prescindere dalla nazionalità delle parti e si applica, in alcune ipotesi, pure a convenuti che non sono cittadini dell'Unione e non sono neppure residenti in uno Stato membro⁽⁵²⁾.

Al riguardo preme sottolineare che la Corte di giustizia ha ampliato la giurisdizione esclusiva prevista dal regolamento ed ha affermato che i criteri previsti dall'art. 6 hanno carattere esclusivo anche se il convenuto non è cittadino comunitario e non è neppure residente in uno stato dell'Unione.

Per pervenire a questa conclusione, la Corte ha proceduto ad una lettura congiunta degli artt. 6, 7 e 17 del regolamento ⁽⁵³⁾.

Nel proprio ragionamento, la Corte ha premesso che:

- ai sensi dell'art. 6, il coniuge che risieda abitualmente nel territorio di uno Stato membro o abbia la cittadinanza di uno Stato membro ⁽⁵⁴⁾ può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro soltanto in forza degli artt. 3, 4 e 5;

- la competenza in questi casi è una competenza esclusiva.

Da questa disposizione si potrebbe ritenere, *a contrario*, che se il coniuge convenuto non è residente in uno Stato membro e non è neppure cittadino in uno Stato membro la competenza giurisdizionale prevista dal regolamento non è esclusiva, ma concorre con le norme nazionali.

Di contro, la Corte di giustizia ha evidenziato che i criteri fissati dal regolamento sono invocabili a prescindere dalla nazionalità dei coniugi e alcuni criteri prescindono pure dalla attuale residenza del convenuto in uno Stato comunitario ⁽⁵⁵⁾.

Segnatamente, i criteri previsti dal regolamento consentono che soggetti residenti in uno Stato terzo possano essere convenuti in giudizio in uno Stato membro, se sussistono i criteri di

⁵² V. sul punto: LUPOI, A.M., op. ult. cit., 112, il quale osserva che "l'ambito di applicazione del regolamento *ratione personarum* è tutt'altro che ovvio".

⁵³ I principi richiamati nel testo sono stati enunciati nel caso *Sundelind*: Corte di giustizia 29 novembre 2007, *Sundelind Lopez c. Lopez Lizazo*, causa C-68/07.

⁵⁴ Il criterio della cittadinanza è sostituito dal "domicile" nel Regno Unito e in Irlanda.

⁵⁵ In questo senso v. pure Trib. Belluno, 6 marzo 2009, n. 106, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 179; Trib. Belluno, 5 novembre 2010, n. 221, in *Fam. min.*, 2011, p. 45.



collegamento fissati dagli artt. 3 e 5, i quali trovano applicazione anche nei confronti di convenuti che non sono residenti in uno Stato membro e non hanno neppure la cittadinanza di uno Stato membro.

L'art. 7 del regolamento prevede il foro residuale: se nessuno Stato membro ha giurisdizione in forza degli articoli precedenti, la giurisdizione va determinata dalla *lex fori* (in l'Italia trova quindi applicazione la legge n. 281/1995, e in particolare, l'art. 32).

A sua volta, l'art. 17 stabilisce che il giudice adito dichiara, anche di ufficio, il difetto di giurisdizione in tutti i casi in cui non ha giurisdizione ai sensi del regolamento e se, nello stesso tempo, la giurisdizione appartiene ad un altro Stato membro in forza del regolamento.

Ora, secondo la Corte di giustizia, l'art. 7 va interpretato nel senso che il ricorso ai criteri di giurisdizione fissati dalla legge nazionale è ammesso solo qualora nessuno dei criteri di collegamento stabiliti dagli artt. 3, 4 e 5 sia applicabile, a prescindere dalla residenza abituale del coniuge convenuto (che può trovarsi all'interno o al di fuori dell'Unione Europea e può essere un cittadino extracomunitario).

La Corte di giustizia ha quindi affermato che se uno qualsiasi degli Stati membri ha la giurisdizione, il giudice adito di un altro Stato membro non può applicare il diritto nazionale per determinare la propria giurisdizione, neppure se il convenuto è cittadino extracomunitario e risiede al di fuori dell'Unione Europea⁽⁵⁶⁾.

In forza dei superiori principi, la Corte di giustizia ha affermato che un coniuge cubano, che aveva risieduto abitualmente in Francia con la moglie svedese e poi era tornato a vivere a Cuba, poteva essere citato in giudizio in uno stato comunitario in forza del regolamento⁽⁵⁷⁾, sicché non poteva essere convenuto in Svezia in applicazione della legge svedese⁽⁵⁸⁾.

⁵⁶ L'art. 7 sembra invece affermare che la competenza prevista dal regolamento ha carattere esclusivo soltanto se il convenuto è cittadino o residente in uno Stato membro. Nel contrasto tra le diverse disposizioni, la Corte ha attribuito prevalenza all'art. 17.

⁵⁷ In particolare, la moglie continuava a vivere in Francia e pertanto il marito poteva essere convenuto in Francia, quale luogo di "*ultima residenza abituale dei coniugi, se uno di essi vi risiede ancora*": art 3, lett. a), primo alinea.

⁵⁸ Corte di giustizia 29 novembre 2007, *Sundelind Lopez c. Lopez Lizazo*, causa C-68/07, cit. In quel caso i coniugi abitavano in Francia e la moglie era rimasta a vivere nella stessa nazione: pertanto la moglie poteva convenire il marito in Francia, quale luogo di ultima residenza abituale dei coniugi (cfr. art. 3, comma 1, lett. a, secondo alinea,



Si può quindi affermare che, in forza della giurisprudenza della Corte di giustizia, i criteri stabiliti dal regolamento vanno applicati anche nei confronti di convenuti privi di residenza abituale in uno Stato membro all'epoca della proposizione della domanda, qualora possa comunque trovare applicazione uno dei fori previsti dal regolamento⁽⁵⁹⁾.

Inoltre i criteri stabiliti dal regolamento prevalgono sulle norme nazionali anche se l'attore non è cittadino di uno Stato membro ⁽⁶⁰⁾.

6. - Il regolamento Bruxelles II *bis* consente di individuare il giudice competente, che dovrà applicare la legge sostanziale che regola la separazione, il divorzio o l'annullamento. La legge sostanziale è determinata in base alle norme di diritto internazionale privato vigenti nello Stato in cui viene iniziato il giudizio.

Come si è detto, manca una normativa comune europea sulla responsabilità per la crisi matrimoniale, sulle sue conseguenze economiche della stessa e sul regime patrimoniale dei coniugi.

Le disposizioni comunitarie si occupano, invece, della competenza giurisdizionale nelle controversie sugli obblighi di mantenimento del coniuge o dei figli.

Le prime disposizioni comunitarie in questa materia erano contenute nell'art. 5 n. 2 del regolamento n. 44/2001 (c.d Bruxelles I).

Segnatamente, l'art. 5, n. 2 del regolamento n. 44/2001⁽⁶¹⁾, era dedicato alle controversie in materia obbligazioni alimentari (in inglese "*matters relating to maintenance*").

che prevede la giurisdizione dello stato "*nel cui territorio si trova (...) l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora*").

⁵⁹ Ad esempio, perché i coniugi hanno avuto la loro ultima residenza comune in uno Stato membro e uno di essi vi risiede ancora o perché il coniuge attore sia residente abituale in uno Stato membro da almeno 6 o 12 mesi, a seconda della sua nazionalità.

⁶⁰ Nello stesso senso, Trib. Belluno, 23 dicembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 1889.

⁶¹ Si ricorda che dal 10 gennaio 2015 il regolamento n. 44/2001 sarà sostituito dal regolamento (UE) n. 1215/2012, c.d Bruxelles I *bis*. Poiché la materia della competenza giurisdizionale in materia di obbligazioni alimentari è contenuta regolamento n. 4/2009, il regolamento Bruxelles I *bis* esclude espressamente dal suo ambito di



La relativa disciplina adesso è contenuta nel regolamento n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008, *“relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari”* (in inglese, *“maintenance obligations”*).

Prima di esaminare i rapporti tra le convenzioni, il regolamento Bruxelles II *bis* e il regolamento n. 4/2009, va chiarito che in ambito europeo le obbligazioni alimentari non corrispondono agli *“alimenti”* del diritto italiano, ma costituiscono un concetto autonomo, e comprendono tutti gli obblighi che hanno lo scopo, anche solo parziale, di contribuire al mantenimento del creditore e sono commisurati ai bisogni ed alle capacità economiche delle parti⁽⁶²⁾.

Vi rientrano quindi sia le obbligazioni alimentari in senso stretto (artt. 433 ss. c.c.) che gli obblighi di mantenimento del coniuge nel caso di separazione e/o divorzio, nonché gli obblighi di mantenimento dei figli (artt. 147 ss. c.c.).

Ora, l’art. 5, n. 2 del regolamento Bruxelles I attribuiva la competenza a conoscere le cause in materia di alimenti *“al giudice del luogo in cui il creditore di alimenti ha il domicilio o la residenza abituale o, qualora si tratti di una domanda accessoria ad un’azione relativa allo stato delle persone, davanti al giudice competente a conoscere quest’ultima secondo la legge nazionale, salvo che tale competenza si fondi unicamente sulla cittadinanza di una delle parti”*.

Questa norma prevedeva come foro principale il domicilio o la residenza dell’attore.

applicazione le obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia: v. art. 2, lett. e), e punto 10 della premessa al regolamento n. 1215/2012.

⁶² LUPOLI, A.M., *Rapporti patrimoniali tra conviventi*, in AA.V.V., *Il riconoscimento dei provvedimenti in materia di regime patrimoniale tra coniugi o conviventi*, Napoli, 2007, 53; PACIA, R., *Gli alimenti*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 681; QUERZOLA, L., *Il regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari*, in AA.V.V., *Manuale di diritto processuale civile europeo*, cit., 148 ss.; SILVESTRI, C., *Il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. La competenza giurisdizionale*, *ivi*, 8. In giurisprudenza, Corte di giustizia 6 marzo 1980, *de Cavel c. de Cavel*, causa C-120/1979, in *Riv. int. dir. priv. e proc.*, 1980, 475; Corte di giustizia 20 marzo 1997, *Farrell c. Long*, causa C- 295/95, e Corte di giustizia 27 febbraio 1997, *van den Boogaard c. Laumen*, causa C-220/95, entrambe in *Famiglia e diritto*, 1997, 205 ss, con nota di BALLARINO, T., *Le obbligazioni in materia alimentare nella convenzione di Bruxelles*. Queste decisioni hanno affermato che rientrano tra le obbligazioni alimentari pure gli obblighi di trasferire la proprietà di beni, anche immobili, in occasione dello scioglimento del matrimonio.



L'attore, in alternativa, nelle cause in materia di *status* poteva proporre la domanda di alimenti (ad esempio separazione personale o divorzio), a sua scelta, davanti al giudice competente a conoscere l'azione di stato secondo la legge nazionale⁽⁶³⁾.

Con questo foro aggiuntivo il regolamento voleva consentire la trattazione congiunta della causa in materia matrimoniale con la domanda di alimenti non solo nel caso in cui il giudice adito coincideva con quello del domicilio del creditore, ma in ogni altra ipotesi, ad eccezione del caso in cui la giurisdizione era determinata esclusivamente dalla nazionalità delle parti o di una di esse⁽⁶⁴⁾.

La competenza in materia di obbligazioni alimentari è stata modificata dal successivo regolamento (CE) n. 4/2009, che costituisce una importante tappa nella elaborazione di norme europee nella materia del diritto processuale della famiglia e delle persone⁽⁶⁵⁾.

L'art. 1 del regolamento stabilisce innanzitutto che il regolamento regola le obbligazioni alimentari "*derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità*"⁽⁶⁶⁾: rientrano quindi nell'ambito di applicazione del regolamento le obbligazioni alimentari tra coniugi derivanti dal rapporto matrimoniale.

L'art. 3 del regolamento n. 4/2009, diversamente dal regolamento n. 44/2001, prevede ben quattro fori alternativi, in materia di obbligazioni alimentari e di mantenimento; i successivi articoli da 4 a 7 prevedono ulteriori fori, facoltativi o esclusivi.

Nell'ordine, i quattro fori alternativi stabiliti dall'art. 3 sono:

⁶³ SILVESTRI, C., *Il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. La competenza giurisdizionale, cit.*, 20. Va ricordato che il regolamento 44/2001 escludeva espressamente dal suo ambito di applicazione le azioni di *status*: da qui il richiamo espresso alla legislazione nazionale per determinare il giudice munito di giurisdizione.

⁶⁴ BAUMBACH, A. – LAUTERBACH, W. – ALBERS, J. – HARTMANN, P., *Zivilprozessordnung*, 2013, p. 3031.

⁶⁵ QUERZOLA, L., *Il regolamento (CE) n. 4/2009, cit.*, 142; VILLATA, C., *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009*, in *Riv. dir. int.*, 2011, 731. Il regolamento n. 4/2009 e il Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 trovano applicazione dal 18 giugno 2011 (v. art. 73 del regolamento e art. 4 della decisione del Consiglio UE del 30 novembre 2009).

⁶⁶ Sono escluse dall'applicazione del regolamento le obbligazioni alimentari derivanti da altri rapporti, come la convivenza. La competenza per le controversie in materia di obbligazioni alimentari di origine contrattuale resta disciplinata dal regolamento Bruxelles I.



a) il giudice del luogo della residenza abituale del convenuto;

b) il giudice della residenza abituale del creditore;

c) il giudice avente giurisdizione per la causa relativa allo stato di una persona, se la domanda di alimenti è accessoria alla causa di stato, salvo che la giurisdizione sia fondata solo sulla cittadinanza di una delle parti;

d) il giudice competente a conoscere un'azione relativa alla responsabilità genitoriale, sempre che la domanda alimentare sia accessoria all'azione di responsabilità genitoriale e la competenza non sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti.

Queste disposizioni agevolano il cumulo della causa (accessoria) di alimenti con la causa principale in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale: sia perché in entrambi i casi troviamo il foro della residenza dell'attore o del convenuto (⁶⁷), sia perché è espressamente previsto che la causa di stato o in materia di responsabilità genitoriale attrae la competenza della causa in materia di alimenti, salvo ipotesi eccezionali.

Mutuando il contenuto dell'art. 31 del codice di procedura civile, possiamo affermare che il regolamento n.4/2009 prevede una ipotesi di competenza per connessione: la causa di alimenti è considerata una causa accessoria rispetto alla causa matrimoniale e/o alla causa in materia di responsabilità genitoriale: in questo modo viene agevolata la trattazione congiunta delle diverse controversie tra di loro collegate.

La causa accessoria di alimenti non può essere attratta dalla competenza giurisdizionale del giudice della causa di stato in un solo caso: quando la giurisdizione è determinata soltanto in base alla cittadinanza di una sola delle parti.

Tuttavia i criteri di determinazione della competenza secondo il regolamento Bruxelles II *bis* non menzionano la cittadinanza di una delle parti (⁶⁸): pertanto la domanda accessoria di alimenti potrà essere proposta senza limitazioni.

⁶⁷ Seppure con modalità leggermente diverse: si veda al riguardo l'art. 3 del regolamento Bruxelles II *bis*.

⁶⁸ MARINO, S., *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, II, 604, la quale aggiunge che il criterio della cittadinanza potrebbe in concreto



Va tuttavia segnalato che un ostacolo alla trattazione congiunta potrebbe derivare dall'accordo delle parti sul foro competente.

Per vero, l'art. 4 del regolamento n. 4/2009 consente alle parti di determinare il giudice competente mediante accordo scritto (⁶⁹); questo giudice ha competenza esclusiva, salvo che le parti abbiano stabilito diversamente.

Su questo punto occorre soffermarsi brevemente.

Il potere di scelta del foro incontra alcuni limiti.

In primo luogo, è ammissibile solo nelle cause concernenti obbligazioni alimentari nei confronti di persone maggiori di diciotto anni d'età (paragrafo 3).

Il regolamento vuole inoltre garantire l'esistenza di un collegamento fra il giudice competente e le parti. In particolare, la giurisdizione può essere attribuita soltanto a uno di questi giudici:

a) i giudici dello Stato membro in cui una delle parti risiede abitualmente(⁷⁰);

b) i giudici dello Stato membro di cittadinanza di una delle parti;

c) per quanto riguarda le obbligazioni alimentari tra coniugi o ex coniugi, in via alternativa:

i) l'autorità giurisdizionale competente a conoscere le loro controversie in materia matrimoniale;

ii) i giudici dello Stato membro in cui essi hanno avuto l'ultima residenza abituale comune per un periodo di almeno un anno (⁷¹).

trovare applicazione in via residuale, nell'ipotesi in cui la giurisdizione venga determinata in base alla legge del foro ai sensi dell'art. 7 del regolamento Bruxelles II *bis*.

⁶⁹ Si considera forma scritta anche la comunicazione elettronica che consente una registrazione durevole dell'accordo (art. 4, paragrafo 2).

⁷⁰ Nel regolamento n.4/2009 non si fa più riferimento al concetto di domicilio, come nel regolamento n. 44/2001, ma a quello di residenza: QUERZOLA, L., *Il regolamento (CE) n. 4/2009*, cit., 152.

⁷¹ Le condizioni di cui alle lettere a), b) o c) devono risultare soddisfatte al momento della conclusione dell'accordo relativo all'elezione del foro o, in alternativa, nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale: v. art. 4, paragrafo 1, penultimo alinea. A causa di questa previsione potrebbe accadere che la causa venga promossa molto



Queste limitazioni al potere di scelta delle parti sono dirette a garantire che esista un effettivo collegamento tra il foro convenzionale; va pure considerato che alcuni di questi fori, che le parti possono scegliere, coincidono con il foro delle cause matrimoniali.

Per le cause tra coniugi, potrebbe accadere che il foro convenzionale sia diverso dal foro concretamente adito da uno dei coniugi per la causa matrimoniale (⁷²).

Ad esempio, potrebbe accadere che i coniugi, dopo avere vissuto per oltre un anno in uno Stato ed avere attribuito a tale Stato la competenza giurisdizionale per la causa in materia di alimenti, trasferiscono la residenza comune e la causa matrimoniale deve essere necessariamente proposta davanti a un giudice diverso.

Ora, sarebbe in contrasto con il principio di economia processuale e con il principio di effettività della tutela ritenere che in tale ipotesi il coniuge debba proporre due cause autonome davanti a due giudici diversi.

Per ovviare a queste conseguenze, si potrebbe affermare che la deroga esclude ogni altro foro nei casi previsti dalle lettere *a)* e *b)* dell'art. 3, ovvero nel caso in cui il foro è determinato in base alla residenza abituale del convenuto o dell'attore.

Nella ipotesi in cui la competenza è stabilita in ragione del nesso di accessorietà con la controversia in materia di stato, invece, l'accordo sulla giurisdizione cede di fronte al nesso di accessorietà.

L'accordo potrà produrre i suoi effetti nelle cause che vengono proposte in via autonoma: ad esempio, dopo che si è concluso il giudizio di separazione o di divorzio, ovvero per ottenere la revisione dell'importo degli alimenti.

Prima di concludere l'esame del regolamento n. 4/2009, va ricordato che l'art. 5 regola la proroga tacita della competenza giurisdizionale: in particolare, in materia di obbligazioni

tempo dopo la conclusione dell'accordo, quando sono venuti meno i collegamenti tra i coniugi e il foro convenzionale: MARINO, S., *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, cit., 605.

⁷² MARINO, S., *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, cit., 605.



alimentari la comparizione del convenuto davanti al giudice adito comporta accettazione della competenza, salvo il caso in cui il convenuto compare per eccepire l'incompetenza (⁷³).

Dall'insieme delle disposizioni che abbiamo esaminato, emerge che il regolamento n. 4/2009 prevede una molteplicità di fori alternativi e mira ad agevolare la cognizione della domanda di alimenti da parte del giudice della causa matrimoniale o della causa in materia di responsabilità genitoriale.

Ciò consentirà all'attore, nelle controversie in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, di instaurare la controversia davanti ad un giudice che potrà conoscere anche le domande dirette al pagamento degli alimenti.

7. - Un altro tema di estremo interesse, al quale fare riferimento nello studio della normativa contenuta nel regolamento Bruxelles II *bis*, è costituito dai rapporti con il c.d. regolamento Roma III.

Come si è anticipato *supra*, il regolamento Roma III è un provvedimento comunitario di notevole importanza in quanto costituisce il primo caso, nella storia dell'Unione Europea di cooperazione rafforzata(⁷⁴). La procedura di cooperazione rafforzata era stata introdotta dal Trattato di Amsterdam del 10 novembre 1999, ma non era mai stata utilizzata.

⁷³ Questa norma dovrebbe essere applicabile anche alle controversie relative ad obbligazioni alimentari nei confronti dei minori. Si ricorda che gli artt. 6 e 7 prevedono due ulteriori criteri di attribuzione della competenza, cioè un foro di competenza sussidiaria e il *forum necessitatis*. Il primo è rappresentato dal giudice del luogo della comune cittadinanza delle parti ed opera quando nessun giudice appartenente a uno Stato membro sia competente in virtù dei precedenti artt. 3, 4 e 5 del regolamento e la giurisdizione non sussista nemmeno in capo alle autorità giurisdizionali di uno Stato parte della Convenzione di Lugano 30 ottobre 2007. Il *forum necessitatis*, invece, può esser invocato solo se la competenza di un giudice di uno Stato membro non può fondarsi su nessuna delle precedenti norme e se è soddisfatta una condizione di tipo materiale, cioè il procedimento non può ragionevolmente esser intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento: in questo caso, è competente la autorità giurisdizionale di qualsiasi Stato membro che presenti un collegamento sufficiente con la controversia.

⁷⁴ Sul tema, anche per richiami, OTTAVIANO, I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione Europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 113.



La origine del regolamento risale ad una proposta del 17 luglio 2006, che era diretta a modificare il regolamento Bruxelles II *bis* e mirava ad introdurre norme sulla disciplina applicabile al divorzio ed alla separazione personale.

La base giuridica della proposta di regolamento era l'articolo 81, paragrafo 3 TFUE, che conferisce al Consiglio la competenza ad adottare misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali ⁽⁷⁵⁾.

Nel diritto di famiglia vi è tuttavia notevole differenza tra i diversi ordinamenti e si tratta di una materia nella quale sono forti i legami con la cultura e le tradizioni dei singoli stati: per queste ragioni l'art. 81 paragrafo 3, TFUE prevede che le misure dell'Unione Europea devono essere adottate all'unanimità.

Poiché non vi era unanimità di consensi sulla proposta di modifica del regolamento Bruxelles II *bis*, alcuni Stati membri, tra i quali l'Italia, hanno deciso di instaurare una cooperazione rafforzata, ai sensi dell'art. 329 TFUE, nel settore del diritto applicabile in materia matrimoniale⁽⁷⁶⁾.

Il Consiglio con decisione del 12 luglio 2010 ha autorizzato una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale ed ha poi approvato il regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 30 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

Questo regolamento trova applicazione, dal 21 giugno 2012, soltanto negli Stati membri che hanno partecipato alla procedura di cooperazione rafforzata⁷⁷.

⁷⁵ Si veda sul punto quanto esposto *supra*, al paragrafo 1.

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 329 TFUE, l'autorizzazione a procedere a una cooperazione rafforzata è concessa dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo. Nel caso di cooperazione rafforzata gli altri Stati membri possono aderire successivamente. La decisione del 12 luglio 2010 è il primo caso di autorizzazione ad una cooperazione rafforzata. In precedenza sono state configurate come cooperazioni rafforzate "di fatto", gli accordi di Schenghen e l'Unione economica e monetaria: DE CESARI P., *Diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, cit., 444.

⁷⁷ Questo ambito di applicazione è espressamente fissato dal *Considerando* n. 8 e dall'art. 21 del regolamento.



In particolare il regolamento n. 1259/2010 è vincolante solo per quattordici Stati e precisamente: Austria, Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna e Ungheria.

Va chiarito che il regolamento in esame disciplina solo la legge applicabile e non la competenza giurisdizionale, che resta invariata rispetto al regolamento n. 2201/2003⁽⁷⁸⁾.

In materia matrimoniale, le differenze tra gli ordinamenti nazionali, anche per la individuazione della legge applicabile, creano una notevole incertezza giuridica che rende difficile per i coniugi prevedere quale sarà la legge che troverà applicazione al giudizio di divorzio e di separazione personale.

Il regolamento Roma III è diretto a rafforzare la certezza del diritto e la prevedibilità delle soluzioni, ma anche “*la flessibilità*” nella scelta della legge applicabile (si veda al riguardo il *Considerando* n. 9).

A questo scopo, il legislatore comunitario ha introdotto norme di diritto internazionale privato, che da un lato consentono di individuare il diritto applicabile e dall’altro vanno ad ampliare lo spazio riservato all’autonomia delle parti: i coniugi possono scegliere, entro certi limiti, la legge applicabile al loro divorzio o alla loro separazione personale⁽⁷⁹⁾.

Un accordo sulla legge applicabile potrà essere utile, in modo particolare, nei divorzi consensuali e permetterà ai cittadini di paesi terzi di far regolare il loro divorzio o la loro separazione personale dalla legge della loro nuova residenza al posto della legge dello Stato di cui essi hanno la nazionalità, legge quest’ultima con la quale essi talvolta conservano scarsi legami.

Il regolamento vuole anche limitare il rischio che un coniuge chiedi il divorzio prima dell’altro “*correndo*” ad instaurare il procedimento avanti il tribunale che potrà applicare una

⁷⁸ Nello stesso senso, DE MARZO, G., *Il regolamento (UE)1259/2010 in materia di legge applicabile al divorzio ed alla separazione personale: primi passi verso un diritto europeo uniforme della famiglia*, in *Foro it.*, 2011, I, 917.

⁷⁹ Sul tema della autonomia delle parti, in questa delicata materia, v., anche per richiami, FERACI, O., *L’autonomia della volontà sul diritto internazionale privato dell’unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 424 ss. e spec. p. 45 ss. sui possibili rischi, QUEIROLO, I. - CARPANETO, L., *Considerazioni critiche sull’estensione dell’autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento «Roma III»*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2012, 59 ss.



legge favorevole all'attore, in quanto qualsiasi autorità adita in uno degli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata applicherà la legge designata in base alle norme comuni.

Non si può tuttavia tacere che la facoltà per i coniugi di scegliere la legge applicabile non è esente da rischi.

Per questa ragione le premesse al regolamento pongono l'accento sulla importanza che la autonomia delle parti sia frutto di una decisione consapevole e nel *Considerando 18* si legge che *"la scelta informata di entrambi i coniugi è un principio essenziale del presente regolamento. Ciascun coniuge dovrebbe sapere esattamente quali sono le conseguenze giuridiche e sociali della scelta della legge applicabile.*

La possibilità di scegliere di comune accordo la legge applicabile dovrebbe far salvi i diritti e le pari opportunità per i due coniugi. A tal fine i giudici negli Stati membri partecipanti dovrebbero essere consapevoli dell'importanza di una scelta informata per entrambi i coniugi riguardo alle conseguenze giuridiche dell'accordo raggiunto".

Il regolamento contiene anche disposizioni sulla forma dell'accordo, dirette ad assicurare che *"la scelta informata dei coniugi sia facilitata e che il loro consenso sia rispettato nell'obiettivo di garantire la certezza del diritto ed un migliore accesso alla giustizia"* (*Considerando 18*) ⁽⁸⁰⁾.

L'accordo sulla legge applicabile può essere stipulato o modificato fino a quando viene iniziata la causa ed anche nel corso del processo ⁽⁸¹⁾.

⁸⁰ L'art. 7 del regolamento prescrive la forma scritta come requisito minimo. Tuttavia, i coniugi devono pure rispettare gli eventuali ulteriori requisiti formali previsti dalla legge dello Stato in cui hanno la residenza comune quando stipulano l'accordo (art. 7, paragrafo 2). In Italia si deve ritenere che debba trovare applicazione l'art. 162 c.c., che regola la forma delle convenzioni matrimoniali. Nei limiti stabiliti dai paragrafi successivi dell'art. 7, i requisiti di forma supplementare trovano applicazione anche se uno solo dei coniugi risiede in uno Stato che prevede tali requisiti.

⁸¹ L'art. 3 paragrafo 3 consente di concludere o modificare l'accordo *"al più tardi nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale"*, ma il paragrafo successivo aggiunge che *"Ove previsto dalla legge del foro, i coniugi possono del pari designare la legge applicabile nel corso del procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale. In tal caso, quest'ultima mette agli atti tale designazione in conformità della legge del foro"*. In Italia non sembra vi siano impedimenti di sorta a consentire la stipula di tale accordo anche nel corso del processo, in quanto l'inizio della



Probabilmente la affermazione secondo la quale i coniugi possono comprendere le conseguenze che potranno derivare da un accordo sulla legge applicabile, è poco realistica e potrebbe prestarsi ad abusi⁽⁸²⁾.

Ad ogni buon conto, questi timori sembrano (almeno in parte) fugati da un esame dell'ambito di applicazione del regolamento n. 1259/2010, che, come detto, regola i conflitti di leggi in materia di divorzio e di separazione personale.

L'art. 1 esclude dal suo ambito di applicazione le altre questioni che attengono ad un procedimento di divorzio o di separazione personale, anche se si presentano semplicemente come questioni preliminari nell'ambito del procedimento, e segnatamente: quelle relative alla capacità delle persone fisiche; all'esistenza, alla validità e al riconoscimento di un matrimonio; al nome dei coniugi, all'annullamento del matrimonio.

Sono espressamente escluse dal regolamento pure le questioni relative agli effetti patrimoniali del matrimonio, alla responsabilità genitoriale, alle obbligazioni alimentari, ai *trust* e alle successioni.

Questo comporta che tutte le controversie collegate alla dissoluzione del matrimonio restano escluse dall'ambito di applicazione del regolamento e sono disciplinate dalla legge che sarà applicabile sulla base del foro adito.

Al riguardo va ricordato che in occasione dello scioglimento del matrimonio possono sorgere numerose questioni connesse, di natura personale ed economica.

Basti menzionare le controversie relative al cognome della sposa, al regime dei beni acquistati in costanza di matrimonio, al mantenimento e alla potestà sui figli: tutte queste materie sono escluse dal regolamento n. 1259/2010⁽⁸³⁾, il cui ambito di applicazione in

causa non priva le parti del potere di disporre del diritto (e in forza del regolamento si tratta oramai di materia disponibile).

⁸² Tanto che è stata suggerita la previsione della consulenza obbligatoria di un legale per la stipula di questi accordi: BOELE-WOELKI, K., *For better or for worse: the europeanization of international divorce law*, in *Yearbook of Private International Law*, Volume 12, 2010, p. 32.

⁸³ FRANZINA, P., *The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Ottobre 2011), Vol. 3, n. 2, pp. 85-129; BARUFFI, M.C., *Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"* in *Dir. Un. Eur.*, 2011, pag. 867 ss.



definitiva è limitato alla individuazione della legge che regola i presupposti per ottenere una sentenza che allenti o sciolga il vincolo matrimoniale⁽⁸⁴⁾.

Ai fini di questo studio, va sottolineato che il giudice adito in forza del regolamento Bruxelles II *bis* potrà trovarsi a decidere la causa relativa allo scioglimento del vincolo sulla base del diritto applicabile in forza del regolamento n. 1259/2010 e tutte le domande accessorie in base alle norme di conflitto vigenti nello Stato.

Il regolamento è improntato ad un *favor* per lo scioglimento del matrimonio: segnatamente, se la legge applicabile in forza del regolamento o per scelta delle parti non prevede il divorzio o non concede a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale, si applica la legge del foro (art. 10).

In mancanza di scelta della legge applicabile da parte dei coniugi, il regolamento contiene norme di conflitto che sono fondate su alcuni criteri di collegamento diretti ad assicurare che le cause di divorzio o separazione personale siano decise sulla base di una legge con cui i coniugi hanno un legame stretto.

Si tratta di quattro criteri tra loro subordinati che vengono di seguito riportati:

a) la residenza abituale dei coniugi nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, o, in mancanza

b) l'ultima residenza abituale dei coniugi sempre che tale periodo non si sia concluso più di un anno prima che fosse adita l'autorità giurisdizionale, se uno di essi vi risiede ancora nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; o, in mancanza;

c) la cittadinanza comune dei coniugi nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; o, in mancanza;

d) la legge del foro.

⁸⁴ L'art. 19 del regolamento n. 1259/2010 fa salva l'applicazione delle convenzioni internazionali con paesi terzi, di cui uno o più Stati membri sono parti al momento dell'adozione dello stesso regolamento. Il regolamento prevale, invece, sulle convenzioni concluse esclusivamente tra stati membri.



Se viene prima chiesta la separazione, la legge applicata alla separazione personale si applica anche al divorzio, a meno che le parti abbiano convenuto diversamente ai sensi dell'articolo 5 (art. 9).

Se però la legge applicata alla separazione personale non prevede il divorzio, in ossequio al *favor libertatis* trovano applicazione gli altri criteri stabiliti dallo stesso regolamento (art. 9, paragrafo 2).

Quel che era importante sottolineare ai fini di questo studio è che il regolamento Roma III riguarda soltanto la legge applicabile: per valutare la possibilità di cumulare diverse domande tra i coniugi occorre fare riferimento alle altre disposizioni comunitarie, che sono oggetto di questo studio.

8. - Il regolamento Bruxelles II *bis* è particolarmente innovativo per quanto attiene alle controversie che hanno ad oggetto la potestà dei genitori sui figli minori, materia indicata dal regolamento come “responsabilità genitoriale”⁽⁸⁵⁾.

Come si è detto supra nel paragrafo 2, il precedente regolamento Bruxelles II (n. 1347/2000) si occupava soltanto dei procedimenti relativi alla potestà dei genitori che venivano instaurati in occasione di procedimenti in materia matrimoniale.

Immediatamente dopo la approvazione, si sentì l'esigenza di garantire parità di trattamento a tutti i minori e si volle introdurre una disciplina generale della materia, a prescindere da qualsiasi nesso tra le questioni relative alla potestà genitoriale ed il procedimento in materia matrimoniale (si veda sul punto il *Considerando* n. 5 del regolamento Bruxelles II *bis*).

⁸⁵ Nel testo inglese è usata l'espressione *parental responsibility* e nel testo francese *responsabilité parentale*. Tuttavia in inglese la espressione *parental responsibility* faceva parte del linguaggio giuridico e corrisponde alla potestà genitoriale; nel testo italiano si è usata la locuzione “*responsabilità genitoriale*”, che era estranea al nostro linguaggio. La legge 10 dicembre 2012, n. 219, ha recepito questa nuova espressione, ma ha lasciato dei confini incerti, in quanto ha affidato alla legge delegata di delineare “*la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale*”: avremo quindi una nozione “interna” di responsabilità genitoriale, che sarà diversa dalla nozione usata dal regolamento.



Il regolamento Bruxelles II *bis* regola la competenza nei procedimenti in materia di attribuzione, esercizio, delega e revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale in modo del tutto autonomo rispetto alle cause tra coniugi.

In base all'art. 1, n. 1, lett. *b*), del regolamento, la responsabilità genitoriale comprende tutti i procedimenti relativi alla responsabilità sulla prole minorenni, a prescindere dalla pendenza di un giudizio sul vincolo matrimoniale e con riferimento ad ogni tipo di situazione, compresa, dunque, la filiazione al di fuori del matrimonio (c.d. "naturale").

Le disposizioni del regolamento Bruxelles II *bis* contengono una elencazione analitica, che amplia quanto più possibile la nozione di responsabilità genitoriale.

Ad esempio, sono espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione del regolamento Bruxelles II *bis* i procedimenti relativi al diritto di affidamento, al diritto di visita, alla tutela, alla curatela e ad altri istituti analoghi, alla designazione e alle funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano, alla collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto, alle misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni di quest'ultimo (art. 1, paragrafo 2).

Il concetto di "responsabilità genitoriale" comprende tutti i diritti e i doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore (art. 2, n. 7).

Per "titolare della responsabilità genitoriale" si deve intendere qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di genitore su un minore (art. 2, n. 8). Non deve trattarsi necessariamente di un genitore e può essere sia una persona fisica che una persona giuridica.

Il legislatore europeo si è sforzato di prevenire dubbi interpretativi, riempiendo di contenuti le principali nozioni autonome utilizzate dal regolamento.

Pertanto abbiamo una definizione del "diritto di affidamento", che comprende i diritti ed i doveri concernenti la cura della persona di un minore e, in particolare, il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza (art. 2, n. 9) e del "diritto di visita",



che è il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo.

L'art. 2 comma 11 definisce pure un istituto disciplinato dal regolamento, che ha notevole importanza: il "*trasferimento illecito o mancato rientro del minore*", che si verifica in due ipotesi:

a) quando il trasferimento o il mancato rientro di un minore avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e

b) nel caso in cui al momento del trasferimento o del mancato rientro il diritto di affidamento era effettivamente esercitato (o individualmente o congiuntamente), o sarebbe stato esercitato in mancanza del trasferimento o del mancato rientro.

A questo riguardo, viene precisato che l'affidamento si considera esercitato congiuntamente quando, in forza di una decisione o del diritto nazionale, uno titolare della responsabilità genitoriale non può decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro.

Si tratta di materie che sono oggetto di aspri contenziosi e la esperienza sta evidenziando l'esistenza di ampie zone "grigie" in cui i giudici europei già più volte sono stati chiamati a risolvere questioni interpretative sollevate dai giudici nazionali in via pregiudiziale.

La Corte di giustizia ha avuto occasione di chiarire che rientra nella nozione di responsabilità genitoriale la decisione di presa in carico di un minore, precisando che l'ambito di applicazione del regolamento copre tutte le decisioni in materia di responsabilità, sia che si tratti di una misura di protezione statale sia che si tratti di una decisione assunta su iniziativa di uno o più titolari del diritto di affidamento⁽⁸⁶⁾.

⁸⁶ Corte di giustizia 27 novembre 2007, C., causa C-435/06, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2008, p. 559; Corte di giustizia 2 aprile 2009, A., causa C-523/07, *ivi.*, 2009, p. 750.



L'art. 1, paragrafo 3, elenca le materie escluse dal regolamento: le disposizioni contenute nel regolamento non si applicano alla determinazione o all'impugnazione della filiazione, alla decisione relativa all'adozione, alle misure che la preparano o all'annullamento o alla revoca dell'adozione, ai nomi e ai cognomi del minore, all'emancipazione, alle obbligazioni alimentari⁽⁸⁷⁾, ai *trust* e alle successioni, ai provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi da minori.

Il *Considerando* n. 10, ha cura di precisare che il regolamento non si applica neppure nelle materie della sicurezza sociale, delle misure pubbliche di carattere generale in materia di istruzione e di sanità o di diritto d'asilo e nel settore dell'immigrazione.

In questo scritto affronteremo soltanto i collegamenti tra cause in materia matrimoniale e procedimenti in materia di responsabilità genitoriale, al fine di stabilire in quali casi il regolamento Bruxelles II *bis* consente la trattazione congiunta.

9. - Nella precedente esposizione è stato illustrato che il regolamento Bruxelles II *bis* regola le controversie in materia di responsabilità genitoriale, in modo del tutto autonomo rispetto alla competenza in materia matrimoniale. Troviamo pertanto una apposita sezione dedicata alla responsabilità genitoriale⁽⁸⁸⁾ e l'art. 8 stabilisce che la "*competenza generale*" per le domande in materia di responsabilità genitoriale è determinata in base al luogo di residenza del minore⁽⁸⁹⁾, in base al principio secondo il quale le regole sulla competenza giurisdizionale sono informate "*all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza*"⁽⁹⁰⁾.

Se la causa matrimoniale viene promossa davanti al giudice del residenza del minore, che nello stesso tempo è competente per la causa matrimoniale ai sensi dell'art. 3, si può realizzare il *simultanes processus*, ovvero la trattazione congiunta dalle due cause.

⁸⁷ Le obbligazioni alimentari sono disciplinate dal regolamento n. 4/2009, che è stato esaminato *supra* al paragrafo 4.

⁸⁸ La Sezione II del capo II.

⁸⁹ Il paragrafo 2 fa salve le competenze speciali nel caso di trasferimento lecito del minore e nel caso di sottrazione del minore.

⁹⁰ *Considerando* n. 12.



Una importante ipotesi di deroga alla “*competenza generale*”, che riguarda i rapporti con le cause matrimoniali, è disciplinata dall’art. 12, che disciplina la “*proroga della competenza*”.

Questa deroga al foro generale della residenza del minore è giustificata dalla considerazione che “*l’applicazione delle norme sulla responsabilità genitoriale ricorre spesso nei procedimenti matrimoniali*” (⁹¹).

Al fine di favorire la trattazione congiunta dei due procedimenti, l’art. 12, n. 1, del regolamento Bruxelles II *bis* stabilisce che il giudice competente a conoscere una domanda di divorzio, di separazione personale dei coniugi o di annullamento del matrimonio (⁹²), è pure competente a conoscere la domanda (accessoria) di responsabilità genitoriale se ricorrono le seguenti condizioni:

a) almeno uno dei coniugi eserciti la responsabilità genitoriale sul figlio;

b) la competenza giurisdizionale del giudice adito sia stata accettata espressamente od in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui l’autorità giurisdizionale è adita;

c) la competenza giurisdizionale del giudice adito è conforme all’interesse superiore del minore (⁹³).

Il legislatore comunitario ha previsto che devono sussistere tutte queste condizioni affinché la competenza giurisdizionale del giudice della causa matrimoniale possa estendersi

⁹¹ *Considerando* n. 6.

⁹² nella versione italiana dell’art. 12, paragrafo 1, del regolamento viene richiamato - erroneamente - l’art. 5, invece dell’art. 3, del medesimo regolamento, che disciplina la competenza generale in materia di cause matrimoniali. Le versioni inglese, francese e tedesca richiamano correttamente l’art. 3.

⁹³ L’interesse superiore del minore è riconosciuta anche a Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, ove si legge che che “in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del minore deve essere considerato preminente” (art. 24).

L’art. 6 del Trattato UE ha stabilito che “L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.



alla causa di responsabilità genitoriale (⁹⁴), altrimenti la causa matrimoniale e la causa in materia di responsabilità genitoriale, dovranno procedere in modo autonomo (⁹⁵).

La prima condizione è basata su un dato oggettivamente accertabile: almeno uno dei coniugi deve esercitare la responsabilità genitoriale.

Se i figli minori sono stati affidati dalle autorità pubbliche, anche temporaneamente, ad altra famiglia, o sono stati affidati a terzi da un precedente provvedimento del giudice, anche se non sia intervenuto un provvedimento ablativo della potestà genitoriale, non è possibile derogare al criterio generale che attribuisce la competenza al giudice del luogo di residenza del minore.

Ai fini della deroga al foro della residenza del minore, occorre pure l'accettazione dell'altro coniuge (⁹⁶).

Poiché occorre il consenso del coniuge convenuto (⁹⁷), l'attore che voglia cumulare la causa matrimoniale con la causa in materia di responsabilità genitoriale sarà indotto a scegliere, tra i fori alternativi previsti dall'art. 3, quello che coincide con la residenza del minore: diversamente non ha alcuna certezza che il giudice adito potrà decidere le domande cumulate.

⁹⁴ SCARAFONI, S., *op. loc. ult. cit.*.

⁹⁵ Trib. Tivoli, 6 aprile 2011, in *Riv. dir. int. priv. e proc.* 2011, p. 1097, e nel sito www.tribunaletivoli.it, in una controversia promossa dalla moglie italiana e residente in Italia nei confronti del coniuge tedesco residente in Germania con la figlia minore, ha affermato la competenza giurisdizionale del giudice italiano per la pronuncia di separazione (in quanto la moglie viveva in Italia da oltre sei mesi). Ha pure affermato la competenza giurisdizionale del giudice italiano, ex art. 5, regolamento CE 44/2001 (allora applicabile), sulla richiesta di assegno di mantenimento avanzata dal coniuge cittadino tedesco, dovendo la stessa essere qualificata, secondo la normativa europea, come domanda in materia di obbligazioni alimentari accessoria ad un'azione relativa allo stato delle persone. Ha invece dichiarato la competenza giurisdizionale del giudice tedesco per le domande relative alla responsabilità genitoriale di affidamento della figlia minore, in quanto non ricorrevano i presupposti fissati dall'art. 12 del regolamento Bruxelles II bis. Per un caso analogo di sussistenza della giurisdizione per le cause tra coniugi, con esclusione della giurisdizione sulle domande di responsabilità genitoriale, Trib. Milano, 10 luglio 2012, in *Giur. merito*, 2013, p. 1342, con nota di CORTESI, F., *Su alcune questioni in merito alla competenza giurisdizionale relativa ai diversi profili del giudizio di separazione*.

⁹⁶ In questo modo si introduce la possibilità di un accordo processuale, in deroga all'art. 17, il quale prevede il rilievo di ufficio del difetto di giurisdizione. L'accettazione può essere anche tacita, purché risulti in modo univoco.

⁹⁷ Se il minore risiede con il coniuge che inizia il procedimento in materia matrimoniale, si deve presumere che, ove possibile, questi inizierà la causa davanti al giudice della propria residenza, che, ai sensi dell'art. 8, ha la competenza generale a decidere i procedimenti relativi alla responsabilità genitoriale.



Come si è detto, l'accordo dei coniugi e dei titolari della responsabilità genitoriale⁹⁸) non è sufficiente ai fini della deroga alla competenza giurisdizionale, in quanto occorre pure accertare se la deroga è conforme all'interesse superiore del minore.

L'art. 12, paragrafo 4, del regolamento introduce una presunzione legale in ordine all'interesse del minore.

Segnatamente, se il minore risiede abitualmente, nel territorio di uno Stato che non è parte della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori⁹⁹), si presume che risponde all'interesse del minore la trattazione delle questioni in materia di responsabilità genitoriale davanti al giudice della causa matrimoniale.

Lo stesso paragrafo aggiunge che la presunzione vale "*in particolare*" quando risulta impossibile svolgere un procedimento nello stato in cui risiede il minore¹⁰⁰).

La competenza del giudice della causa matrimoniale cessa non appena la domanda di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio passa in giudicato; se il procedimento relativo alla responsabilità genitoriale è ancora pendente quando si conclude la causa matrimoniale, la competenza giurisdizionale cessa non appena passa in giudicato la pronuncia in materia di responsabilità genitoriale.

Per quanto riguarda la connessione tra cause in materia matrimoniale e procedimenti in materia di responsabilità genitoriale, va ancora segnalato che in materia di minori sono previsti dei fori residuali, che potrebbero coincidere con i fori previsti dall'art. 3.

⁹⁸ Il consenso del titolare della responsabilità genitoriale diverso dagli sposi viene in rilievo quando la potestà sul minore è esercitata congiuntamente da uno dei coniugi e da un terzo.

⁹⁹ Sui rapporti fra regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, vedi CUBEDDU M.C., *Accordi sull'affidamento dei figli, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti urgenti*, in *Riv. not.*, 2010, 1 ss.

¹⁰⁰ Sulla interpretazione dell'art. 12, paragrafo 4, che introduce una presunzione relativa e non assoluta, v. la Corte Suprema del Regno Unito, 1 dicembre 2009, nel caso *I (A child)*. Con la stessa decisione la Suprema Corte ha affermato che l'art. 12 del regolamento Bruxelles II *bis* trova applicazione anche se il minore risiede al di fuori dell'Unione Europea.



Segnatamente, non può escludersi che il foro previsto dall'art. 3 del regolamento Bruxelles II *bis* possa coincidere con altri fori previsti dallo stesso regolamento per i procedimenti in materia di minori: in questi casi sarà possibile il cumulo delle cause.

Ad esempio l'art. 13, paragrafo 1, stabilisce che, se non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore (ad es. nel caso in cui il minore è un nomade), e non sia neppure possibile determinare la competenza giurisdizionale ai sensi dell'art. 12, sono competenti i giudici dello Stato membro in cui il minore si trova.

Questa disposizione si applica anche ai minori rifugiati od a quelli sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro paesi (art. 13 paragrafo 2).

La trattazione congiunta della causa di divorzio e della controversia relativa ai minori potrebbe essere pure conseguenza della applicazione dell'art. 15, paragrafo 1, del regolamento n. 2201/2003, che regola il *forum non conveniens*.

Questa disposizione stabilisce che *“in via eccezionale, le autorità giurisdizionali di uno Stato membro competenti a conoscere del merito, qualora ritengano che l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare sia più adatto a trattare il caso od una sua parte specifica ed ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore, possono:*

a) interrompere l'esame del caso o della parte in questione ed invitare le parti a presentare domanda all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro conformemente al paragrafo 4 oppure

b) chiedere all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro di assumere la competenza ai sensi del paragrafo 5”.

Il trasferimento della causa può essere disposto: o su richiesta di parte, o su iniziativa d'ufficio dell'autorità giurisdizionale adita, o su iniziativa dell'autorità giurisdizionale dello Stato membro con cui il minore abbia il legame particolare.



Nel caso di iniziativa d'ufficio (del giudice adito o del giudice dello Stato di residenza del minore) la causa non può essere trasferita se il trasferimento non viene accettato da almeno una delle parti.

Lo stesso art. 15 individua cinque ipotesi che consentono di ritenere esistente un legame particolare del minore con lo Stato membro, che potrebbe assumere la competenza sulla causa in materia di responsabilità genitoriale.

Segnatamente si può ipotizzare un legame particolare del minore con lo Stato:

a) che è divenuto la residenza abituale del minore dopo l'inizio del procedimento;

b) che era la precedente residenza abituale del minore; o

c) di cui il minore è cittadino;

d) che è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale;

e) sul cui territorio si trovano i beni del minore e la causa riguarda le misure di protezione legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore.

Nel caso di rimessione della causa, le autorità giurisdizionali dello Stato *ad quem* hanno sei settimane di tempo, dal momento in cui sono adite, per valutare se, a motivo delle circostanze eccezionali del caso, il trasferimento della causa risponde all'interesse del minore ed accettare la competenza.

L'interesse del minore alla trattazione della causa davanti al giudice *ad quem* deve essere accertato sia dal giudice che si spoglia dalla causa, sia dal giudice davanti al quale il procedimento va riassunto: il giudice *ad quem* deve esplicitamente accettar la competenza giurisdizionale, in quanto ritiene che vi sia un interesse del minore alla trattazione della causa davanti a lui.

Se il giudice *ad quem* non accetta la competenza, la causa resta in capo all'autorità giurisdizionale originariamente adita.

La disposizione in commento recepisce l'istituto anglosassone del *forum non conveniens* che attribuisce al giudice un ampio potere discrezionale di valutare l'opportunità dell'esercizio



della giurisdizione alla luce delle circostanze concrete della fattispecie sottoposta al suo esame, istituto del tutto estraneo alla cultura del giudice precostituito per legge ⁽¹⁰¹⁾.

Il foro eccezionale ⁽¹⁰²⁾ previsto dall'art. 15 potrebbe coincidere con quello del giudice della causa matrimoniale e consentire il *simultaneus processus*: si pensi al caso in cui la causa matrimoniale e la causa in materia di responsabilità genitoriale siano pendenti davanti a giudici diversi, e il giudice della causa relativa al minore decide di rimettere la controversia al giudice della causa matrimoniale⁽¹⁰³⁾.

Non può neppure escludersi che, al contrario, l'applicazione dell'art. 15 possa giustificare la separazione tra la causa matrimoniale e il procedimento in materia di responsabilità genitoriale ⁽¹⁰⁴⁾.

10. - Prima di avviarci a concludere, non si può trascurare un accenno alle delicate questioni di competenza che sorgono nelle ipotesi di trasferimento (lecito o illecito) del minore in altro Stato.

Si tratta di un tema estremamente complesso, che esamineremo nei limiti in cui il trasferimento del minore incide sulla connessione tra causa matrimoniale e causa in materia di responsabilità genitoriale.

Ora, che nel caso di trasferimento lecito del minore, l'art. 9 prevede la ultrattività della competenza della precedente residenza abituale del minore, ma soltanto per il periodo di 3

¹⁰¹ LUPOI, M.A., *Il regolamento (CE) n. 2201/2003*, cit., p. 121 il quale osserva che si tratta della "prima forma di *dismissione discrezionale della competenza accolta da un regolamento comunitario, sulla scia della dottrina anglosassone del forum non conveniens*".

¹⁰² Il tenore letterale dell'art. 15 sottolinea che il trasferimento può essere disposto soltanto in via "eccezionale" in ragione delle "particolari circostanze del caso". Nello stesso senso Trib. Milano, sez. IX, 11 febbraio 2014, nel sito www.ilcaso.it.

¹⁰³ In questo caso si potrebbe avere un cumulo successivo di cause.

¹⁰⁴ Per un caso in cui il giudice adito per la causa matrimoniale e per le domande relative alla responsabilità genitoriale si è spogliato della causa relativa ai minori, motivando che nelle more del processo si era creato un legame particolare con un altro Stato, nel quale si erano trasferiti i minori, v. App. Caltanissetta, 7 maggio 2009, in *Famiglia e minori*, 2009, fasc. 6, p. 54, con nota critica di FINOCCHIARO, M., *La rimessione della causa dopo una complessa istruttoria contrasta con il giusto processo*.



mesi dal trasferimento¹⁰⁵), e soltanto se si chiede a questo giudice di modificare una decisione sul diritto di visita, resa nello stesso Stato membro prima del trasferimento del minore, e sempre che il titolare del diritto di visita continui a risiedere abitualmente nello Stato membro della precedente residenza abituale del minore.

In ragione del contenuto dell'art. 9 possiamo affermare che, nel caso di trasferimento lecito del minore, il giudice della precedente residenza dello stesso minore, se viene adito per una causa matrimoniale¹⁰⁶), non potrà conoscere la domanda di responsabilità genitoriale, se non nei limiti di una domanda di modifica del diritto di visita che era già stato disciplinato dallo stesso giudice.

L'art. 9, n. 2, prevede che la deroga dell'ultrattività prevista dal primo paragrafo, tuttavia, non trovi applicazione (con conseguente reviviscenza del criterio generale di competenza giurisdizionale della residenza attuale del minore) qualora il titolare del diritto di visita abbia accettato la competenza giurisdizionale dello Stato membro in cui è stata trasferita la residenza abituale del minore, partecipando ai procedimenti dinanzi ad essa senza contestarla.

Un tema di estremo interesse riguarda la competenza a conoscere le domande sulla responsabilità genitoriale nel caso di sottrazione illecita di minori (¹⁰⁷).

Ai sensi dell'art. 10 del regolamento Bruxelles II *bis*, il criterio generale basato sulla residenza del minore subisce infatti una deroga nelle ipotesi di trasferimento illecito o mancato

¹⁰⁵ Il termine di tre mesi decorre dall'effettiva conoscenza dell'avvenuto trasferimento della residenza abituale dei minori: Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, 2399 e in *Famiglia e diritto*, 2010, 364, con nota di GRAZIOSI, A., *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*. Con questa decisione la Suprema Corte ha affermato che, a norma del regolamento n.2201/2003 – in deroga al principio generale secondo cui le autorità giurisdizionali di uno Stato Membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui dette autorità sono adite – in caso di trasferimento lecito della residenza del minore da uno Stato membro all'altro permane la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato della precedente residenza abituale del minore per un periodo di tre mesi dalla data del trasferimento. Nella sua genericità la affermazione della Suprema Corte non appare corretta, in quanto la proroga della competenza è limitata alle controversie sul diritto di visita.

¹⁰⁶ Ad esempio, tale giudice potrebbe essere adito ai sensi dell'art. 3 quale giudice del luogo di ultima residenza abituale dei coniugi.

¹⁰⁷ Per sottrazione illecita si intendono sia il trasferimento illecito che il mancato rientro del minore: per la definizione di questi istituti si rinvia quanto esposto *supra*, nel paragrafo 6.



rientro del minore: in queste ipotesi la competenza giurisdizionale resta affidata alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento illecito o del mancato rientro.

La *ratio* della previsione è di immediata comprensione: un fatto illecito non può determinare uno spostamento della giurisdizione.

Per tutelare il superiore interesse del minore, il legislatore europeo però ha previsto che la proroga della competenza giurisdizionale in favore dello Stato membro ove il minore aveva la residenza prima della sottrazione illecita, è soggetta ad alcune limitazioni.

In particolare, la proroga della competenza giurisdizionale viene meno se il minore ha acquisito la residenza di altro Stato membro¹⁰⁸) e se ricorre, in aggiunta, una delle seguenti condizioni:

a) ciascuna persona, istituzione od altro ente titolare del diritto d'affidamento ha accettato il trasferimento o mancato rientro; oppure

b) il minore ha soggiornato nell'altro Stato membro per almeno un anno da quando la persona, ente od istituzione titolare del diritto d'affidamento ha avuto notizia, o comunque avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava, e il minore si è integrato nel nuovo ambiente¹⁰⁹).

¹⁰⁸ L'art. 10 stabilisce che la proroga della giurisdizione viene meno se il minore ha acquistato la residenza di altro Stato membro: se il minore si è trasferito in uno Stato che non è membro dell'Unione, rimane ferma la competenza giurisdizionale del giudice dello Stato in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o del mancato rientro. Il concetto di residenza deve essere inteso non in modo formale: Corte di giustizia 1 luglio 2010, *Povse c. Alpago*, causa C-211/10, al punto 41 ha affermato che "Nel caso di trasferimento illecito di minori, l'art. 10 del regolamento attribuisce la competenza, come regola generale, ai giudici dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento. Tale competenza è in via di principio conservata e si trasferisce solo qualora il minore abbia acquisito la residenza abituale in un altro Stato membro e, inoltre, ricorra una delle condizioni alternative previste dallo stesso art. 10".

¹⁰⁹ Le condizioni alternative di cui all'art. 10 del regolamento CE n. 2201/2003 sostanzialmente ripropongono i medesimi criteri dettati dagli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, che regolano la decisione sul rientro immediato del minore nello Stato di precedente residenza abituale. L'art. 12 della Convenzione ha il seguente tenore: "Qualora un minore sia stato illecitamente trasferito o trattenuto ai sensi dell'articolo 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore, fino alla presentazione dell'istanza presso l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato. L'Autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al



In sintesi, nel caso di illecita sottrazione di minore verso un altro Stato membro è prevista una proroga della competenza per un anno dal momento in cui il titolare del diritto d'affidamento abbia avuto notizia del luogo in cui il minore si trova.

Questa norma può consentire, nel caso di sottrazione di minori, di cumulare la domanda matrimoniale con quella in materia di responsabilità genitoriale.

Attraverso la proroga della giurisdizione il legislatore comunitario ha voluto temperare il diritto del minore (a che la decisione sia assunta dal giudice a lui più vicino) con quello del genitore ed ente affidatario (a che la decisione non sia assunta da un giudice a lui estraneo e meno sensibile alle sue esigenze di mantenimento del rapporto con il minore).

L'accettazione esplicita del trasferimento illecito o del mancato rientro, ovvero un comportamento concludente di inerzia e mancata reazione alla sottrazione del minore, fanno venire meno la proroga della competenza.

11. – La disamina delle disposizioni comunitarie che regolano la giurisdizione nelle cause tra coniugi suggerisce lo spunto per alcune considerazioni più generali ed ulteriori.

Lo studio del diritto processuale civile nazionale deve oggi confrontarsi con fonti, istituti e categorie di origine comunitaria, che sono inseriti all'interno di testi con ambito di applicazione settoriale.

Nella materia della cooperazione giudiziaria, i provvedimenti comunitari sono spesso frutto di accordi politici su temi limitati ed è compito dell'interprete ricondurre ad unità le diverse fonti.

La frammentazione delle fonti, si deve confrontare con la necessità di garantire, anche nelle materie regolate dal diritto dell'Unione Europea, il principio di economia processuale e la trattazione congiunta delle cause connesse.

capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente. Se l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto ha motivo di ritenere che il minore è stato condotto in un altro Stato, essa può spendere la procedura o respingere la domanda di ritorno del minore".



I regolamenti non contengono una disciplina generale sulla connessione come istituto diretto a consentire la trattazione congiunta di cause diverse, legate da nessi che giustificano la trattazione congiunta davanti allo stesso giudice (¹¹⁰).

La connessione è regolata dall'art. 19, paragrafo 2, del regolamento Bruxelles II *bis* come limite alla cognizione del giudice, al pari della litispendenza (¹¹¹).

La connessione, però, prima che un limite alla cognizione del giudice, è, nel nostro ordinamento, un istituto che consente di ampliare la cognizione del giudice e può determinare, per motivi di economia processuale, deroghe alla competenza per agevolare la trattazione congiunta di domande diverse.

Si potrebbe così distinguere, anche a livello comunitario, tra una connessione "*come limite alla cognizione*", che esclude la competenza del giudice successivamente adito, ed un connessione "*in positivo*", che consente il cumulo di cause diverse.

Anche nel diritto comunitario vi sono ipotesi in cui il collegamento sostanziale tra diverse domande consente la trattazione e la decisione congiunta di domande diverse: la giurisdizione a conoscere una causa (che possiamo definire principale) comporta la attribuzione della giurisdizione a conoscere la causa accessoria.

Abbiamo cercato di esaminare, sotto questa luce, i nessi tra cause matrimoniali, da un lato, e cause in materia di obbligazioni alimentari ovvero cause in materia di responsabilità genitoriale, dall'altro lato.

Si tratta di un tema non agevole, sia perché le definizioni contenute nel diritto comunitario non coincidono con le definizioni usate dal nostro legislatore, sia perché le fonti

¹¹⁰ BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Bari, 2012, p. 77 ss; FABBRINI G., *Connessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1 ss.

¹¹¹ L'art. 19 del regolamento Bruxelles II *bis* regola insieme litispendenza e connessione. La connessione è considerata un limite alla cognizione del giudice successivamente adito anche nell'art. 28 del regolamento Bruxelles I e nell'art. 13 del regolamento n.4/2009 in materia di obbligazioni alimentari. Nel diritto italiano, l'art. 40, primo comma, c.p.c. stabilisce in quali casi la contemporanea pendenza di una causa connessa impone al giudice adito di spogliarsi della controversia.



comunitarie hanno introdotto le norme sulla competenza giurisdizionale mediante provvedimenti diversi, anche se le materie sono tra loro collegate.

L'interprete deve adoperarsi per superare la pluralità delle fonti normative, che spesso determina una frammentazione dello studio dei singoli provvedimenti normativi di origine comunitaria.

Occorre ricercare un filo conduttore, che possa garantire la effettività della tutela e la concentrazione delle diverse domande davanti allo stesso giudice.



Ação civil pública e ações coletivas no Brasil – Atualidade e tendências

(Brazilian class actions – topicality and trends)

José Maria Tesheiner

Professor at Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul, Brazil. Former
Judge at the Court of Appeals of Rio Grande do Sul.

Abstract: This article contains a synthetic presentation of the class actions Brazilian system, with some indications of its future developments. The distinction between protection of collective rights and collective protection of individual rights is discussed in detail. The application and sometimes the creation of Law as a major goal of class actions related to diffuse rights is pointed out in opposition to class action related to homogenous individual rights, intended for the protection of subjective rights. Parties, preliminary injunctions, enforcement and claim preclusion are some of the chief topics exposed.

Resumo: Trata-se de uma apresentação sintética do sistema brasileiro de ações coletivas, com indicação de seus prováveis rumos num futuro próximo. É salientada a distinção entre tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Aponta-se a aplicação (às vezes, a criação) do Direito objetivo como finalidade preponderante das ações relativas a direitos difusos, em oposição às ações relativas a direitos individuais homogêneos, destinadas à tutela de direitos subjetivos. A legitimação ativa e passiva, a antecipação de tutela, a execução e a coisa julgada são alguns dos principais temas tratados.

Keywords: Class actions. Brazil. Brazilian class actions, diffuse rights, homogeneous individual rights.

Palavras-chave: Sistema brasileiro de ações coletivas, ação civil pública, direitos difusos, direitos individuais homogêneos.



Summary: Introduction. 1 – Class actions. 2 – Diffuse rights and homogeneous individual rights. 3 – Civil investigation. 4 – Plaintiff and defendant. 5 – Preliminary injunctions. 6 – Enforcement. 7 – Class actions related to diffuse rights. 8 – Class actions related to homogeneous individual rights. 9 – Court costs. 10 – Conclusion.

Sumário: Introdução. 1 – Ação civil pública e ações coletivas. 2 – Tutela de direitos difusos e tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. 3 – Inquérito civil. 4- Legitimação ativa e passiva. 5- Medidas antecipatórias. 6 – Execução. 7. Ações relativas a direitos difusos. 8 – Ações relativas a direitos individuais homogêneos. 9 – Despesas processuais. 10 – Conclusão.

Introdução

Encontrando ambiente favorável, idéias transmitem-se como vírus.¹ Daí o interesse que eventualmente possa apresentar este artigo sobre idéias correntes no Brasil a respeito das ações coletivas, muitas já convertidas em lei, aplicadas pelos tribunais ou constantes de Projeto de Lei. Pinçaram-se os pontos considerados de maior interesse para o público externo, não se tratando, pois, de uma completa exposição do tema.

1 – Ação civil pública e ações coletivas

De um modo geral, usa-se a expressão “ação civil pública” para significar qualquer ação civil proposta pelo Ministério Público, tenha ou não caráter coletivo; a expressão “ação coletiva” é utilizada para significar a proposta por outro legitimado, em prol de um grupo de pessoas, determinadas ou indeterminadas, que não participam individualmente do processo.

¹ BLACKMORE, Susan. *The meme machine*. New York: Oxford University Press. 1999.



2 - Tutela de direitos difusos e tutela coletiva de direitos individuais homogêneos

Há, pois, ações individuais e ações coletivas. Dividem-se estas em duas grandes categorias: as que visam à tutela de direitos difusos e as que visam à tutela de direitos individuais homogêneos.²

A distinção é de fundamental importância, porque, como mostrou Zavascki, tutela de direitos coletivos não se confunde com tutela coletiva de direitos.³

Diz Zavascki:

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. “Direito coletivo” é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo. Na definição de Péricles Prade, “... são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade.

² Para simplificar a exposição, deixamos de lado a categoria das ações que visam à tutela de direitos coletivos *stricto sensu*.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional *coletiva*, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da *homogeneidade* supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titularidades, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo. Em outras palavras, os direitos homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses de direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais(...). Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.”⁴

É certo, porém, que de um mesmo fato podem decorrer ações para a tutela de direitos difusos, bem como para a tutela de direitos individuais, sejam ou não homogêneos. Um exemplo simples é o da propaganda enganosa, que pode gerar uma ação coletiva apenas para que cesse; uma ação coletiva em prol dos que foram por ela efetivamente enganados e

⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41-3



prejudicados e, ainda, ações individuais de ressarcimento. Outro exemplo: ação civil pública proposta em prol de uma coletividade, para impedir a exalação de fumaça, não impede ação individual, fundada no direito de vizinhança.

É preciso insistir, porém, em que as ações relativas a direitos difusos não se confundem com as relativas a direitos individuais homogêneos.

Pode-se distingui-las, dizendo-se que aquelas visam preponderantemente à aplicação do Direito objetivo; estas, à tutela de direitos individuais.

Nada se ganha ao se pensar numa ação civil pública, proposta em defesa do meio ambiente, como proposta por um “substituto processual”, em defesa de “direitos” de pessoas indeterminadas. Ao se propor uma ação para impedir a queima de uma floresta, nada mais se intenta do que aplicar o Direito objetivo, que veda essa prática. Não se trata de ação proposta por um “substituto processual”, em defesa de “direitos” de pessoas indeterminadas, mas de exercício de função pública. No exemplo, os beneficiados pela ação não precisam necessariamente ser pessoas. Podem ser os animais da floresta. Podem ser as gerações futuras.⁵

⁵ Em verdade, a tecnociência tem conferido aos homens poderes cada vez maiores. Seu totalitarismo põe em risco o mundo natural e a humanidade inteira. O que o poder apocalíptico da tecnociência põe em jogo, além da sobrevivência física da espécie humana, é também a integridade da sua essência. De fato, o progresso científico transformou-se numa espécie de “Prometeu definitivamente desacorrentado”, solto, colocando em xeque as condições globais da vida humana, o futuro da espécie e da natureza como um todo. A ética tradicional preocupava-se com o melhor ser possível do homem, ou seja, as virtudes, como a honradez, o respeito, a justiça, a caridade. Estas, entretanto, resultaram eclipsadas pelo crescente alcance do obrar coletivo. Nenhuma ética anterior teve de cuidar das condições globais da vida humana nem do futuro remoto, e ainda menos da própria extinção da espécie. Por isso também nenhuma ética ou metafísica anterior proporciona os princípios para enfrentar as novas questões, muito menos é portadora de uma doutrina já pronta para essa finalidade. Isso, entretanto, não implicar perder de vista as antigas normas éticas, as velhas virtudes cardeais. Não se trata, pois de substituir uma ética por outra, mas de ‘adicionar ao catálogo de obrigações... outras novas, que nunca foram consideradas, porque não havia ocasião para isso’. Volta-se à questão leibniziana: porque o ser e não o nada? Por que se deve preferir o ser ao nada? Esta pergunta, agora é feita com mais urgência do ponto de vista ético: deve haver humanidade? Porque deve haver? Por que se tem de respeitar a herança genética e conservar o ser humano tal como a evolução o produziu? Enfim, por que deve prevalecer a vida? É que o ser vale mais do que o não ser; há ‘preferência absoluta do ser sobre o nada’. As gerações futuras, todavia, nada farão a favor do homem presente. Disso emerge o elemento característico do imperativo, a não-reciprocidade. A obrigação de um (homem do presente) não é a imagem inversa do dever do outro (homem do futuro). Desse tipo é precisamente a obrigação parental, a dos pais em relação aos filhos, à qual também se assemelha a responsabilidade do homem de Estado. Ambas estas responsabilidades envolvem o ser total do objeto, são contínuas e se referem ao futuro.



Incumbe, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente, ecologicamente equilibrado, para as futuras gerações (Const. art. 225). Cabe ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (Const., art. 129, II). É possível, pois, ação civil pública para a tutela de interesses de gerações futuras, quiçá em detrimento da presente geração. Quem é o titular do direito subjetivo tutelado em ação civil pública proposta em prol de geração futura? Não se diga que a coletividade, pois a Constituição é clara: a este incumbe o *dever* preservar o meio ambiente. Serão as futuras gerações? Não parece tecnicamente correta a personificação de seres ainda inexistentes. Trata-se de ações que não visam à tutela de direitos subjetivos, mas à aplicação do direito objetivo.

Nas ações relativas a direitos difusos não há substituição processual, pela simples razão de que não há substituídos. Para explicá-las, não se precisa pensar em subjetivação de direitos. Trata-se de aplicar o Direito objetivo.

Há casos em que se pode negar a própria existência de grupo, como, por exemplo, na ação proposta pelo Ministério Público contra o Município de São Leopoldo, para anular lei autorizadora de permissão de uso de área verde a uma associação de moradores.⁶ Se grupo houvesse, seria no lado passivo, e formado pelos moradores individualmente beneficiados pela permissão, de cuja citação nem sequer se cogitou.

A inexistência de grupo, pelo menos no lado ativo, fez-se também evidente na ação civil pública proposta pelo Ministério Público para suspender a implantação do Condomínio “Reserva do Lago” até a obtenção de Licença de Operação pela Fundação Estadual de Proteção Ambiental (FEPAM), sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.⁷

Não se pode, porém, afirmar a inexistência de grupo, em qualquer caso de ação relativa a direitos difusos. Considere-se, por exemplo, a ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra Maria Marques Isbarrola, julgada procedente em parte, para limitar a criação de

(NEDEL, José. A ética da responsabilidade de Hans Jonas. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, (82): t. I, p. 128-42, junho/2001).

⁶ TJRS, 3ª Câmara Cível, Apelação cível 70020552246, Nelson Monteiro Pacheco, relator, j. 4/6/2009

⁷ TJRS, 21ª Câmara Cível, Apelação Cível 70029714060, Francisco José Moesch, relator, j. 3/6/2009



animais domésticos,⁸ ação, aliás, provocada pelos vizinhos, diretamente interessados na limitação.

Nas ações relativas a direitos individuais homogêneos há substituição processual, havendo, em um dos polos da relação processual, um substituto processual, agindo em nome próprio, em defesa de direitos individuais dos substituídos, que não estão presentes no processo e podem até ser proibidos de nele intervir. Há um grupo integrado por indivíduos determinados ou indetermináveis. Trata-se, claramente, de tutela de direitos individuais. Sirva de exemplo a ação proposta pelo Diretório Central dos Estudantes da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, para a concessão do benefício da “meia entrada” para estudantes, como previsto na Lei Municipal 9.989/2006.⁹

Não basta a existência de direitos individuais homogêneos para autorizar ação coletiva. É preciso a existência de fatores que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

Como observa Pedro Lenza, “a prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito e de fato individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual”, constitui requisito para as ações relativas a direitos individuais homogêneos.¹⁰

Se a sentença coletiva em nada contribuir para o deslinde de ações individuais que precisarão ser propostas, a ação não deve ser admitida, por ausência de interesse na tutela coletiva.

Suponha-se acidente de ônibus de que resultem numerosos mortos e feridos. Não haveria utilidade numa ação coletiva para declaração da culpa do motorista e da responsabilidade da empresa de transportes, num sistema, como o nosso, de responsabilidade objetiva do transportador. Nada se ganharia esta condenação genérica.

⁸ TJRS, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível 70025515628, Nelson Monteiro Pacheco, relator, j. 28/5/2009

⁹ TJRS, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70029970928, Odone Sanguiné, relator, j. 28/5/2009

¹⁰ LENZA, Pedro. Efetividade do processo coletivo – O Código-Modelo de processos coletivos para Ibero-América e o Direito Brasileiro. *Revista Jurídica Logos*. São Paulo: n. 3, 2007. p. 233-249.



3 - Inquérito civil

Além de legitimado para a ação civil pública, o Ministério Público exerce outra função importante: a instauração de inquérito civil, à semelhança do inquérito penal, preparatório de ação penal. Concebido como preparatório de ação civil pública, tende a assumir autonomia e a findar por um acordo: o “compromisso de ajustamento de conduta”, que dispensa a intervenção judicial.

4 - Legitimação ativa e passiva

A maioria das ações coletivas são propostas pelo Ministério Público, podendo, no futuro, sofrer a concorrência da Defensoria Pública.

No que diz respeito às ações relativas a direitos difusos, justifica-se a atuação do Ministério Público, porque se trata, essencialmente, de aplicação do Direito objetivo.

No que diz respeito a direitos individuais, a Constituição limita a atuação do Ministério Público aos “indisponíveis”. Todavia, são numerosas as ações propostas pelo Ministério Público, relativas a direitos patrimoniais disponíveis, admitidas em razão de sua *relevância social*.

Não se adotou, no Brasil, o sistema da legitimidade do “representante adequado”. Os legitimados são os indicados na Lei, a saber: ¹¹

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:

(a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

¹¹ Lei 7.347/85, art. 5º



(b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Outra característica do Direito brasileiro é que, nas ações coletivas relativas a direitos difusos, o Poder Público é frequentemente réu ou co-réu. Nelas, o Poder Judiciário substitui a Administração, a confirmar, nesse caso, a tese chiovendiana de que jurisdição é substituição. O Judiciário atua porque a Administração se omitiu ou porque (ou a pretexto de que) agiu mal. Assim, os integrantes do Ministério Público e do Judiciário, via de regra concursados, mas nunca eleitos, controlam, fiscalizam e supervisionam a atuação de administradores escolhidos pelo povo, em nome da Constituição.

5 - Medidas antecipatórias

Tanto nas ações individuais quanto nas coletivas, admite-se, hoje, no Brasil, medidas antecipatórias, que se distinguem das cautelares, porque não se limitam a garantir o resultado prático da ação, mas satisfazem a pretensão do autor, ainda que a título provisório, dado o juízo de verossimilhança em que fundam.

6 - Execução

Característica moderna das ações, quer individuais, quer coletivas, é a preferência pela execução específica, ao contrário do sistema anterior, em que a regra era a conversão em perdas e danos.

O cumprimento específico das obrigações de fazer e não fazer e de dar coisa certa é frequentemente obtido mediante a aplicação de *astreintes*, ou seja, de multa por dia de descumprimento.



As *astreintes* podem ser exigidas do agente público ou representante da pessoa jurídica de direito privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação.

Parcela importante da doutrina preconiza a prisão por descumprimento de decisão judicial, dizendo-a inconfundível com a prisão por dívidas, esta sim proibida pela Constituição. Trata-se, em última análise, da recepção do *contempt of court* do sistema da *common law*.

Para cumprimento das obrigações pecuniárias é possível, ainda, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, recaindo a responsabilidade sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e as sociedades que a integram.

7 - Ações relativas a direitos difusos

A ação civil pública relativa a direitos difusos foi pensada sobretudo em função do Direito ambiental. A tutela do meio-ambiente era, até então, matéria de competência exclusiva da Administração Pública. Jurisdicionalizou-se essa matéria, permanecendo, porém, sua natureza essencialmente administrativa, podendo-se dizer que as ações relativas a direitos difusos são jurisdicionais apenas pela forma dialética do processo. Seu autor, que, entre nós, é geralmente o Ministério Público, não é um substituto processual. Exerce função pública.

Trata-se, às vezes, não apenas de aplicar Direito objetivo pré-existente, mas de criar Direito novo.

Veja-se este exemplo: O Ministério Público paulista patrocinou o envio, ao Congresso Nacional, de uma proposta obrigando as operadoras de telefonia celular a instalar bloqueadores nos presídios. Mas não ficou apenas nisso. O Procurador-Geral do Estado de São Paulo anunciou a instalação de um inquérito civil contra as quatro empresas de telefonia celular do Estado (Nextel, Vivo, Claro e Tim) e a Embratel, para pressioná-las a instalar, às suas custas, bloqueadores de celulares em unidades prisionais. O inquérito teria como base a quebra do princípio da responsabilidade social. Caso não seja bem sucedida a negociação, o Ministério Público proporia ação civil pública, com pedido de liminar, para a imposição de multas diárias



pelo descumprimento da exigência. “Os contratos não podem se sobrepor ao interesse público”, afirmou o Procurador. (Valor, São Paulo, 17 de maio de 2006. p. A7). A Justiça de São Paulo determinou que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e as operadoras de telefonia celular bloqueiem os sinais das antenas (ERPs) nas proximidades das penitenciárias de Avaré, Iaras, Presidente Venceslau, Araruama, São Vicente e Franco da Rocha, tendo as operadoras o prazo de 48 horas para efetuar o bloqueio.¹²

Trata-se, outras vezes, de exercício de atividade tipicamente administrativa.

Veja-se este exemplo: A juíza da 3ª Vara Cível de Carazinho determinou que a Polícia Rodoviária Federal faça cumprir a partir de hoje a ordem judicial que autoriza a passagem de ônibus, veículos dos Correios e caminhões com cargas perecíveis pelos bloqueios realizados pelos produtores rurais nas BRs 285 e 386, no município, utilizando a força policial, se for necessário. Conforme a juíza, se a ordem não for cumprida de forma integral, a Fetag, o Sindicato Rural e o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Carazinho serão responsabilizados. As entidades terão que pagar multa diária de R\$ 30 mil, caso persistam descumprindo o que foi determinado pela Justiça. (...). A juíza explica que a ordem judicial foi decorrência de um pedido de liminar encaminhado pelo Ministério Público de Carazinho para impedir o bloqueio nas rodovias. “Apesar de não se posicionar contra a manifestação, o MP entendeu que deveria prevalecer o direito de ir e vir. Indeferi o pedido, considerando o fato de que o direito de livre manifestação também está assegurado na Constituição”, afirmou. Lembrou que o problema da agricultura está se refletindo nas cidades e tem como consequência o desemprego.¹³

Determinar a desobstrução de vias públicas, ilegalmente obstruídas, insere-se no poder de polícia da Administração, o que comprova a assertiva de que o Judiciário, chamado a tutelar interesses difusos, exerce, às vezes, atividade que, na essência é de administração, submetida a critérios de conveniência e oportunidade.

A natureza materialmente administrativa exercida pelo juiz nessas ações explica a amplitude cada vez maior de seus poderes. A demanda do autor está a perder o seu caráter de

¹² Correio do Povo, Porto Alegre, 18.05.06

¹³ Correio do Povo, Porto Alegre, 18.06.06



ação, que se exerce em todo o curso do processo, assumindo as características de uma mera representação: uma vontade que, uma vez declarada, autoriza o juiz a agir de ofício.

A circunstância de não se haver ainda reconhecido a natureza materialmente administrativa da atividade judicial exercida nessas ações impede ou dificulta o reconhecimento de que a decisão obedece, às vezes, a critérios de conveniência e de oportunidade. Manter a empresa e seus empregados ou acabar de vez com a poluição que produz?

A jurisdicionalização criou também um problema não bem resolvido, a partir do falso pressuposto, não expresso, mas implícito, de que a sentença precisaria ter a qualidade ou produzir o efeito de coisa julgada material.

Mas como atribuir-se imutabilidade a uma sentença que declarou a inocuidade de um produto, cuja toxicidade posteriormente se revela?

O Projeto de Lei 5.139/2009 tentou resolver o problema, com a previsão de uma ação revisional, que poderia ser proposta no prazo de um ano “contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente”.

Ter-se-ia melhor solução admitindo-se que os chamados direitos difusos muitas vezes dizem respeito a relações continuativas, impondo-se a aplicação da regra “*rebus sic stantibus*”.

O que se disse a respeito das ações relativas a direitos difusos, não se aplica às relativas a direitos individuais homogêneos.

8 - Ações relativas a direitos individuais homogêneos

Nas ações relativas a direitos individuais homogêneos, o Judiciário continua a exercer sua função mais tradicional, qual seja a de dirimir conflitos de interesses entre particulares, mas coletivamente e sem que estejam no processo todos os interessados. Em lugar deles, um substituto processual que, no sistema brasileiro, é indicado por lei.



No sistema atual, os substituídos não podem senão ser senão beneficiados pela sentença, porque a ação coletiva com pedido rejeitado não impede a propositura de ações individuais.

A timidez dessa solução impôs-se pelo temor da declaração de inconstitucionalidade de uma regra que os submetesse à coisa julgada coletiva, por violação do princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição.

No Projeto de Lei 5.139/2009 estabelecia-se que não seriam admitidas ações individuais, quando em ação coletiva houvesse julgamento de improcedência no que disse respeito a questões de direito. Portanto, apenas matéria de fato poderia ser rediscutida em ação individual.

Essa proposta parece indicar que, como no Direito norte-americano, acabaremos chegando à coisa julgada *pro et contra*, que é, na verdade, a única maneira de se resolver, com isonomia, as questões de massa.

De acordo com a legislação atual, a sentença proferida em ação relativa a direitos individuais homogêneos é condenatória, mas genérica, cabendo ao titular de cada direito individual a promover a liquidação e execução da parcela que lhe diz respeito. A jurisprudência, porém, encaminha-se no sentido de admitir, sempre que possível, a execução coletiva.

Merece especial consideração a hipótese de ações de que se pode duvidar se realmente dizem respeito a direitos individuais homogêneos: as propostas para ressarcimento de quantias individualmente insignificantes, como a cobrança de alguns centavos a maior em cada conta telefônica. Ocorre, então, que se apresentem poucos interessados em promover a execução, ou mesmo nenhum. Nesses casos, decorrido um ano, o substituto processual pode promover a liquidação e execução do valor total dos danos causados, recolhendo-se a um Fundo próprio o valor correspondente.

O que ocorre, nesses casos, é que, não obstante haja, em tese, direitos individuais, o que se busca é a aplicação do Direito objetivo.



9 - Despesas processuais

A sentença condena o réu vencido nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários advocatícios. Os autores, porém, não adiantam custas, emolumentos, honorários periciais ou quaisquer outras despesas, nem são condenados em honorários de advogado e periciais, custas e demais despesas processuais, salvo em caso de comprovada má-fé.

10 - Conclusão

Não obstante críticas pontuais que se possam fazer ao sistema brasileiro de ações coletivas, certo é que elas têm se mostrado eficazes para a realização do Direito objetivo bem como para assegurar direitos individuais.

Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em: <www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc>. Acesso em: 24 set. 2008.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *Revista Forense*, v.101, nº381, p.102-119, set/out de 2005.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*, Volume 4. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.



GIDI, Antônio. A 'class action' como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kasuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações Coletivas: História, Teoria e Prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Ações Coletivas e Direitos Difusos. Campinas: Apta Edições, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria Geral das Ações Coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MILARÉ, Édis. (coord.). A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Luciano Velasque. Ações Coletivas: O problema da Legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. Revista de Processo, v.32, nº149, p.79-103, jul. de 2007.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. Revista de Processo, v.21, nº82, p.92-151, abr./jun. de 1996.



VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de Processo*, v.33, nº159, p.93-118, maio de 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses Individuais Homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *An outline of Brazilian civil procedure*. *Revista de Processo*, v. 33, nº 165, p.291-298, nov. de 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

A intervenção judicial em execuções fiscais e o caso do Grupo Econômico CIPLA

(Judicial intervention in tax foreclosures and the case of the Grupo
Econômico CIPLA)

Eloi Pethechust

Lawyer in Brazil. LL.M Candidate.

and

Oksandro Osdival Gonçalves

Professor at Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brazil. Ph.D.

Abstract: Tax obligations are intended to raise funds in order to enable the State to develop the necessary actions to achieve its purposes, defined in the Constitution. However, the alarming number of tax foreclosures that load the Judiciary Power and the growing stock of active debt, which in 2013 reached the amount of R\$ 1.27 trillion, only at the federal level, unveil the ineffectiveness of the available legal mechanisms to recover credit public with court procedures. In this context, the present study aims to present a new executive technique capable to leverage the efficiency of tax foreclosures. It is called the judicial intervention, a barely known and used tool, but that may produce extremely positive effects on efficiency of tax collection in the country.

Resumo: As obrigações tributárias têm por objetivo angariar recursos para permitir ao Estado desenvolver as ações necessárias à consecução dos seus fins, definidos na Constituição. Contudo, o alarmante número de execuções fiscais que abarrotam o Poder Judiciário e o crescente estoque da dívida ativa, que em 2013 atingiu a monta de R\$ 1,27 trilhão, apenas no âmbito federal, desvendam a ineficácia dos mecanismos jurídicos disponíveis para cobrança do crédito público em juízo. Nesse



contexto, a presente pesquisa se propõe a apresentar uma nova técnica executiva capaz de alavancar a eficiência das execuções fiscais. Trata-se da chamada intervenção judicial, ferramenta pouco conhecida e utilizada, mas que pode surtir efeitos extremamente positivos para eficiência da arrecadação tributária no país.

Keywords: Development. Judicial Intervention. Tax Foreclosures. Effective Judicial Protection. Company

Palavras-chave: Desenvolvimento. Intervenção Judicial. Execuções Fiscais. Tutela Jurisdicional Efetiva. Empresa.

Sumário: Introdução; **1.** O panorama das demandas de cobrança de crédito público; **2.** A execução fiscal à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e sua repercussão para o desenvolvimento; **3.** Aplicação subsidiária do art. 461, §5º do Código de Processo Civil às execuções fiscais; **4.** Possibilidade de utilização do poder geral de cautela para nomeação do interventor judicial; **5.** A técnica da intervenção judicial e sua utilização nos processos de execução fiscal; **5.1.** Conceito e características da intervenção judicial; **5.2.** Modalidades de intervenção judicial; **6.** A intervenção judicial no Grupo Econômico Cipla; **7.** Conclusão; Referências.

Introdução

A Procuradoria-Geral da Fazenda, no relatório “A PGFN em Números” sobre o acúmulo de créditos oriundos da inadimplência fiscal,¹ aponta para um estoque da dívida ativa no ano de 2013 de R\$ 1,27 trilhão, apenas no âmbito federal. Desse montante foram contabilizados R\$ 275.302.815.019,08 de créditos de natureza previdenciária e R\$ 997.878.075.967,12 de natureza tributária e não tributária, não previdenciários.²

Em 2011 os créditos tributários inscritos em Dívida Ativa da União somavam a quantia de R\$ 998.762.268.281,57, ou seja, um acréscimo de 27,4% em relação ao estoque de crédito

¹ PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números 2014*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias-1/pgfn-em-numeros>>. Acesso em 25 de mar. 2014.

² Ibid.



público em 2013.³ Esse montante repercute sobre o Poder Judiciário, como fica evidente no relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, denominado “Justiça em Números”, que aponta os processos de execução fiscal como maior vilão do abarrotamento e congestionamento da justiça brasileira.⁴

De acordo com o relatório do CNJ, as taxas de congestionamento dos processos de conhecimento são menores que as dos processos de execução, sendo que a principal causa desse fenômeno reside exatamente nos casos de execução fiscal. Em que pese o volume de ações de conhecimento que ingressam no Judiciário (76,7%) ser maior que os novos processos de execução (23,3%), o peso dos casos pendentes recai substancialmente sobre as execuções, que representam 53,3% do total de ações em trâmite. Desse percentual, as execuções fiscais representam 39,9% de todos os processos pendentes no Poder Judiciário e registram congestionamento de 89% do sistema. Com isso, observa-se que, em média, oito em cada dez execuções são de natureza fiscal.⁵

O histórico estatístico demonstra que o percentual de executivos fiscais pendentes vem crescendo, pois de 2009 até 2012 houve uma ascensão de 7,7%, sendo que só no período 2011 a 2012 o aumento foi de 3,7%. Os dados ainda revelam que os executivos fiscais representam 32% do total de processos em andamento no Judiciário brasileiro e 40% do acúmulo de ações pendentes, porém apenas 13% dos novos casos.⁶ Dessa maneira, as execuções fiscais correspondem a cerca de 1/3 dos processos em tramitação na Justiça brasileira.

Disso se conclui inicialmente que:

- a) é preciso promover a liquidação do acervo de processos que cresce anualmente;
- b) o sistema de recuperação dos créditos pelo Estado é ineficiente.

³ PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números 2011*. Disponível em: <<http://www.pgfn.gov.br/noticias/PGFN%20Em%20Numeros%20-%202011.pdf>>. Acesso em 25 de mar. 2014

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2012*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em 25 de mar. 2014.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.



Diante do exposto, emerge a necessidade de se pensar na criação de soluções para o aperfeiçoamento da execução fiscal no Brasil, visando a efetividade da tutela jurisdicional, a proteção dos direitos fundamentais e a justiça social, cuja implementação depende diretamente da arrecadação financeira do Estado.⁷

Nesse contexto, a presente pesquisa tem por objetivo apresentar a intervenção judicial, uma nova técnica executiva capaz de aumentar a eficiência das cobranças dos créditos públicos em juízo.

1. O panorama das demandas de cobrança de crédito público

Diante da nova complexidade da sociedade, o Estado, com suas instituições judiciais cada vez mais superadas, revela-se desprovido de mecanismos jurídicos aptos a dissolver de modo eficaz essas novas demandas,⁸ deixando de atender o ambicioso dever constitucional de distribuir justiça com efetividade (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

O processo de execução fiscal não escapa dessa realidade.⁹ O Judiciário tem se deparado com casos em que os devedores utilizam os mais variados recursos (legais e ilegais) para dilapidar seus bens em prejuízo do crédito fiscal. Várias contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, desviam suas rendas ou seus lucros para terceiros, deixando um rastro imensurável de dívidas fiscais, sem qualquer patrimônio passível de responder o débito. Realizam verdadeiras cadeias de transferência de bens entre empresas, compra de quotas sociais por *holdings*, que por sua vez são adquiridas por outras pessoas jurídicas, em um emaranhado obscuro de fruição patrimonial, não se sabendo ao certo a origem da onde vêm e nem para onde vão. Esse fenômeno é viabilizado, em boa parte, devido à progressiva volatilização do patrimônio¹⁰ e

⁷ LIMA, Vanderlei Ferreira de. *Prestação Jurisdicional: Princípio da Repartição de Receitas versus Princípios da Efetividade do Processo e da Rápida Solução de Litígios nos Processos de Execução Fiscal. Uma Crise a ser Sanada*. In: XXXVIII Congresso Nacional dos Procuradores do Estado - APESP, nº. 38, 2013, Foz do Iguaçu, PR. Anais (on-line). São Paulo: APESP, 2013. Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/congressos>>. Acesso em 25 de mar. 2014.

⁸ *Ibid.*, p. 55.

⁹ CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães. *op. cit.*, p. 55-59.

¹⁰ GRECO, Leonardo. *Execução Civil – Entraves e Propostas*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v. 12, p. 399-445, jun./dez. 2013.



também pela nova face face da fortuna que é baseada em bens imateriais.¹¹ De igual modo, grandes empresas como Coca-Cola, McDonald's, Nike, entre outras, possuem na marca seu bem mais valioso, ativo intangível.¹² Frente a essa nova realidade, os mecanismos tradicionais de execução forçada dos créditos públicos podem se mostram inadequados.

A falta de um cadastro unificado nacional de bens também permite que os credores pulverizem seus bens em diferentes Estados – pois o sistema de registros públicos vigente é estadual –, criando uma cortina de fumaça que oculta sua situação patrimonial.¹³

A jurisprudência já enfrenta ações dessa natureza, envolvendo intrincadas tramas de camuflagem patrimonial, dissipação de bens e manipulação da marca para fraudar o sistema de arrecadação.¹⁴ Em situações dessa espécie, são colocados em xeque os atuais mecanismos jurisdicionais postos a serviço dos tribunais para salvaguardar os interesses do Estado na cobrança de seus créditos tributários.

Considerando a insuficiência dos meios atuais para promover a satisfação do crédito fiscal, propõe-se neste trabalho a utilização da intervenção judicial, prevista na Lei Antitruste (artigos 102/111) uma nova técnica jurídica que conferir mais efetividade às execuções fiscais.

¹¹ Bill Gates é o mais rico dos EUA pelo 20 ano seguido diz Revista Forbes. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/09/bill-gates-e-o-mais-rico-dos-eua-pelo-20-ano-seguido-diz-revista-forbes.html>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

¹² NUNES, Gilson; HAIGH, David. *Marca: valor do intangível, medindo e gerenciando seu valor econômico*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 128-135

¹³ GRECO, Leonardo. op. cit., p. 407.

¹⁴ Nesse sentido, cabe citar, por exemplo, o caso da tradicional indústria de calçados infantis Ortopé. A empresa calçadista, a partir do final de 1999 deixou de recolher o FGTS e INSS dos trabalhadores, além de uma série de outras irregularidades. Para blindar seu patrimônio e a sua marca (bem mais precioso da empresa, em 2006 avaliada por 8 milhões), seus sócios alteram seu nome para Ortothch S.A, objetivando dissociar e preservar a marca “Ortopé” da falida empresa de mesmo nome e venderam a marca para outra empresa “laranja” chamada PRV Participações S.A. Ato contínuo foram criadas diversas empresas que produziam pares de calçados aos milhares – que eram vendidos para a PRV Participações S.A., que os etiquetava com a marca Ortopé e os vendiam em grande quantidade – e em seguida encerravam suas atividades sem honrar seus encargos fiscais. (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 2ª Vara do Trabalho de Gramado. Ação Civil Pública nº. n. 00232-2007-352-04-00-4. Ministério Público do Trabalho versus Adolfo Homrich e outros.)



2. A execução fiscal à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e sua repercussão para o desenvolvimento

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal garante a todos o direito à prestação jurisdicional adequada e efetiva quando dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse direito fundamental incide sobre o Estado-Legislator e o Estado-Juiz, exigindo, de um lado, a pré-ordenação dos procedimentos e das técnicas processuais adequadas à obtenção de uma tutela efetiva e eficaz, e, de outro, a aplicação da lei de forma a garantir a realização das tutelas prometidas pelo Direito material.¹⁵

Ocorre que o legislador é incapaz de desenvolver todos os instrumentos processuais necessários para atender as tutelas prometidas pelo Direito material e às necessidades sociais. Nesse sentido Paolo Grossi observa que isso afeta o processo de desenvolvimento ao referir que:

trata-se de uma atividade normativa enorme, que quer estar à frente do crescimento socioeconômico, que frequentemente é superada pelo urgir do desenvolvimento, que revela - por assim dizer - o rei nu, ou seja, um Estado incapaz de ordenar somente com seus instrumentos legislativo aquele crescimento e que, com o amontoado de leis no mais das vezes improvisadas e mal feitas, mortifica os bens formais da clareza e da certeza que os Códigos satisfaziam, cavando um fosso de incompreensão entre poder político e cidadãos.¹⁶

Assim, o desenvolvimento é comprometido em parte pela incapacidade legislativa e pela impossibilidade dos mecanismos jurídicos responderem adequadamente a necessidade social como, no presente caso, em que a ineficiência do processo de execução fiscal repercute sobre outros processos, que com ela não se relacionam, mas que sofrem os efeitos da

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luís Otávio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Org). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 230-231.

¹⁶ GROSSI, Paolo. *Primeira Lição Sobre Direito*. Tradutor: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 57-58.



morosidade causada pelo grande número de execuções fiscais insatisfeitas pela superação do mecanismo tradicional da execução.

Nega-se, dessa forma, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF/88).¹⁷

A compreensão das normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional, com vistas ao atendimento das várias necessidades do Direito substancial, outorga ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea e adequada à tutela do direito reclamado em juízo, desde que, é claro, não encontrem óbices em algum lugar do Direito¹⁸ ou possam causar gravames desnecessários ao réu.¹⁹

No âmbito do processo executivo, pode o juiz se valer da criação e do emprego das técnicas executivas mais adequadas e efetivas à concreção do direito.²⁰ Nesse sentido aponta Luiz Guilherme Marinoni, ao argumentar que:

se do direito fundamental de ação (art. 5º, XXXV, da CF/88) decorre o direito ao meio executivo capaz de dar efetividade ao direito material, não há como aceitar a ideia de que o juiz somente pode admitir o uso dos meios executivos expressamente tipificados na lei.²¹

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação...* op. cit., p. 231.

¹⁸ Algumas penas são expressamente vedadas pela Constituição Federal de 1988, tal como a aplicação de penas ou sanções que ofendam a imagem do infrator. Para contextualizar, Sérgio Cruz Arenhart dá alguns exemplos dos Estados Unidos, relatando que “São famosas, nos Estados Unidos, condenações impostas pelo juiz Michael A. Cicconetti, da Municipal Court of Painesville (Ohio). Apenas como exemplo, tem-se o caso em que ele condenou um réu acusado de solicitar favores sexuais a uma prostituta a, entre outras coisas, desfilar pela cidade, vestido de galinha, com uma placa com a frase ‘não há Galinheiro em Painsville’ – referência a bordel famoso no Estado de Nevada-EUA. Em outro caso, o mesmo magistrado condenou uma senhora (Michelle M. Murray – caso n. CRB0502125) a passar uma noite na floresta, sozinha, sem alimento ou qualquer entretenimento, como punição por ela ter abandonado 35 filhotes de gatos. Obviamente, sanções como estas, ainda que com função coercitiva, não caberiam no ordenamento nacional”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 385, p. 45-60, 2009.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 217.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 176-178.

²¹ *Ibid.*, p. 176.



Nessa perspectiva, a partir do direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva o poder de execução pode ser concretizado mediante o emprego dos mais variados meios executivos (previstos em lei ou não) que melhor se conformem às circunstâncias do caso concreto.²²

A execução fiscal não escapa dessa lógica: incide plenamente na cobrança dos créditos públicos o princípio da efetividade do processo. Trata-se de invocar um direito transindividual à efetividade da cobrança do crédito público pelo Estado, que é devido a toda a sociedade.²³

Desse modo, diante da ineficiência de execução fiscal por ausência de instrumentos legais eficazes, cabe aos juízes adotar outros mecanismos além dos tipificados na lei, buscando o mais adequado para o caso concreto, com arrimo no direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Através dessa premissa inicial, os tribunais podem adotar a técnica da intervenção judicial nos processos de execução fiscal, ainda que sem previsão legal específica no âmbito da Lei nº 6.830/80, com alicerce no direito constitucional à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Eduardo Talamini sustenta esse posicionamento, afirmando que “o valor constitucional que justifica a nomeação, pelo juiz, de um fiscal ou interventor é a exigência de tutela jurisdicional plena e adequada (CF, art. 5º. XXXV).”²⁴

A execução fiscal, quando interpretada à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, viabiliza o transplante desse instituto de Direito Comercial para o Direito Tributário, sempre que ele seja o meio mais adequado e apto a tornar eficaz a execução fiscal.

3. Aplicação subsidiária do art. 461, §5º do Código de Processo Civil às execuções fiscais

A Lei nº 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, prevê em seu art. 1º a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo de execução fiscal, o que permite ao magistrado utilizar o disposto no art. 461, §5º, cujo *caput* foi

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo de Execução...* op. cit., p. 176 e 177.

²³ CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães. op. cit., p. 39

²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 282.



concebido após a primeira onda de reformas (Lei nº 8.952/94) do CPC e foi aprimorado na segunda reforma (Lei nº 10.444/02), que acrescentou o seu §5º²⁵, conferindo maior eficácia executiva ao dispositivo.

O dispositivo conferiu ao juiz o poder de impor ao executado as mais variadas medidas para assegurar o cumprimento da satisfação pretendida com o processo executivo.²⁶ Além das técnicas contidas na exemplificação do §5º, o juiz pode adotar quaisquer outras que as circunstâncias de cada caso concreto exijam e não destoem da razoabilidade inerente ao devido processo legal.²⁷

É essa a posição de autores como Eduardo Talamini,²⁸ Luiz Guilherme Marinoni,²⁹ Sérgio Cruz Arenhart,³⁰ Kazuo Watanabe,³¹ dentre outros, ao afirmarem que, diante da abertura dada pelo artigo através da expressão “medidas *necessárias*” – quaisquer mecanismos de execução podem ser adotados pelo juiz (e não somente aqueles tipificados pela lei processual civil), desde que sejam capazes de dar efetividade aos provimentos jurisdicionais.

Dessa forma, considerando a existência de um rol aberto de medidas a serem instituídas pelo juiz diante do caso concreto, mostra-se possível a utilização da técnica da intervenção judicial nas execuções fiscais, pela via do art. 461, §5º, do CPC, sempre que os instrumentos de execução comuns previstos na Lei nº 6.830/80 e no Código de Processo Civil se mostrem insuficientes ou inadequados à tutela do caso concreto.³²

²⁵ § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, v. 20, p. 3-18, 2001.

²⁷ Segundo Sérgio Cruz Arenhart, o juiz pode usar da criatividade para fixar o meio mais idôneo, tendo como limites restrições de ordem legal ou constitucional. ARENHART, Sérgio Cruz. *A intervenção judicial...* op. cit., p. 45-49.

²⁸ TALAMINI, Eduardo. op. cit., p. 270-272.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do Poder Executivo do Juiz. Execução Civil. In: Fredie Didier Jr. (Coord.). *Estudo em Homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 232.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo de Execução...* op. cit., p. 176.

³¹ WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Porto Alegre: Ajuris, 1996. p. 187.

³² Na intervenção judicial do Grupo Cipla, esse foi um dos fundamentos utilizados na inicial para nomeação do interventor judicial. ESTADO DE SANTA CATARINA. 1ª Vara Cível de Joinville. Ação Cautelar Inominada nº. 0059136-



4. Possibilidade de utilização do poder geral de cautela para nomeação do interventor judicial

Antes da propositura ou no próprio bojo da execução fiscal em andamento, é cabível, para a garantia do crédito tributário constituído ou por constituir, o ajuizamento de medida cautelar, com vistas a evitar que ocorra ou prossiga o desvio de bens ou dilapidação do patrimônio do devedor tributário. A medida cautelar fiscal conta com regulamentação própria, instituída pela Lei nº 8.137/92, e tem lugar sempre que o devedor tributário incorrer em um dos casos previstos no seu art. 2º, tal como praticar atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito ou possuir débitos, inscritos ou não em dívida ativa que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido, dentre outros.

No plano prático, a lei em questão prevê apenas a indisponibilidade dos bens do devedor, até o limite da satisfação da obrigação, sendo comunicado ao registro público de imóveis, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e às demais repartições que processem registros de transferência de bens.

No entanto, os tribunais têm utilizado o poder geral de cautela conferido pelo art. 615, III e art. 798, ambos do CPC,³³ como alicerce jurídico para determinar providências cautelares pontuais e mais abrangentes do que aquelas previstas na Lei nº 8.397/92, úteis ao resguardo do futuro resultado do processo de execução fiscal.³⁴

19.2010.8.24.0038. Ada Cecília Weiss Silvestre e outros *versus* Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A e outros.

³³ O poder geral de cautela permite ao magistrado a determinação de providências provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798 do CPC). Inclusive pode o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução (artigo 799 do CPC).

³⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR FISCAL. IMÓVEL. INDISPONIBILIDADE. ALUGUÉIS. INDÍCIOS DE FRAUDE. 1. O deferimento do depósito dos aluguéis configura pedido diverso da indisponibilização do bem, decretada com base no art. 4º da Lei 8.397/92. Nesta hipótese, a indisponibilidade do bem não atinge, via de regra, seus frutos e rendimentos. O depósito dos aluguéis, por outro lado, pode ser deferido pelo Juízo, em face de seu poder geral de cautela, quando houver indícios de irregularidades ou fraudes na locação do imóvel, para o fim de ludibriar o Fisco. Precedentes da Segunda Turma desta Corte. 2. No caso em tela, há indícios que levam a crer que a empresa, por seus sócios, pretende esquivar-se ao pagamento dos tributos e dívidas existentes. Assim, em face do poder geral de cautela deve ser estendida a medida de indisponibilidade aos frutos civis decorrentes do aluguel de bem imóvel já indisponível. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Turma. Agravo de Instrumento nº. 200504010418682/SC. Rel. Marga Inge Barth Tessler. Julgamento em. 12.03.2008. Nesse mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Turma. Agravo de Instrumento nº 2004.04.01.010829-9/SC. Relator



Com isso, mostra-se perfeitamente admissível que no processo cautelar fiscal seja utilizada a técnica da intervenção judicial, sempre que a mera indisponibilidade de bens não se mostre eficiente.

No Direito argentino há previsão legal que autoriza expressamente a designação de um interventor judicial para situações de urgência, constituindo, pois, uma medida cautelar típica.³⁵ O art. 1684 do Código Civil Argentino permite que “Habiendo peligro en la demora, el juez podrá decretar la remoción luego de comenzado el pleito, nombrando un administrador provisorio socio o no”.³⁶

No Uruguai a técnica também é utilizada em ações cautelares societárias,³⁷ conforme dispõe a Ley de Sociedades Comerciales nº 16.060/1989, ao prever em seu art. 184 que:

“Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave o nieguen a los socios o accionistas el ejercicio de derechos esenciales, procederá la intervención judicial como medida cautelar, con los recaudos establecidos en esta Sección”.³⁸

Dirceu de Almeida Soares. Julgamento em 14.07.2004.; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Turma. Agravo de Instrumento nº. 200604000193552/RS. Relator Otávio Roberto Pamplona. Julgamento em 31.10.2006.; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Turma. Agravo de Instrumento nº. 2004.04.01.001811-0/SC. Relator Dirceu de Almeida Soares. Julgamento em 16.06.2004.

³⁵ Sobre o assunto ver: PODETTI, J. Ramiro. *Derecho procesal civil comercial y laboral (doctrina, legislación y jurisprudencia): tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1956. p. 235-236; CHIAVASSA, Eduardo. *La intervención judicial ante diferentes conflictos societarios*. In: XII Congreso Argentino de Derecho Societario, nº. 12, 2013, Buenos Aires, Argentina, 2013. Anais (on-line). Disponível em: <<http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASH01b5/95758a9a.dir/doc.pdf>>. Acesso em 25 de mar. 2014.

³⁶ ARGENTINA. Lei nº. 340. Disponível em: <http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo_civil_online_1648_1788bis.html>. Acesso em 25 de mar. 2014.

³⁷ Sobre o assunto ver: GAGGERO, Eduardo D. *Intervención judicial de sociedades comerciales*. Montevideo: [s. n.], 1973.; RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López; OLIVERA, Nuri Rodriguez. *Intervención judicial*. Disponível em: <<http://www.derechocomercial.edu.uy/claseorgsoc07.htm>>. Acesso em 25 mar. 2014.

³⁸ URUGUAI. Ley nº 16.060. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=16060&Anchor=>>>. Acesso em 25 mar. 2014.



Na Espanha existe a possibilidade de aplicação da intervenção judicial como medida cautelar específica em situações que envolvam bens em litígio, de acordo com os arts. 1.419³⁹ a 1.427 da Ley de Enjuiciamiento Civil.

No Brasil, doutrina e jurisprudência admitem a utilização da intervenção judicial como medida acautelatória em diversas situações.⁴⁰ No campo jurisprudencial, a intervenção judicial cautelar é utilizada em casos que vão desde resguardar o patrimônio dos sócios em conflitos societários⁴¹ até preservar o patrimônio de fundações e autarquias em razão de irregularidades na administração.⁴²

Pelo exposto, considerando que (a) a jurisprudência admite o emprego de diversas medidas acautelatórias nos processos de execução fiscal, com base no poder geral de cautela, (b) que a intervenção judicial no Direito comparado é amplamente utilizada como medida cautelar e (c) que doutrina e jurisprudência brasileiras têm aderido à utilização da intervenção judicial cautelar nas mais diversas situações levadas ao Poder Judiciário, conclui-se ser

³⁹ El que, presentando los documentos justificativos de su derecho, demandare en juicio la propiedad de minas, montes, cuya principal riqueza consista en arbolado, plantaciones o establecimientos fabriles, podrá pedir que se intervenga judicialmente la administración de las cosas litigiosas.

⁴⁰ PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no direito societário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 205-263.

⁴¹ NOMEAÇÃO DE INTERVENTOR JUDICIAL. ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE DA MEDIDA. FINALIDADE DE FISCALIZAÇÃO E PRESERVAÇÃO DE DIREITOS DA SÓCIA AGRAVADA. LEGALIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. APLICAÇÃO DO ART. 798 DO CPC. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE LIMINAR EM SEDE CAUTELAR. (...) 2. Não obstante a ausência de previsão quanto à intervenção judicial na legislação processual civil, sua decretação é possível com fundamento no poder geral de cautela do juiz, consoante o teor do art. 798 do Código de Processo Civil, que permite ao magistrado determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. (...). ESTADO DO PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 11ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 4125193 PR 0412519-3. Relator: Fernando Wolff Bodziak. Julgamento em 13.08.2008. Nesse mesmo sentido: ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº. 200000042102000001. Relator. Teresa Cristina Da Cunha Peixoto. Julgamento em 17.12.2003.; ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça De Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº.1.0027.05.055400-8/001. Relator Pedro Bernardes. Julgamento 11.07.06.

⁴² "Processo Civil. Fundação. Intervenção judicial ajuizada pelo Ministério Público. Indícios de irregularidades na administração. Probabilidade de dano potencial. Proteção do interesse coletivo. Concessão de liminar para afastamento da diretoria e nomeação de interventor judicial. Referência legislativa: Código de Processo Civil, artigos 798, 807". ESTADO DO PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 85051-1. Relator Ulysses Lopes. Julgamento em 14.03.2000. Nesse mesmo sentido: ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº.101050619305710011. Relator Pereira da Silva. Julgamento em 20.03.2007.



perfeitamente admissível o manejo da intervenção judicial no bojo da ação cautelar fiscal, sempre que as peculiaridades e a gravidade do caso concreto assim exigirem.

Portanto, o poder geral de cautela conferido ao magistrado é o terceiro suporte que pode ser utilizado para dar guarida à aplicação da intervenção judicial na cobrança dos créditos fazendários.⁴³

5. A técnica da intervenção judicial e sua utilização nos processos de execução fiscal

5.1. Conceito e características da intervenção judicial

A intervenção judicial é uma ferramenta jurídica prevista no ordenamento na Lei Antitruste, entre os artigos 102 a 111, não se tratando de nenhuma novidade na rotina forense brasileira. Não é possível, assim, assustar-se com o seu emprego ou sustentar que se trata de algo experimental, muito menos rejeitar sua compatibilidade com o quadro constitucional brasileiro.⁴⁴

A técnica consiste na nomeação de um terceiro, na condição de auxiliar do juízo, para praticar determinada conduta apta a dar atendimento, em substituição ao devedor, à satisfação do direito do credor. Em linhas gerais, constitui a intervenção judicial uma medida através da qual o juiz pode efetivamente substituir-se ao devedor, para realizar, no seu lugar, as mais variadas prestações voltadas à concretização do direito reclamado judicialmente. Não obstante, a técnica também pode ser utilizada para fins meramente fiscalizatórios, com o objetivo de verificar se o próprio devedor está dando atendimento às obrigações que lhe incumbem.⁴⁵

⁴³ Esse foi o fundamento utilizado para a decretação de intervenção judicial do Grupo Economico Cipla. ESTADO DE SANTA CATARINA. 1ª Vara Cível de Joinville. Ação Cautelar Inominada nº. 0059136-19.2010.8.24.0038. Ada Cecília Weiss Silvestre e outros *versus* Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A e outros.

⁴⁴ PETHECHUST, Eloi; DIAS, Luciana Drimel. A intervenção judicial como técnica adequada à efetividade dos provimentos judiciais. *Revista de Processo - RePro*, São Paulo, v. 229, p. 283-303, março, 2014. Nesse mesmo sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 349.

⁴⁵ Conforme pondera Marcelo Lima Guerra, “trata-se da intervenção judicial na empresa-devedora, através da qual o juiz pode efetivamente substituir-se ao devedor, para realizar, no seu lugar (ou mesmo fiscalizar mais de perto o cumprimento pelo devedor, nas prestações de trato sucessivo), as mais variadas prestações, quer as que digam respeito à atividade da empresa para com terceiros, quer, sobretudo, aquelas que são realizadas no seu próprio



A medida possui grande dinamicidade, permitindo que o magistrado faça adaptações da técnica a cada situação concreta, com a ampliação ou redução da extensão dos poderes conferidos ao interventor, que podem ir da simples fiscalização até a execução completa da obrigação que recai sobre o devedor.⁴⁶ O Código de Processo Civil, por exemplo, trata de figura muito semelhante à intervenção judicial, quando versa em seu art. 148 sobre o administrador judicial ou depositário. No entanto, cuida-se de figura diversa, pois sua função limita-se à “guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados”.⁴⁷ O interventor não se submete a essa regra, já que suas atribuições serão estipuladas de acordo com as necessidades do caso concreto, não estando previamente enquadradas na lei.

A intervenção judicial se revela um instrumento executivo de caráter dúplice, na medida em que funciona simultaneamente como mecanismo sub-rogatório e de coerção indireta.⁴⁸ Na condição de medida de sub-rogação, o interventor supre o papel do devedor, realizando no seu lugar a obrigação que lhe cabia. Assim, caso o estabelecimento comercial devedor resista em repassar parte do seu faturamento para saldar suas obrigações fiscais, poderá ser nomeado interventor para ingressar no seu setor financeiro e lá proceder o cumprimento da ordem de penhora diretamente sobre seu faturamento ou na “boca do caixa”. Como técnica de caráter indutivo ou de coerção indireta,⁴⁹ a intervenção estimula o próprio devedor a atender o contido no título executivo. Deste modo, a medida interventiva também age pela pressão psicológica, em que o devedor se vê obrigado a escolher entre (i) resistir à ordem judicial, e ver um interventor sendo colocado em seu lugar, com poderes de administração maiores ou menores, e com isso tendo acesso a informações sigilosas, à vida da empresa e ao seu fluxo patrimonial,

âmbito interno, ou seja, relacionadas ao seu funcionamento e à sua organização”. GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 318-325. Nesse sentido: MAGATÃO, Karina da Silva. *A intervenção judicial em instituições públicas e privadas, como técnica adequada à efetivação dos provimentos jurisdicionais*. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil), Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2007. p. 70.

⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. op. cit., p. 280-281.

⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 349.

⁴⁸ Por meio dos meios *sub-rogatórios* (medida coercitiva direta), a providência executiva é concretizada independentemente da cooperação do ordenado.

⁴⁹ Nas providências ditas coercitivas (indiretas), os mecanismos executivos funcionam como meios de pressão ou indução para que o próprio obrigado desempenhe a conduta imposta pela decisão judicial.



descobrimo débitos tributários, sonegação fiscal, dentre outras irregularidades, ou (iii) cumprir, ele próprio, a decisão judicial. Como decisão lógica e racional, a primeira hipótese será suficiente para estimular o próprio obrigado a atender a ordem judicial.⁵⁰

Por fim, cabe destacar que não há motivos para considerar excessivas ou desproporcionais as restrições sofridas pelo destinatário da intervenção, uma vez que: (i) o devedor possui, em regra, a liberdade de pagar espontaneamente o débito fiscal ou nomear bens à penhora; (ii) sua omissão indica descaso em relação à ordem judicial e ao ordenamento jurídico, não havendo justificativa para se proteger a sua renitência; (iii) o papel do interventor é tão somente o adimplemento do crédito tributário, ou ao menos a fiscalização das ações do contribuinte diante de suspeita de fraudes ao fisco; (iv) o Estado, ao solicitar a medida, busca apenas obter a satisfação do seu crédito, e o juiz, ao fazer a sua utilização, sempre e *a priori*, visa simplesmente fazer cumprir o Direito, e nesse caso se mostra legítima a conduta de ambos.⁵¹

5.2. Modalidades de intervenção judicial

A intervenção judicial é uma medida executiva que carece de modalidades taxativas, variando as incumbências do interventor desde simplesmente observar as condutas do devedor⁵² até mesmo o total poder de gestão de um grande grupo econômico,⁵³ ampliando ou reduzindo as tarefas delegadas ao interventor em cada caso concreto.⁵⁴

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 349-350.

⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 951-993, 2004. p. 565.

⁵² AÇÃO CAUTELAR INOMINADA INCIDENTAL. (...) NOMEAÇÃO DE INTERVENTOR JUDICIAL. ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE DA MEDIDA. FINALIDADE DE FISCALIZAÇÃO E PRESERVAÇÃO DE DIREITOS DA SÓCIA AGRAVADA. (...) 3. A nomeação de um interventor judicial junto às empresas agravantes possui o fim precípua de atividade fiscalizadora e de preservação de eventuais direitos da agravada, porquanto a recorrida está totalmente alheia à administração das empresas, na qual em tese é sócia, tendo em vista a ausência de condições de administração conjunta em virtude dos evidentes atritos entre as partes. 4. (...). ESTADO DO PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 11ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 4125193. Relator Fernando Wolff Bodziak; Julgamento em 13.08.2008.

⁵³ Na sentença proferida no processo envolvendo a Companhia VASP, o magistrado conferiu total poder de gestão ao interventor. Veja-se: "O interventor judicial terá plenos poderes de gestão (...)". ESTADO DE SÃO PAULO. 14ª



Muito embora o instrumento em questão possa assumir uma vastidão de feições, a doutrina nacional tem catalogado, apenas como norte didático, a intervenção em três espécies, definidas com base no grau de ingerência do interventor sobre a esfera jurídica do obrigado, sendo elas: (a) *intervenção fiscalizatória*; (b) *intervenção co-gestora*; e (c) *intervenção substitutiva ou expropriatória*.⁵⁵

Na (a) *intervenção fiscalizatória*, espécie mais branda, o auxiliar do juízo observa de perto as ações do devedor fiscal ou o andamento de determinadas obrigações que recaem sobre ele. Seu papel é o de vigiar, elaborar relatórios pormenorizados sobre as atividades do devedor e os remeter ao juízo.⁵⁶ Nela o administrador original não é desvestido de suas funções, muito menos sofre interferência na gestão da instituição.

Isso permite ao magistrado uma maior aproximação da situação concreta, tomando conhecimento de fatos relevantes que irão lhe auxiliar na decisão acerca de eventuais providências a serem tomadas, seja para: (i) alcançar o cumprimento da execução fiscal; (ii) verificar o correto recolhimento de tributos; (iii) condenar a empresa renitente ao cumprimento da ordem judicial (v.g., regularização do recolhimento das verbas devidas ao INSS pelos seus empregados).

Como exemplo de aplicabilidade desta modalidade, pode-se imaginar um caso em que existam suspeitas ou denúncias de que o devedor tributário esteja: (i) tentando alienar bens que possui; (ii) contraindo (ou tentando contrair) dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; (iii) pondo ou (tentando por) seus bens em nome de terceiros. Diante dessa situação, a intervenção fiscalizatória seria o melhor meio para o juiz averiguar se estão sendo praticados atos desta natureza e, em caso positivo, realizar o bloqueio de bens e adotar outras

Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamatória Trabalhista nº. 507/2005-014-02-00.8. Ministério Público do Trabalho e outros *versus* Viação Aérea de São Paulo S/A - VASP e outros.

⁵⁴ “É evidente que a ausência de previsão legal específica no Brasil gera uma ausência de parâmetros para o magistrado intervir, não obstante crie discricionariedade na escolha das formas.” PEREIRA, Luiz Fernando C. op. cit., p. 248.

⁵⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. Cit.*, p. 318; PEREIRA, Luiz Fernando C. *Op. Cit.*, p. 249-254; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 349-352.

⁵⁶ Nesse sentido POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. *Comentários à nova lei antitruste*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1997. 164; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 349-352; PEREIRA, Luiz Fernando C. op. cit., p. 249-250.



medidas que julgar necessárias para conter a evasão patrimonial. Neste caso, a interventoria pode ser veiculada pela via da ação cautelar, sem oitiva do devedor (art. 804 do CPC) e em regime de segredo de justiça,⁵⁷ para evitar que este, sendo citado, deixe de praticar os atos cuja suspeita originou o manejo da medida.

A segunda modalidade – *(b) intervenção co-gestora* – é espécie intermediária, pois o interventor não apenas observa, nem assume o controle integral da executada: o que ocorre é a entrega apenas de uma parcela das atribuições da executada, por um período de tempo, à interventoria.⁵⁸ A administração total permanece em poder de seus gestores; todavia, uma fração dela é conferida ao cogestor, em percentual que permitirá, por meio das suas ações, dar atendimento à decisão exequenda.⁵⁹

Esse tipo de intervenção deve ser aplicada nos casos em que juiz atribuir uma série de tarefas para regularizar a situação fiscal da executada e esta deixar de cumprir algumas delas. Assim, caberá ao interventor cogestor o papel de efetivar tão somente a parcela de atividades não exercidas pela demandada.⁶⁰

A modalidade cogestora também pode ser empregada quando a executada, apesar de estar em funcionamento e ter grande fluxo de receita, não dispõe de bens penhoráveis, muito menos de movimentação financeira através de contas bancárias vinculadas ao seu nome.

Diante desse quadro, ao interventor deve ser incumbida a missão de gerir apenas o setor financeiro da executada, para de um lado realizar a paulatina quitação dos débitos fiscais, e, do outro, manter o fluxo de caixa suficiente à manutenção das suas atividades.

Finalmente, a terceira modalidade representa a hipótese mais drástica, denominada *(c) intervenção expropriatória ou substitutiva*. Nela o interventor irá assumir toda a administração da devedora, gerindo por um período de tempo todas as suas atividades. Nessas circunstâncias,

⁵⁷ “Todavia, especificamente no caso da intervenção fiscalizatória, pode-se admitir a nomeação sigilosa, feita pelo magistrado”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 354

⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 350; PEREIRA, Luiz Fernando C. op. cit., p. 252-254.

⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 350.

⁶⁰ PEREIRA, Luiz Fernando C. op. cit., p. 253-254.



o terceiro designado pelo juízo gozará de amplos poderes, substituindo os administradores da executada e fazendo suas vezes, gozando de poderes de direção e governo.⁶¹

Considerando a agressividade da medida⁶² e dos seus efeitos deletérios no pós-intervenção,⁶³ é aconselhável que seja empregada com parcimônia e de modo excepcional. Deve ser usada quando se constatar alta complexidade na demanda judicial, diante da existência de atos de dilapidação patrimonial, administração fraudulenta, transferência desenfreada de bens, sonegação de direitos trabalhistas, aquisição de dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio, entre outros comportamentos fraudulentos.

Igualmente, deve ser utilizada no caso de os administradores da executada criarem obstáculos ou empecilhos aos trabalhos do interventor. Em tal situação, é imprescindível a expropriação temporária do controle das atividades da devedora, em benefício do interventor, para restabelecer a sua ordem.⁶⁴

Na jurisprudência podem ser encontrados alguns exemplos de utilização dessa terceira categoria de intervenção. No caso do Grupo econômico Cipla, a seguir abordado, somente a expropriação completa da administração da executada e a transferência da sua gestão ao interventor viabilizou restaurar, dentro do possível, a situação patrimonial das executadas e o adimplemento de boa parte dos seus débitos tributários, trabalhistas, entre outros.

6. A intervenção judicial no Grupo Econômico Cipla

Para uma dimensão prática do instituto estudado, cumpre examinar o caso do Grupo Econômico Cipla, em que houve a intervenção judicial.

⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 351; TALAMINI, Eduardo. op. cit., p. 280-281.

⁶² TALAMINI, Eduardo. op. cit., p. 282.

⁶³ PEREIRA, Luiz Fernando C. op. cit., p. 249-250.

⁶⁴ “o juiz poderá determinar que o interventor nomeado assumira o controle total da empresa se, apesar das providências tomadas, um ou mais dos responsáveis pela administração da empresa continuarem a praticar atos que se oponham à livre ação do interventor (...)”. CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à lei antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 137.



Fundada em 1963, na cidade de Joinville, Estado de Santa Catarina, a empresa Cipla – Indústria de Materiais de Construção tornou-se uma indústria de ponta no ramo de produção de produtos plásticos, com alta tecnologia na transformação de plásticos, produzindo mais de 1250 diferentes produtos, diluídos em 72 marcas distintas, distribuídas em aproximadamente 41 pontos de venda no país, tendo a marca ganhado destaque e se consolidado em todo território nacional e América Latina.

O empreendimento prosperou de forma inimaginável nas mãos do seu fundador, faturando cerca de 165 milhões de dólares.

Em 1987, influenciado por modelos de gestão implementados nos Estados Unidos, o diretor administrativo à época e herdeiro segmentou a firma em várias unidades, visando minimizar riscos e potencializar a produção através da divisão das atividades operacionais, resultando em um grupo de mais de 52 (cinquenta e duas) empresas. O grupo passou a deter um parque fabril com mais de quarenta e cinco mil metros quadrados.

Com o transcorrer dos anos algumas empresas fecharam, outras foram alteradas e muitas criadas, resultando num emaranhado societário que ofuscava a situação financeira do grupo e protegia o patrimônio dos seus únicos três acionistas.

A partir de 1990 a megaindústria passou a sofrer progressivas dificuldades financeiras em razão de má gestão. Seus sócios começaram a praticar atos de má-fé, fraude contra credores, fraude à execução, abuso do poder societário, entre outros, levando a grande maioria das empresas à irregularidade e insolvência.

De 1994 em diante boa parte das empresas do grupo parou de recolher os tributos devidos e aos poucos foram fechando suas portas. O desrespeito aos direitos trabalhistas eram de toda ordem, como constatou-se no processo: não se realizava pagamento de 13º salário, férias, depósito de FGTS, recolhimento de INSS e até os salários pararam de ser pagos.

Em 2002 já era visível a bancarrota do grupo e um lastro imensurável de dívidas, tanto que, diante da pressão insuportável dos trabalhadores, seus acionistas propuseram a



transferência de 100% das empresas para os trabalhadores na ativa, para adimplemento dos seus créditos trabalhistas.⁶⁵

Diante da situação inusitada, o Sindicato da Indústria de Material Plástico de Santa Catarina interveio e indicou pessoa pertencente a uma facção extremista marxista, para capitanear o processo de transferência da indústria para os trabalhadores. Mais tarde, após espalhar sua ideologia entre os trabalhadores, foi criado o grupo intitulado “Movimento de Fábricas Ocupadas”, responsável pela administração do grupo.⁶⁶

A administração pelo “Movimento de Fábricas Ocupadas” não logrou êxito e os débitos com a Fazenda Pública, com os próprios trabalhadores e com os credores só evoluíram, tendo sido acumulado até 2007 um prejuízo de aproximadamente R\$70.000.000,00.⁶⁷

Não eram recolhidos quaisquer tributos ou contribuições aos cofres da Fazenda Nacional, Estadual e Municipal. Em 2007, o grupo já possuía mais de 380 execuções fiscais propostas em face das diversas empresas do conglomerado Cipla. Só a empresa Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A, acumulava um saldo devedor com o INSS (ajuizado) de R\$ 79.729.897,59 (setenta e nove milhões, setecentos e vinte e nove mil, oitocentos e noventa e sete reais) e com a Fazenda Nacional (ajuizado) de R\$ 195.161.255,20 (cento e noventa e cinco milhões, cento e sessenta e um mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e vinte centavos), não computados os honorários advocatícios.

Por outro lado, as avaliações do complexo industrial revelavam que o seu patrimônio estimado em R\$ 8.336.420,00 (R\$ 3.096.000,00 em imóveis, R\$ 3.000.000,00 em edificações

⁶⁵ Cipla S/A, Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A, Cipla Indústria de Tubos, Mangueiras e Flexíveis Ltda, Cipla Indústria e Tintas e Vernizes S/A, Plastiplus Indústria e Comércio de Plásticos Ltda, Brakofix Industrial S/A, Poliassa Indústria de Produtos do Lar Ltda, Florisa Indústria de Produtos do Lar Ltda e Interfibra Industrial S/A e Hb Comercial S/A.

⁶⁶ O movimento pregava que é necessário alterar o destino que o capitalismo e os patrões empunham aos trabalhadores, através da tomada de fábricas quebradas pelos trabalhadores. O lema do grupo era “Fábrica quebrada é fábrica ocupada, e fábrica ocupada deve ser estatizada e colocada sob controle dos trabalhadores”. Dado extraído do site:<<http://www.fabricasocupadas.org.br/>>. Acesso em 25 mar. 2014.

⁶⁷ ESTADO DE SANTA CATARINA. 1ª Vara Cível de Joinville. Ação Cautelar Inominada n°. 0059136-19.2010.8.24.0038. Ada Cecília Weiss Silvestre e outros *versus* Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A e outros.



não averbadas e R\$ 2.240.420,00 do parque fabril – máquinas e equipamentos) não chegava a corresponder a 3% (três por cento) da sua dívida fiscal só no âmbito federal.

Diante do quadro de endividamento fiscal e da inexistência de bens para fazer frente a eles, em 2007, nos autos de Execução Fiscal nº 98.01.06050-6, em trâmite na 5ª Vara Federal de Joinville, o INSS solicitou a designação de um interventor judicial para executar a ordem de penhora sobre o faturamento da empresa Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A, até a quitação total das pendências tributárias do conglomerado.

Em outra empresa do grupo, que possuía um estoque bem menor de dívida fiscal, já havia sido decretada a intervenção judicial e em menos de 6 meses o interventor havia conseguido colocar em dia o pagamento dos seus tributos correntes e de suas obrigações tributárias acessórias.

Deste modo, o pedido de intervenção foi acatado pelo juízo. De acordo com a decisão do magistrado, não se podia permitir que a empresa executada desse o calote geral no pagamento dos impostos, *(i)* por ser um desrespeito com os membros da sociedade que pagam seus impostos, *(ii)* pela necessidade de que tais recursos voltassem para sociedade joinvillense através de benefícios sociais, *(iii)* pelos prejuízos causados aos trabalhadores em razão da inadimplência das contribuições ao INSS, *(iv)* em razão do incalculável custo social decorrente da concorrência desleal (por não pagar tributos, a empresa consegue comercializar seus produtos por preços muito mais baixos) e, por fim, *(v)* para evitar um abominável desrespeito com as leis e com o Estado Democrático de Direito.

Para exercer a função de interventor foi nomeado um contador, tendo-lhe sido conferida a prerrogativa de se valer da ajuda de profissionais assistentes, mas respondendo pessoalmente pelos atos praticados na sua gestão.

Restou estabelecido que a intervenção ocorreria em três fases distintas: *(i)* o diagnóstico através da auditoria integral do grupo; *(ii)* a confecção de relatório demonstrando a viabilidade e as condições para recuperação da empresa; *(iii)* a nomeação do interventor judicial para



realizar a penhora sobre o faturamento da empresa, regularizar o pagamento dos impostos, contribuições obrigações tributárias acessórias e demais despesas.

Decretada a intervenção, ocorreu o afastamento de todas as pessoas e comissões de trabalhadores que administravam o grupo e o interventor assumiu a gestão integral da empresa executada, bem como a representação legal do Grupo Cipla. Houve alterações de carga horária de trabalho, plano de pagamentos, demissão do contingente excedente de trabalhadores (de aproximadamente 1000 para 405 empregados), reestruturação dos custos e progressiva regularização das obrigações tributárias e trabalhistas.

Em pouco tempo a empresa executada voltou a dar sinais de vida. A empresa que contava com míseros 200 clientes no início da intervenção chegou à marca de 3,8 mil em 2010. Passou a produzir camas hospitalares, bebê conforto, produtos da linha automobilística, mangueiras, caixas d'água, caixas de gordura, entre outros produtos e se tornou a terceira maior fabricante de assentos sanitários do Brasil, ao lado das gigantes Astra e Tigre.

As dívidas trabalhistas começaram a ser amortizadas através da penhora de 3% do faturamento anual das empresas. A partir de outubro de 2008 foi regularizado o pagamento das obrigações fiscais da empresa, inclusive recolhimento de INSS e do FGTS.

Ocorre que, apesar da notável evolução da corporação durante a intervenção, com regularização das obrigações legais da companhia, principalmente o recolhimento dos impostos e das obrigações tributárias acessórias, a penhora sobre o faturamento para fins de liquidação do estoque de dívida ativa, passados 3 anos do início da intervenção (2010), ainda não havia sido implementada.

A ausência de implementação imediata da penhora sobre o faturamento se justificava em razão do modelo de recuperação adotado e das peculiaridades do caso concreto. Catástrofes comerciais dessa natureza, com acúmulo de dívidas homéricas, necessitam primeiramente de uma recuperação sustentável do empreendimento, para que com o retorno progressivo da renda condizente com o porte da companhia fosse viabilizado o pagamento dos seus credores.



Sem considerar a questão retro levantada e sob o argumento de que havia se mostrado ineficiente a intervenção judicial para penhora no faturamento da empresa para liquidação do estoque fiscal, em 16 de dezembro de 2010 a intervenção foi revogada pelo juízo federal e o controle da empresa devolvido para as mãos dos trabalhadores.⁶⁸

No mesmo dia em que a intervenção judicial foi revogada pela Justiça Federal, um grupo de trabalhadores das Empresas Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A e Interfibra Industrial S/A ajuizaram na justiça estadual uma Ação Cautelar Inominada, sob o nº 0059136-19.2010.8.24.0038, perante a 1ª Vara Cível de Joinville (SC), em face dos credores das empresas Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A e Interfibra S/A. Na ação, os autores alegaram que, em decorrência da expectativa que detinham de se tornarem sócios através das quotas que lhes haviam sido doadas, detinham interesse na manutenção da intervenção judicial, visando à recuperação financeira das empresas, plano de pagamento de todos os credores e a manutenção dos postos de trabalho.

No dia 17 de dezembro de 2010 a medida foi deferida pelo juízo, em sede liminar, com a nomeação do contador para retornar à condição de interventor judicial das Empresas do Grupo Cipla S/A, persistindo a medida até a data de conclusão do presente artigo (março de 2014).

Do início da intervenção judicial, em 2007, até fins de 2013, os débitos trabalhistas do grupo caíram de R\$19.469.224,58 para R\$4.491.640,22, ou seja, só os credores trabalhistas receberam R\$14.977.584,36.

Nesse período (2007 a 2013) a empresa Cipla saiu de um prejuízo acumulado de R\$10.484.071,57 para um saldo positivo acumulado de R\$3.171.631,78, em 2010. A partir daquele ano passou a saldar os débitos fiscais com o pagamento de R\$8.000.000,00 por ano. No final de 2013, seu faturamento bruto médio mensal já chegava a cerca de R\$3.500.000,00, com estoque acumulado de R\$1.000.000,00. Atualmente, o pagamento dos seus fornecedores é pontual, os encargos trabalhistas são adimplidos regularmente, uma pequena margem do lucro é utilizada para manutenção e investimento em máquinas modernas e o restante é

⁶⁸ ESTADO DE SANTA CATARINA. 5ª Vara Federal de Joinville. Execução Fiscal nº 98.01.06050-6 (SC) / 0006050-92.1998.404.7201. União - Fazenda Nacional *versus* Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A e outros.



revertido para amortização de dívidas pretéritas, sendo pagos mensalmente R\$120.000,00 para as execuções trabalhistas, R\$12.000,00 para as execuções fiscais no âmbito federal e R\$700.000,00 para os demais tributos correntes.

Na mesma temporada, outra gigante do grupo Cipla – a Interfibra – evoluiu de um prejuízo superior a R\$3.000.000,00 para um lucro acumulado de R\$149.579,13 em 2009. Contudo, não teve a mesma sorte que a Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A. No ano de 2010 teve prejuízo de R\$605.583,60, em 2011 de R\$756.254,61 e 2012 de R\$512.293,56. No ano de 2008 passou a recolher os impostos correntes e os encargos sobre a folha de pagamento. Tem um faturamento bruto mensal de R\$1.200.000,00, do qual repassa R\$ 47.000,00 para pagamento das execuções trabalhistas e R\$ 4.700,00 para as execuções federais, possuindo no período de intervenção um acúmulo de R\$1.752.543,00 em débitos com a Fazenda Pública.

Atualmente (março 2014), o saldo negativo do Grupo Cipla é de R\$426.049.237,51, diluído em R\$4.491.640,22 em dívidas trabalhistas, R\$257.903.306,83 em tributos federais, R\$114.364.195,07 em tributos estaduais, R\$7.589.175,67 em tributos municipais e R\$26.723.335,36 em dívidas quirografárias.

A empresa Interfibra, em razão de ter registrado prejuízo, está sendo levada a leilão. Já a Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A tem a média de lucro de 3 milhões anuais para saldar o acervo de dívidas. Deste modo, calcula-se que o pagamento total da dívida de mais de 420 milhões de reais levará mais de 140 anos para ser concluído. No entanto, a Fazenda Pública Federal e a Justiça do Trabalho realizaram a penhora sobre bens particulares dos antigos sócios que diminuirão sensivelmente a dívida, pois há patrimônio particular que supera o valor devido.

Em fins de 2013 restou estabelecido um programa progressivo de quitação do estoque fiscal, através do depósito, após o adimplemento dos débitos trabalhistas, de 3% do faturamento mensal para Fazenda Nacional, e a partir de fevereiro de 2014 de 0,1% para Fazenda Estadual e 0,1% para Fazenda Estadual, até que a liquidação do patrimônio dos antigos sócios amortize sensivelmente o acervo fiscal.



Assim, tem-se observado a progressiva evolução da Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A através da intervenção judicial, assegurando mais de 800 postos de trabalho, regularização das obrigações tributárias e progressivo adimplemento do estoque de dívidas fiscais, contribuindo, assim, para o processo de desenvolvimento das regiões onde as unidades do grupo estão instaladas.⁶⁹

7. Conclusão

Através da presente pesquisa é possível concluir que a intervenção judicial é perfeitamente aplicável aos processos de execução fiscal, seja com respaldo no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF/88), seja por força do art. 461, do CPC, seja ainda em razão do poder geral de cautela conferido ao juiz pelo art. 615, III e art. 798 do CPC.

Em que pese a ferramenta não possua legislação específica que promova sua operacionalização nas demandas fiscais, mostra-se perfeitamente possível e recomendável a adoção das normas legais de Direito Comercial que preveem e definem os contornos do instituto, em especial aquelas previstas na Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011).

Por fim, é possível concluir, com base no caso do Grupo Econômico Cipla, que a intervenção judicial pode e deve ser utilizada na cobrança do crédito fazendário em juízo, mostrando-se extremamente efetiva na regularização do pagamento das contribuições e das obrigações tributárias acessórias, bem como na liquidação do acúmulo de dívidas fiscais.

⁶⁹ ESTADO DE SANTA CATARINA. 1ª Vara Cível de Joinville. Ação Cautelar Inominada nº. 0059136-19.2010.8.24.0038. Ada Cecília Weiss Silvestre e outros *versus* Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A e outros.



Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 951-993, 2004.

_____. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 385, p. 45-60, 2009.

_____. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARGENTINA. Lei n°. 340. Disponível em: <http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo_civil_online_1648_1788bis.html>. Acesso em 25 de mar. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Turma. Agravo de Instrumento n°. 200504010418682/SC. Rel. Marga Inge Barth Tessler. Julgamento em. 12.03.2008.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Turma. Agravo de Instrumento n° 2004.04.01.010829-9/SC. Relator Dirceu de Almeida Soares. Julgamento em 14.07.2004.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Turma. Agravo de Instrumento n°. 200604000193552/RS. Relator Otávio Roberto Pamplona. Julgamento em 31.10.2006.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Turma. Agravo de Instrumento n°. 2004.04.01.001811-0/SC. Relator Dirceu de Almeida Soares. Julgamento em 16.06.2004.

CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães. *Execução Fiscal e Efetividade: Análise do modelo brasileiro à luz do sistema português*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CHIAVASSA, Eduardo. La intervención judicial ante diferentes conflictos societarios. In: *XII Congreso Argentino de Derecho Societario*, n°. 12, 2013, Buenos Aires, Argentina, 2013. Anais (on-line). Disponível em: <<http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASH01b5/95758a9a.dir/doc.pdf>>. Acesso em 25 de mar. 2014.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2012*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>.

Acesso em 25 de mar. 2014.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à lei antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n°. 1.0027.05.055400-8/001. Relator Pedro Bernardes. Julgamento em 11.07.2006.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n°.101050619305710011. Relator Pereira da Silva. Julgamento em 20.03.2007.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n°. 200000042102000001. Relator. Teresa Cristina Da Cunha Peixoto. Julgamento em 17.12.2003.

ESTADO DE SANTA CATARINA. 1ª Vara Cível de Joinville. Ação Cautelar Inominada n°. 0059136-19.2010.8.24.0038. Ada Cecília Weiss Silvestre e outros *versus* Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A e outros.

_____. 5ª Vara Federal de Joinville. Execução Fiscal nº 98.01.06050-6 (SC) / 0006050-92.1998.404.7201. União - Fazenda Nacional *versus* Cipla Indústria de Materiais de Construção S/A e outros.

ESTADO DE SÃO PAULO. 14ª Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamatória Trabalhista n°. 507/2005-014-02-00.8. Ministério Público do Trabalho e outros *versus* Viação Aérea de São Paulo S/A - VASP e outros.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. 11ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n°. 4125193. Relator Fernando Wolff Bodziak; Julgamento em 13.08.2008.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n°. 85051-1. Relator Ulysses Lopes. Julgamento em 14.03.2000.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 2ª Vara do Trabalho de Gramado. Ação Civil Pública n°. n. 00232-2007-352-04-00-4. Ministério Público do Trabalho *versus* Adolfo Homrich e outros.

FARIA José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2010



GAGGERO, Eduardo D. *Intervención judicial de sociedades comerciales*. Montevideo: [s. n.], 1973.

GRECO, Leonardo. Execução Civil – Entraves e Propostas. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 399-445, jun./dez. 2013.

GROSSI, Paolo. *Primeira Lição Sobre Direito*. Tradutor: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HAIGHT, David. Marcas Mais Valiosas do Mundo. *Revista The Brander: Top 100 Marcas mais Valiosas e Fortes do Brasil*, São Paulo, v. 1, p. 70-81, ago. 2008.

LIMA, Vanderlei Ferreira de. *Prestação Jurisdicional: Princípio da Repartição de Receitas versus Princípios da Efetividade do Processo e da Rápida Solução de Litígios nos Processos de Execução Fiscal. Uma Crise a ser Sanada*. In: XXXVIII Congresso Nacional dos Procuradores do Estado - APESP, nº. 38, 2013, Foz do Iguaçu, PR. Anais (on-line). São Paulo: APESP, 2013. Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/congressos>>. Acesso em 25 de mar. 2014.

MAGATÃO, Karina da Silva. *A intervenção judicial em instituições públicas e privadas, como técnica adequada à efetivação dos provimentos jurisdicionais*. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil), Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2007, 76 páginas.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luís Otávio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Org). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



_____. Controle do Poder Executivo do Juiz. Execução Civil. In: Fredie Didier Jr. (Coord.). *Estudo em Homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINS, James; DUTRA, Carlos Eduardo Pereira; DEUD, Maria Luiza Bello. Disciplina legal do setor de bebidas frias: tributação. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR., Weimar Freire da (Coord.). *Concorrência e Tributação no setor de bebidas frias*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Gilson; HAIGH, David. *Marca: valor do intangível, medindo e gerenciando seu valor econômico*. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no direito societário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PETHECHUST, Eloi; DIAS, Luciana Drimel. A intervenção judicial como técnica adequada à efetividade dos provimentos judiciais. *Revista de Processo - RePro*, São Paulo, v. 229, p. 283-303, março 2014.

PODETTI, J. Ramiro. *Derecho procesal civil comercial y laboral (doctrina, legislación y jurisprudencia)*: tratado de las medidas cautelares. Buenos Aires: Ediar Editores, 1956.

POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. *Comentários à nova lei antitruste*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1997.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números 2011*. Disponível em: <<http://www.pgfn.gov.br/noticias/PGFN%20Em%20Numeros%20-%202011.pdf>>. Acesso em 25 de mar. 2014

_____. *PGFN em Números 2014*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias-1/pgfn-em-numeros>>. Acesso em 25 de mar. 2014.



RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López; OLIVERA, Nuri Rodriguez. *Intervención judicial*. Disponível em: <<http://www.derechocomercial.edu.uy/claseorgsoc07.htm>>. Acesso em 25 mar. 2014.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 20, p. 3-18, 2001.

URUGUAI. Ley nº 16.060. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=16060&Anchor=>>>. Acesso em 25 mar. 2014.

WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Porto Alegre: Ajuris, 1996.