



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review



Editors

Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)

Editorial Board

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

Executive Editors

Alberto Trigo (UERJ)
Daniela Bermudes (UFES)
Felipe Batista (UFBA)
Marcus Seixas Souza (UFBA)
Paula Pessoa (UNB)
Ravi Peixoto (UERJ)

Reviewers (this issue)

Anissara Toscan (UFPR)
Elie Eid (USP)
Francisco Laux (UFRGS)
Jordão Violin (PUCPR)
Marcela Kolbach (UERJ)
Nilsiton Aragão (Unifor)
Paulo Mendes de Oliveira (IDP)
Pedro Rocha (UERJ)
Rafael Abreu (UFRGS)
Rafael Alexandria de Oliveira (UFBA)
Thiago Cabral (UERJ)
Thiago siqueira (UFES)
Trícia Navarro (UFES)



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2022





FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



Rede Internacional de Pesquisa sobre
Justiça Civil e Processo Contemporâneo

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

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e ProcNet.
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e da ProcNet. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Alexandre de Castro Coura

Ph.D. and Master of Laws at the Federal University of Minas Gerais, Brazil

Cláudia Albagli Nogueira

Professor at the Federal University of Bahia, Brazil. Ph.D. at the Federal University of Bahia.

Fredie Didier Jr.

Full Tenured Professor of Civil Procedure at the Federal University of Bahia, Brazil.

Gabriel Carvalho Nunes Silva

Undergraduate Student at the Centro Universitário Tabosa de Almeida, Brazil.

Gustavo Abdalla

LL.M in Compliance at Fundação Getúlio Vargas, Brazil

Halvard Haukeland Fredriksen

Professor at the University of Bergen, Norway

Jaqueline Keila Leite da Cruz

LL.M. in Logistics at Faculdade de Ciências e Letras de Caruaru, Brazil

Juliana Melazzi Andrade

Master's candidate at Rio de Janeiro State University, Brazil

Magne Strandberg

Professor at the University of Bergen, Norway

Maira Ramos Cerqueira

Ph.D candidate at Faculdade de Direito de Vitória, Brazil

Master's degree at the Federal University of Espírito Santo, Brazil

Marcus Seixas Souza

Professor at Faculdade Baiana de Direito, Brazil.

Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho

Ph.D. at the Federal University of Pernambuco, Brazil. Professor at the Pernambuco State University, Brazil.

Silvano José Gomes Flumignan

Professor at the Pernambuco State University, Brazil. Ph.D. at the São Paulo State University, Brazil



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1

Um ensaio sobre a vinculatividade do rol do artigo 927 do CPC e seu embasamento constitucional..... 11

An essay on the binding effect of the list of article 927 of the
razilian Code of Civil Procedure and its constitutional basis

Gustavo Abdalla

1. Introdução.....	12
2. Teses doutrinárias sobre o artigo 927.....	13
2.1. A tese da mera persuasão das decisões previstas no artigo 927 do CPC.....	13
2.2. A tese da inconstitucionalidade de incisos do artigo 927 do CPC.....	15
3. Argumentos pela vinculatividade do rol do artigo 927.....	16
3.1. O uso da palavra “observarão”.....	17
3.2. A reunião de diferentes tipos de decisão em um único rol normativo.....	18
3.3. O embasamento constitucional dos incisos do artigo 927.....	20
3.3.1. Separação de poderes e independência funcional ((i) viés parcialmente concreto do precedente, (ii) vinculação restrita e (iii) papel dos juízes como intérpretes).....	20
3.3.2. Autonomia administrativa e unidade do Poder Judiciário.....	23
3.3.3. Papel de uniformização dos tribunais superiores.....	25
3.3.4. Federação e órgão máximo do Poder Judiciário estadual.....	26
3.3.5. O sistema de julgamentos repetitivos: a repetição como concretude ao enunciado da tese.....	27
3.4. Problemas no que tange ao IAC e aos enunciados de súmulas de jurisprudência e sua possível inconstitucionalidade.....	28
4. Conclusões pela vinculatividade e constitucionalidade.....	30
5. Referências bibliográficas.....	31

• 2

O saneamento compartilhado do Código de Processo Civil 2015: uma abordagem ao tópico jurídico..... 35

The shared sanitation of the 2015 Civil Process Code: an approach to the legal topic.

Alexandre de Castro Coura and Maira Ramos Cerqueira

1. Introdução.....	36
2. Tópica jurídica: do contexto histórico à apontamentos gerais	39
2.1 Da tópica de theodor viehweg.....	41
2.2 O saneamento compartilhado: breves considerações.....	46
3. O saneamento compartilhado: uma aproximação à tópica jurídica.	51
4. Considerações finais	53
Referências	54

• 3

Da ampliação da participação democrática no processo: estratégias para atuação em audiências públicas 57

The expansion of democratic participation in the process: strategies for acting in public hearings

Cláudia Albagli Nogueira

1. Introdução.....	58
2. Democratização e legitimação no espaço processual	59
3. Audiências públicas: um conceito jurídico-político.....	62
4. Estratégias para atuação em audiências públicas	65
4.1 Mapeamento de possíveis partícipes	66
4.2 Interesses em discussão	68
4.3 Alternativas de consensualidade	69
5. Conclusão	70
Referências.....	72

4

Direito e tecnologia: *blockchain* e a penhorabilidade das criptomoedas 75

Law and technology: blockchain and the attachment of cryptocurrencies

Silvano José Gomes Flumignan, Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho, Jacqueline Keila Leite da Cruz and Gabriel Carvalho Nunes Silva

1. Introdução.....	76
2. Criptografia e o funcionamento do Blockchain.....	78
3. As criptomoedas e sua natureza jurídica.....	83
4. A penhora das criptomoedas como garantia do juízo de execução.....	88
5. Da exequibilidade das criptomoedas no ordenamento jurídico brasileiro.....	91

6. Conclusão	93
7. Referências	95

5

Eficácia extraprocessual da estabilização da tutela antecipada antecedente 97

Extra-procedural efficacy of the preliminary injunctive relief

Juliana Melazzi Andrade

1. Introdução	98
2. Estabilização da tutela antecipada antecedente no estudo das estabilidades processuais.....	99
2.1. Meios de impugnação e quebra da estabilização	101
2.2. Ação para revisão, reforma ou invalidação da decisão.....	103
3. Observância da decisão da tutela antecipada antecedente estabilizada em demandas futuras.....	105
3.1. A vinculatividade das razões de decidir.....	106
3.2. Eficácia positiva da decisão de tutela antecipada antecedente	107
3.3. Afinal, é possível a quebra dos efeitos da decisão de tutela antecipada antecedente?.....	109
4. Negócio jurídico processual que confere a eficácia de coisa julgada à decisão estabilizada.....	113
5. Conclusão	118
6. Referências	119

• 6

Ética e inteligência artificial no Poder Judiciário: comentários à Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça 123

Ethics and artificial intelligence in the Judicial Branch: comments on Resolution nº 332/2020 of the National Justice Council

Marcus Seixas Souza

1. Introdução	124
2. O uso de inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro.....	125
3. A Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça.....	128
3.1. Respeito aos direitos fundamentais.	129
3.2. Não discriminação.....	130
3.3. Publicidade e transparência; governança e qualidade; prestação de contas e responsabilização.....	132
3.4. Segurança.....	137
3.5. Controle do Usuário.....	137
3.6. Pesquisa, desenvolvimento e implantação de serviços de inteligência artificial...	139
4. Notas finais	139
5. Referências	140

• 7

Impact of the ELI/UNIDROIT European Model Rules for Civil Procedure on national law – the case of Norway 143

Halvard Haukeland Fredriksen and Magne Strandberg

I. Introduction	144
II. Influencing existing Norwegian law	147
III. Influencing legal reforms	151
IV. Influencing national law via EU Law.....	155

• Apêndice

Anteprojeto de Código de Processo de Controle Externo do Estado de Mato Grosso 159

Fredie Didier Jr.

Exposição de motivos.....	159
I - Histórico da elaboração do anteprojeto.....	159
II - A competência legislativa estadual em tema de processo de controle externo.....	162
III - Integração e diálogo com outras fontes normativas.....	163
IV - Panorama do anteprojeto – notas explicativas.....	165
a) Das normas processuais fundamentais – capítulo I.....	165
b) Da competência – capítulo II	169
c) Da articulação institucional – capítulo III	169
d) Da ordem dos processos no tribunal – capítulo IV.....	170
e) Forma, tempo e lugar dos atos processuais – capítulo V.....	170
f) Da participação no processo – capítulo VI.....	171
g) Da tutela provisória – capítulo VII	172
h) Das provas – capítulo VIII	173
i) Da decisão – capítulo IX	174
j) Do julgamento de processos repetitivos – capítulo X	175
k) Dos recursos – capítulo XI.....	176
l) Do pedido de rescisão – capítulo XII	176
m) Do pedido de revisão – capítulo XIII.....	176
n) Do processo de consulta – capítulo XIV.....	176
o) Da prescrição e da decadência – capítulo XV.....	177
p) Disposições finais e transitórias – capítulo XVI.....	178
V - Agradecimentos.....	179
TEXTO DO ANTEPROJETO DE LEI COMPLEMENTAR -	
Código de Processo de Controle Externo do Estado de Mato Grosso	181



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

Um ensaio sobre a vinculatividade do rol do artigo 927 do CPC e seu embasamento constitucional

An essay on the binding effect of the list of article 927 of the Brazilian Code of Civil Procedure and its constitutional basis

Gustavo Abdalla

LL.M in Compliance at Fundação Getúlio Vargas, Brazil

Resumo: Sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, um novo sistema de precedentes foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo uma série de desafios práticos e acadêmicos. Um desses desafios é o da vinculatividade dos incisos previstos no artigo 927 do referido diploma legal, que suscita posições doutrinárias com os mais variados fundamentos jurídicos. O objetivo deste artigo é analisar os diversos argumentos que levam ao entendimento da ausência de vinculatividade desse rol normativo, buscando rebatê-los um a um para evidenciar a força vinculante de cada um dos incisos do dispositivo legal estudado, sem deixar de considerar a diferente natureza das hipóteses ali elencadas.

Palavras-chave: Processo Civil. Vinculatividade. Precedente. Constitucionalidade. 927.

Abstract: Under the rule of 2015 Code of Civil Procedure, a new system of precedents was introduced into the Brazilian legal system, bringing a series of practical and academic challenges. One of these challenges is the binding nature of the items provided for in article 927 of the aforementioned legal diploma, which raises doctrinal positions with the most varied understandings. The purpose of this article is to analyze the various arguments that lead to the

understanding of the lack of binding of this normative list, seeking to counter them one by one to show the binding force of each of the items of the studied legal provision, while considering the different nature of the hypotheses listed there.

Keywords: Civil Procedure. Binding. Precedent. Constitutionality. 927.

1. INTRODUÇÃO

A vinculatividade das decisões presentes no artigo 927 do CPC ainda é tema muito controvertido na doutrina nacional. São diversas as correntes doutrinárias a respeito desse dispositivo¹. Enquanto alguns apontam para a vinculatividade de todo o rol do referido artigo, outros enxergam inconstitucionalidade nesses mesmos incisos. Entre os dois extremos, ainda encontramos outras correntes, mais ou menos próximas a eles.

Diversos são os fundamentos jurídicos que embasam cada uma dessas diferentes correntes, e que passam pelas palavras de muitos autores, o que enriquece bastante a discussão. Nesse sentido, é importante destacar que o rol do artigo 927 do CPC trata de duas figuras jurídicas distintas: súmulas e precedentes. Considerando a sua diferente natureza, o que não se nega entre as correntes sobre o tema², é importante analisar os argumentos trazidos pela doutrina, buscando entender a diferença no que tange à qualidade da vinculatividade destas hipóteses.

O objetivo deste artigo é identificar esses diferentes posicionamentos, mas especialmente os seus fundamentos jurídicos, para nos posicionar a respeito da vinculatividade ou não dos incisos do artigo 927 do CPC, o que necessariamente passa pela discussão de sua (in)constitucionalidade.

Não nos anteciparemos às conclusões, pois fazem parte da evolução deste texto e da estrutura de análise adotada. No entanto, no presente trabalho, buscaremos defender a vinculatividade do rol do artigo 927 do CPC, rebatendo os argumentos daqueles que entendem pela mera persuasão ou mesmo pela sua inconstitucionalidade, ainda que seja necessário “fatiar” os seus incisos³, tendo em vista as diferentes características entre eles.

1 Serão trazidos os posicionamentos de Alexandre Câmara, Cássio Scarpinella Bueno, Fredie Didier Jr., Humberto Theodoro Júnior, Teresa Arruda Alvim, José Miguel Garcia Medina, Ronaldo Cramer, Leonardo Greco, José Carlos Baptista Puoli, Aluisio Mendes, Daniel Amorim Assumpção Neves, Leonardo Greco, José Rogério Cruz e Tucci, Ravi Peixoto, Nelson Nery Jr., Luiz Guilherme Marinoni, Lucas Buril de Macêdo, Elpídio Donizetti, Lenio Streck, Georges Abboud, entre outros.

2 Para ilustrar, citamos Teresa Arruda Alvim, quando diz expressamente: “súmulas não são precedentes, é evidente (...). As súmulas são uma espécie de resumo da essência da tese aplicada pelo tribunal reiteradamente para resolver casos semelhantes” (ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 78, jun. 2017. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Teresa_Arruda_Alvim.html>. Acesso em: 22 abr. 2021).

3 Aqui é importante fazer uma ressalva. Não acreditamos em fatiamento de dispositivos legais, mas quando o problema é de constitucionalidade, isso pode ocorrer, visto que apenas um inciso, alínea ou parágrafo pode ser inconstitucional sem macular o restante da norma.

2. TESES DOUTRINÁRIAS SOBRE O ARTIGO 927

O artigo 927 do CPC é tão peculiar para o nosso sistema jurídico, estruturado no regime do *civil law*⁴, que gerou uma série de publicações com os mais diversos posicionamentos interpretativos do que significa e de como entender o seu comando. Em razão da quantidade de autores que já estudaram e escreveram sobre esse tema, e para mantermos a maior objetividade possível, faremos a divisão das principais correntes que interpretam esse dispositivo como não obrigatório em dois subcapítulos, sempre com foco nos argumentos jurídicos de cada uma delas: um para a mera persuasão e outro para a inconstitucionalidade.

Não adentraremos as diversas correntes e nem pretendemos fazer classificações ou divisões entre elas. O que nos interessa são os argumentos jurídicos trazidos que sejam contrários à vinculatividade dos incisos do artigo 927 do CPC. Isso será importante para poder, em seguida, rebatê-los um a um até alcançarmos um posicionamento a respeito de quais hipóteses seriam realmente vinculantes.

2.1. A tese da mera persuasão das decisões previstas no artigo 927 do CPC

A rigor, toda decisão tem potencial de se tornar um precedente, bastando que em novos julgamentos se faça uso dela como fundamento ou parâmetro para decidir⁵. Assim, quem define qual julgamento constitui ou não um precedente é o próprio Poder Judiciário quando aplica uma decisão antiga a um caso novo, seja em razão da invocação pela parte ou não, já que toda decisão tem potencial para possuir efeitos persuasivos⁶. No entanto, o legislador indicou expressamente no artigo 927 do CPC alguns tipos de decisão que os juízes e tribunais “observarão”. Considerando que todas têm potencial de persuasão, quais são os fundamentos para a interpretação no sentido de que as hipóteses expressas no referido artigo seriam meramente persuasivas?

O primeiro fundamento, e talvez o mais denso, é o da constitucionalidade, isto é, apenas por previsão constitucional haveria efeitos vinculantes a uma determinada decisão. Este primeiro argumento só poderia considerar, então, as hipóteses dos incisos I e II como vinculantes, pois somente a vinculatividade das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CRFB) e dos enunciados de súmula vinculante (art. 103-A da CRFB) têm previsão constitucional.

4 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 794.

5 MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais* – RT, 974, 2016, p. 143.

6 MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O Precedente Judicial no Sistema Processual Brasileiro*. São Paulo. 2012. 308 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: José Ignacio Botelho de Mesquita, p. 208.

Aqui, a discussão desdobra-se em duas correntes, uma que entende que o artigo 927 do CPC é constitucional, mas que as hipóteses ali elencadas seriam meramente persuasivas⁷, e outra que entende que há inconstitucionalidade no dispositivo como um todo⁸. Esses entendimentos, aliás, trazem toda uma nova discussão e subdividem-se em diversos outros argumentos. Em benefício da clareza, estes fundamentos serão tratados em subcapítulo próprio a seguir, com foco no problema da constitucionalidade. Agora ficaremos apenas com os argumentos infraconstitucionais.

Um segundo fundamento pela mera persuasão é o de que, para haver vinculatividade, é necessário um comando legal específico e claro sobre a obrigatoriedade de aplicação de um precedente ou de uma súmula. Assim, para essa corrente⁹, apenas as hipóteses dos incisos I, II e III seriam vinculantes, já que os artigos 102, § 2º, e 103-A, da CRFB, como já visto para os dois primeiros incisos; o artigo 947, § 3º, do CPC para o IAC; o artigo 985, I e II, do CPC para o IRDR; e o artigo 1.040 do CPC para os recursos especial e extraordinário repetitivos seriam os dispositivos legais que trariam vinculatividade a essas primeiras hipóteses do rol estudado. Nesse sentido, os incisos IV e V seriam meramente persuasivos, pois não há outro dispositivo legal que lhes atribua expressa eficácia vinculante.

Outro fundamento, e o terceiro a ser rebatido, é o da ausência de previsão do cabimento da reclamação para garantia da aplicação destas decisões¹⁰. Segundo quem segue esse entendimento¹¹, a reclamação constituiria um instrumento imprescindível para a garantia da autoridade destas decisões a todo o Poder Judiciário, tornando as hipóteses com essa característica aptas a gerar a vinculação formal. Também por essa corrente, os incisos IV e V seriam meramente persuasivos, já que não há previsão expressa do cabimento de reclamação para as duas hipóteses¹².

7 BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: Volume Único*. Livro Eletrônico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 974.

8 TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454. Araken de Assis é outro que questiona a constitucionalidade do dispositivo: ASSIS, Araken de. *Manual de Recursos*. 1ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 237.

9 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 441-442.

10 Cabe ressaltar que para o IRDR a previsão está no art. 985, § 1º, do CPC, para os enunciados de súmula vinculante e decisões do STF em controle concentrado a previsão está no art. 988, III, do CPC, e para os repetitivos e IAC a previsão está no art. 988, IV, do CPC.

11 PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 507.

12 Aqui ressaltamos o posicionamento de Ronaldo Cramer e Humberto Theodoro Júnior no sentido de conferir ao inciso V do artigo 927 do CPC apenas força vinculante horizontal, isto é, as decisões de plenário ou órgão especial vinculariam apenas os órgãos fracionários do próprio tribunal, mas não os juízes ou tribunais que estivessem abaixo dele (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 197-198 e THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 799 e 802-803). Não concordamos com esse posicionamento. Os fundamentos que nos levam a essa

O quarto fundamento – não menos importante – considera que as súmulas comuns são despidas de força vinculante em razão do entendimento do STF e do STJ no sentido de que não ensejam ação rescisória¹³. Assim, por se tratar de súmula comum, o inciso IV não teria força vinculante alguma¹⁴, sendo mais uma hipótese de mera persuasão a ser rebatida.

O quinto e último fundamento pela persuasão defende que o uso da palavra “observarão” no artigo não define vinculatividade, pois não traz o mesmo sentido semântico de obrigatoriedade que outras palavras trariam¹⁵. Assim, o artigo não faria referência, realmente, à vinculatividade, mas a um dever de conhecimento dos tribunais e juízes a respeito daquelas hipóteses decisórias.

Como se observa, os fundamentos usados pela doutrina para concluir pela mera persuasão costumam não conferir ao artigo 927 do CPC força obrigatória própria. Seja por precisarem tais hipóteses de previsão específica, de possibilidade do manejo da reclamação ou da ação rescisória, ou mesmo da necessidade de previsão constitucional para a sua vinculação, cujo fundamento será aprofundado a seguir.

2.2. A tese da inconstitucionalidade de incisos do artigo 927 do CPC

A tese da inconstitucionalidade tem sido discutida pela doutrina em diversas oportunidades, e vários fundamentos surgiram dessa discussão. Não nos importa para o objetivo deste trabalho discutir se o artigo como um todo é inconstitucional, se apenas os incisos não previstos na CRFB seriam ou se seria a força vinculante em si do dispositivo a sua inconstitucionalidade. Como os fundamentos usados para cada uma das correntes se misturam, o que nos importa rebater são as razões que levam ao entendimento da inconstitucionalidade, para esclarecer o seu caráter vinculante.

O primeiro desses fundamentos é o de que o juiz, assim como não é “boca da lei”, também não é “boca dos tribunais”, devendo aplicar livremente os preceitos gerais e abstratos previstos na lei¹⁶. Esse primeiro fundamento diz respeito à violação da independência funcional dos magistrados, princípio decorrente do artigo 95 da CRFB,

conclusão são os mesmos que rebaterão todos os demais argumentos que atacam a vinculatividade, e serão abordados nos próximos capítulos. Não obstante, e em última instância, a verdade é que essa corrente atribui efeitos vinculantes a esse dispositivo, ainda que de forma limitada.

- 13 Cujos exemplos podemos ver nas seguintes decisões: STF, Pleno, AR 1.049/GO, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 09/02/1983, DJ 27/05/1983. STJ, 1ª Seção, AR 433/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 31/10/1995, DJ 11/12/1995.
- 14 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 802.
- 15 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Volume 1. 5ª ed. Livro Eletrônico. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 57-58.
- 16 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 15ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1.836. CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016, p. 370.

que traz as garantias da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios à magistratura. Dessa forma, deve o juiz atuar com independência para interpretar o comando legal, e não pode estar vinculado à interpretação de outro órgão judicial, salvo se mediante autorização constitucional.

O segundo fundamento a ser rebatido é o da legalidade. De acordo com os autores que defendem esse ponto de vista, não é possível, por meio de lei ordinária, impor a ninguém vinculação de preceitos gerais e abstratos advindos do Poder Judiciário, como é o caso de súmulas e precedentes¹⁷. O embasamento está previsto na regra de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei, conforme previsto no artigo 5º, II, da CRFB, dispositivo este que restaria violado se o Poder Judiciário editasse normas obrigatórias, abstratas e gerais, com características de lei.

Um terceiro fundamento, ainda ligado à mesma tese, é o da separação de poderes, afinal, a função precípua do Poder Judiciário não é a de legislar, só sendo possível à própria Constituição outorgar poderes atípicos a um poder constituído. E esse fundamento vai ainda mais a fundo na questão, indicando que caso houvesse efeitos vinculantes a essas decisões, quando o caso envolvesse a Administração Pública, por exemplo, seria necessário sustentar que essa decisão vincularia por metade, ou seja, vincularia somente o particular¹⁸. Sob esse fundamento jurídico, formar precedentes ou súmulas com as características de generalidade e abstratividade seria conceder poder aos tribunais de legislar, invadindo esfera de outro Poder, o que apenas poderia ser realizado por emenda constitucional, e que não seria o caso dos incisos III a V do artigo 927 do CPC, sendo eles, portanto, inconstitucionais¹⁹.

3. ARGUMENTOS PELA VINCULATIVIDADE DO ROL DO ARTIGO 927

Como já adiantado, entendemos que o rol do artigo 927 do CPC é vinculante, e traremos diversos argumentos para embasar esse entendimento. Nos próximos subcapítulos, exploraremos os fundamentos pela vinculatividade, demonstrando como e quais teses cada um deles rebate, até que não tenha mais nenhuma a ser rebatida.

17 Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira indicam como esse fundamento é usado pela doutrina, “alegando que o Poder Judiciário não está autorizado a ‘legislar’ – salvo quando permitido pela Constituição Federal”, lembrando que, junto a esse argumento, há também o da violação à separação de poderes (ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. *Consultor Jurídico*. 16 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional#_ftn2>. Acesso em: 22 abr. 2021).

18 STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. Comentários ao art. 927. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (coords). *Comentários ao código de processo civil*. Livro Eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 2167.

19 MAZZILLI, Hugo Nigro. Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-violacao>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

3.1. O uso da palavra “observarão”

Não há dúvidas de que o primeiro problema a ser enfrentado na definição da vinculatividade das hipóteses do artigo 927 do CPC é o significado e uso da palavra “observarão”, para poder determinar se realmente indicaria vinculatividade ou não. Afinal, a escolha da palavra pelo legislador não foi das mais claras.

O verbo observar não traz a mesma segurança que verbos como dever, obedecer, aplicar ou impor trariam, suscitando posições controversas na doutrina. Assim como há quem negue a vinculatividade²⁰, é possível encontrar diversos autores que a defendem baseados justamente na palavra “observarão”²¹, mas nenhum realmente explica a razão de essa palavra significar vinculação²². O próprio STJ acaba entendendo de forma diversa entre seus órgãos²³. Mas a pergunta é, para os que se questionam a respeito da imposição no uso da palavra “observarão”, o que significa ‘observar’ no contexto de uma lei? É possível ao magistrado observar apenas em seu íntimo, mas ignorar completamente na sua decisão concreta? Observar seria apenas saber que existe ou acompanhar como entendem os tribunais, sem necessariamente segui-los? Como é possível que a lei processual determine um dever – já que o uso do imperativo não é questionado – que acontece apenas na cabeça do magistrado? Traria o artigo 927 do CPC um novo princípio? Não acreditamos nisso.

A lei processual não é voltada para os pensamentos, mas para o processo e para a entrega a quem de direito do bem jurídico pleiteado²⁴, e deve poder se manifestar concretamente, no atuar processual dos destinatários do comando legal “os juízes

-
- 20 É levantado pela doutrina como argumento que ‘observância’ não é o mesmo que ‘obediência’. Nesse sentido: GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Volume 1. 5ª ed. Livro Eletrônico. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 57-58.
- 21 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Livro Eletrônico. São Paulo: Método, 2015, p. 395-396. PEIXOTO, Ravi. (In)Constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/15: um debate necessário. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 11. Recife: Seção Judiciária de Pernambuco, 2018, p. 303. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RUSJPE/article/view/197/181>>. Acesso em: 18 abr. 2021.
- 22 Ronaldo Cramer explica de certa forma, reforçando a força vinculante atribuída às hipóteses do artigo 927 do CPC justamente pelo uso da palavra “observarão”, dizendo que o verbo observar da forma que foi usado “tem clareza semântica difícil de superar”, deixando claro seu posicionamento no sentido de que, pelo que está escrito, “não há maneira mais inequívoca de se estabelecer a eficácia vinculante dos precedentes” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191).
- 23 Enquanto no AgInt no AREsp 1607273/RS a ementa leva a crer que apenas os incisos I a III seriam vinculantes (STJ, Segunda Turma, AgInt no AREsp 1607273/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 08/03/2021, DJe 16/03/2021), em sentido contrário, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino reconheceu a vinculatividade do inciso V do artigo 927 do CPC em seu voto nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 1512872/SP (STJ, Terceira Turma, EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 1512872/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 29/03/2021, DJe 06/04/2021), e ainda, lembramos a decisão da Corte Especial reconhecendo expressamente a vinculatividade do inciso V (STJ, Corte Especial, PET no AREsp 957.821/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 07/03/2018, DJe 13/03/2018).
- 24 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89-106.

e os tribunais”. São agentes do Estado e seus atos em nome dele devem poder ser controlados pela publicidade. Nesse sentido, só é possível constatar a aplicação do artigo 927 do CPC quando o magistrado faz uso das hipóteses de seus incisos na sua decisão, mostrando que está de fato observando as decisões ali elencadas, ainda que seja para fazer o *distinguishing*, sendo necessário que haja alguma manifestação concretamente externalizada do magistrado a seu respeito²⁵. Sem isso, não há de fato cumprimento da norma, pois não se pode observar a sua aplicação; estaríamos diante de um dispositivo legal vazio. Por essa razão, portanto, o uso pelo legislador da palavra “observarão” só pode significar serem as hipóteses do artigo 927 do CPC vinculantes²⁶.

A partir dos argumentos trazidos, os fundamentos pela persuasão ventilados no ponto 2.1 acima parecem ser facilmente rebatidos. Afinal, o comando do verbo “observarão” é específico, já que somente aquelas cinco hipóteses dos incisos seriam vinculantes, e é claro o suficiente, tendo em vista todo o raciocínio construído no parágrafo anterior. A existência de outro dispositivo legal reforçando essa vinculatividade, seja expressamente ou por meio da previsão de reclamação/ação rescisória, não anula o fato de o próprio artigo 927 do CPC já ser específico o suficiente e trazer em seu próprio texto o comando da obrigatoriedade, rebatendo assim, de uma só vez, três argumentos pela mera persuasão.

3.2. A reunião de diferentes tipos de decisão em um único rol normativo

Há ainda outro fundamento bastante forte para rebater os argumentos pela persuasão antes de adentrarmos na seara da constitucionalidade, especialmente para aqueles que entendem ser necessária a existência de previsão do manejo da reclamação e/ou de ação rescisória para a garantia do respeito ao precedente. Para esses autores, somente com um instrumento próprio que garanta a aplicação do precedente seria possível considerá-lo vinculante²⁷.

25 Aqui ressaltamos a talvez necessária invocação do precedente pelo advogado no processo. Nesse sentido, entrariamos na seara da obrigatoriedade de o magistrado apreciar todos os fundamentos trazidos pelas partes (artigo 489, inciso IV, do CPC), devendo mais uma vez se manifestar sobre o precedente, ainda que seja para realizar o *distinguishing*.

26 E desde que estejam presentes todas as demais características necessárias para que uma decisão seja apta a ser um precedente. Nesse sentido, há uma série de outros fatores trazidos pela doutrina como necessários para que a decisão prevista no rol do artigo 927 do CPC seja vinculante, o que diz respeito à natureza do precedente e, portanto, não é objeto deste artigo que trata da vinculatividade formal do texto previsto no dispositivo. Afinal, se a decisão for vazia ou nula, por exemplo (nos termos do artigo 489 do CPC), ou não tiver substrato a ser seguido, uma *ratio decidendi*, de fato não há de ser vinculante, mas não em razão do comando do artigo 927 do CPC, mas sim por defeito na própria decisão. Alguns exemplos são o entendimento pela necessidade de uma *ratio decidendi* ligada aos fatos do caso concreto e o entendimento pela necessidade de que a decisão a se observar seja emanada de tribunais superiores (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 873.), argumentos que dizem respeito à natureza de cada uma das hipóteses do artigo 927 do CPC. Independentemente de nossa posição em relação a esses fundamentos, o que importa ressaltar é que essas correntes já entendem pela vinculatividade do rol previsto no dispositivo, que é o que se busca defender nesse texto, não sendo necessário adentrar nesses pontos para atingir o nosso objetivo.

27 PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo;

Não concordamos, novamente, com esse posicionamento. O artigo 927 do CPC não teria qualquer utilidade se não fosse para determinar a observância obrigatória daquelas decisões, pois, como visto no ponto anterior, não há utilidade na sua observância facultativa, não existindo comando normativo inútil. Não se trata de faculdade, restando claro o seu caráter imperativo²⁸. Mas mesmo que assim não se entenda, ainda há outro forte argumento para rebater esses posicionamentos, que é o da reunião, em um mesmo rol normativo, de diversas hipóteses decisórias. No mesmo dispositivo incluem-se aquelas hipóteses previstas expressamente na Constituição como vinculantes e cuja vinculatividade não se discute (controle concentrado e súmulas vinculantes), aquelas sobre as quais é possível, também expressamente, o uso da reclamação (IRDR, IAC e extraordinários e especiais repetitivos) e ainda outras que não gozam de nenhuma destas duas prerrogativas (súmulas do STF e STJ e orientações de plenário e órgão especial), todas no mesmo rol normativo.

Se é necessária a previsão de reclamação para a vinculatividade das decisões de plenário e órgão especial, por exemplo, por qual motivo esse tipo de decisão está neste seletor junto com outras hipóteses cuja reclamação é expressamente prevista no CPC? Aliás, por qual motivo haveria, no mesmo rol normativo, hipóteses de vinculação constitucional geral e hipóteses meramente persuasivas? Não há sentido em segregar o artigo 927 do CPC em divisões não feitas pelo legislador. Fazer essa segregação é ler o texto de forma destacada, isolada, o que não expressa significado normativo algum²⁹. A reunião de todos esses tipos de decisões não foi por acaso, tendo o legislador optado por incluir todos eles para integrarem um mesmo rol de hipóteses vinculantes³⁰.

Ademais, Lucas Buril de Macêdo vai ainda mais longe e traz uma série de fundamentos constitucionais para embasar a obrigatoriedade dos precedentes, passando pela segurança jurídica, igualdade, eficiência jurisdicional e economia processual, duração razoável do processo, boa-fé e até mesmo a hierarquia das Cortes, o que justificaria constitucionalmente a obrigatoriedade de respeito aos precedentes³¹.

Por entrar na seara da constitucionalidade, e deixando claro nosso posicionamento contrário à mera persuasão, passamos ao próximo ponto.

ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 507. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 799 e 802-803. Em sentido parecido, mas que classifica como de “eficácia intermediária” e não persuasiva: MOLLICA, Rogério. O novo CPC, os precedentes vinculantes e a discussão sobre a (in)constitucionalidade de sua previsão infraconstitucional. *Revista de Direito Brasileira*. v. 21. n. 8. São Paulo, set./dez. 2018, p. 237. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4510/4246>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

28 DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo Atlas, 2017, p. 1469.

29 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44-47.

30 Esse mesmo argumento é suficiente para rebater o entendimento da vinculatividade horizontal de Ronaldo Cramer e Humberto Theodoro Júnior, já que o legislador não fez qualquer gradação entre as hipóteses ali elencadas para que uma única fosse considerada de forma diferente. Então se as primeiras hipóteses têm vinculatividade vertical, todas as demais também devem ter.

31 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 104-140.

3.3. O embasamento constitucional dos incisos do artigo 927

Independentemente de o legislador querer que o rol do artigo 927 do CPC seja vinculante ou não, é necessário analisar a constitucionalidade do dispositivo, visto que o legislador pode editar lei inconstitucional e, portanto, inválida. Como já adiantado, Lucas Buril de Macêdo embasa a obrigatoriedade do rol previsto no artigo 927 do CPC a partir de diversos princípios constitucionais, buscando demonstrar sua constitucionalidade estrutural. Nesse sentido, o primeiro e talvez mais importante deles é o da segurança jurídica. É por meio dela que se pode atingir a justiça³², a partir de suas características e vantagens: cognoscibilidade, estabilidade, previsibilidade e proteção da confiança legítima. É o fundamento em que o autor mais se debruça, possuindo o maior número de páginas dedicadas a uma construção bastante interessante sobre a importância desse fundamento³³.

Os demais argumentos também remetem à justiça, tratando casos idênticos de forma igual, o que traz vantagens ao próprio processo, tendo base constitucional no artigo 5º, *caput*, da CRFB para a igualdade, artigo 37, *caput*, da CRFB para a eficiência jurisdicional e economia processual, e no artigo 5º, LXXVIII, da CRFB para a duração razoável do processo, justificando constitucionalmente a obrigatoriedade do respeito aos precedentes.

Os argumentos que serão rebatidos a seguir são todos no sentido de considerar inconstitucional o rol do artigo 927 do CPC, ou ao menos assim considerar a vinculatividade dos incisos III a V do dispositivo, tendo em vista a ausência de previsão constitucional expressa nesse sentido, não sendo suficiente para esses autores haver justificativa constitucional indireta para a existência da obrigatoriedade aqui defendida. Somente valeria a previsão textual expressa.

3.3.1 Separação de poderes e independência funcional ((i) viés parcialmente concreto do precedente, (ii) vinculação restrita e (iii) papel dos juízes como intérpretes)

O primeiro dos argumentos pela inconstitucionalidade que queremos rebater é o de violação da separação de poderes. Em relação a esse argumento ainda há uma agravante, pois a separação de poderes é cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, da CRFB), e por isso há quem entenda que não é possível, pela interpretação de princípios constitucionais, alcançar a obrigatoriedade de precedentes previstos apenas na

32 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 143 *apud* MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 104.

33 Convidamos à leitura das palavras do autor (nota 31), visto que não faz parte do escopo deste trabalho abordar toda a gama argumentativa elaborada em seu livro, mas cujo arcabouço teórico gostaríamos de considerar na elaboração deste trabalho, pois acreditamos importante na sua fundamentação constitucional.

legislação infraconstitucional³⁴, além de que, por ser cláusula pétrea, seria impossível fazê-lo mesmo que por emenda à Constituição³⁵.

Não há o que se discutir quanto à natureza de cláusula pétrea da separação de poderes, mas nossa argumentação vai na raiz do fundamento daqueles que entendem que o sistema de precedentes violaria essa disposição constitucional, para demonstrar que a pergunta que está sendo feita é que não leva à melhor resposta. Afinal, por qual razão haveria violação da separação de poderes? O fundamento é o de que o Poder Judiciário não pode criar normas com força vinculante de caráter geral e abstrato, como é o caso das leis.

Ora, não discordamos que, caso os resultados da aplicação das hipóteses do artigo 927 do CPC tenham caráter geral e abstrato, inovando no ordenamento jurídico, não serão vinculantes, mas inconstitucionais, por violação da separação de poderes, mas não é bem isso que define um precedente. O precedente é sim uma norma geral e abstrata, mas criada em um cenário fático-jurídico bastante concreto³⁶. Não é possível confundirmos a abstratividade da criação legislativa com a concretude da interpretação judicial sobre algum dispositivo legal já existente durante a sua aplicação em um caso materializado. Afinal, a criação pelo magistrado no seu mister de norma abstrata decorre de uma necessidade de definir a interpretação da legislação na aplicação da lei em um dado caso concreto. O CPC determina inclusive que os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas na edição de súmulas (artigo 926, § 2º do CPC). É impossível, como bem coloca a doutrina³⁷, desvincular por completo o precedente de suas premissas fáticas, pois é um complemento do texto normativo, não sendo, portanto, abstrato.

Assim como carece de abstratividade, o precedente também não tem caráter geral, afastando-se novamente da natureza de lei. Isso já é abordado pela doutrina em diversas ocasiões, sendo o fundamento principal a restrição da vinculatividade das hipóteses previstas no CPC à observação do Poder Judiciário. Se não há vinculação da Administração Pública, não é geral. A obrigatoriedade é interna³⁸.

34 STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. Comentários ao art. 927. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (coords). *Comentários ao código de processo civil*. Livro Eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 2147.

35 NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 1836-1838 apud STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. Comentários ao art. 927. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (coords). *Comentários ao código de processo civil*. Livro Eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 2165.

36 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 216.

37 PEIXOTO, Ravi. (In)Constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/15: um debate necessário. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 11. Recife: Seção Judiciária de Pernambuco, 2018, p. 323. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSIPE/article/view/197/181>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

38 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 148.

Um importante argumento que surge para rebater a tese de que a obrigatoriedade seria apenas interna é o de Lenio Streck e Georges Abboud³⁹ no sentido de que, quando a decisão judicial envolvesse a Administração Pública, como no caso de um tributo, atingiria inevitavelmente a União, os Estados ou os Municípios, o que impede que sejam constitucionais as hipóteses do artigo 927 do CPC.

Data venia, discordamos dos autores e estamos com Ravi Peixoto⁴⁰, pois entendemos que uma coisa não tem a ver com a outra. A Administração Pública ainda tem liberdade para agir da forma que quiser em relação ao tema, inclusive se defender e argumentar em sentido contrário à tese firmada durante o processo judicial, cabendo ao magistrado aplicar a tese firmada como precedente ou realizar o *distinguishing*, pois o posicionamento do Poder Judiciário deve ser um só. É a mais pura manifestação dos freios e contrapesos, e que indica a unidade do Poder Judiciário. E vamos além na argumentação, pois entendemos que é uma manifestação do seu dever constitucional de organização administrativa. Mas deixaremos para aprofundar esse ponto em um subcapítulo próprio, a seguir. Não obstante, queremos frisar a vinculação restrita das hipóteses do artigo 927 do CPC, pois não atingem a Administração Pública, mas apenas o próprio Poder Judiciário. Nesse sentido, portanto, não são nem abstratas, como já tínhamos visto, e nem gerais, sendo rebatidos os argumentos da separação de poderes e da violação à legalidade.

Por fim, também entendemos não haver qualquer tipo de violação à independência funcional dos magistrados, tendo em vista que essa garantia é individual a cada juiz para que julgue da forma com a qual entenda adequada⁴¹, não podendo o decisor ignorar a lei e nem os precedentes que são obrigatórios por lei. Seguir a lei não faz dos magistrados menos independentes. Não devemos confundir independência funcional com a independência geral de um magistrado em relação ao próprio Poder Judiciário e à lei. O Poder é uno, não é da pessoa do juiz, mas sim um poder de Estado, o Judiciário, e que serve como freio e contrapeso⁴² ao Poder Legislativo, complementando-o. Ademais, não há previsão expressa na Constituição no sentido de conferir independência funcional aos magistrados como ocorre com o Ministério Público ou a Defensoria (artigos 127, § 1º e 134, § 4º, da CRFB), decorrendo tal princípio de interpretação do artigo 95 da

39 STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. Comentários ao art. 927. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (coords). *Comentários ao código de processo civil*. Livro Eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 2167.

40 PEIXOTO, Ravi. (In)Constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/15: um debate necessário. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 11. Recife: Seção Judiciária de Pernambuco, 2018, p. 325. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/197/181>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

41 *Ibid.*, p. 319. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/197/181>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

42 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 421-422.

CRFB. Assim, é incoerente o argumento de que a independência funcional deve ser respeitada, mas a obrigatoriedade dos precedentes não, tendo em vista que ambos os conceitos decorrem de interpretação constitucional, especialmente se considerarmos todos os argumentos de Lucas Buril de Macêdo apresentados anteriormente.

Ainda sobre esse fundamento, o comando do artigo 927 do CPC é observar. Isso não significa obedecer cegamente. É claro que os juízes e tribunais podem e devem realizar o *distinguishing* ou o *overruling*, por exemplo, quando for necessário. Mas somente com a exposição dos fundamentos pela aplicação ou pela não aplicação do precedente é que haverá efetiva observância do dispositivo legal pelos magistrados. Isso, em si, não compromete a interpretação sobre a norma e a independência dos magistrados que a interpretam.

Rebatido este último argumento, podemos passar ao nosso entendimento a respeito da autonomia administrativa e da unidade do Poder Judiciário como legitimadores da constitucionalidade dos precedentes obrigatórios, não nos desviando da necessidade de superação da construção jurídica de Lenio Streck e Georges Abboud no sentido da “inevitável” vinculação da Administração Pública ao precedente.

3.3.2 Autonomia administrativa e unidade do Poder Judiciário

A autonomia administrativa e a unidade do Poder Judiciário muitas vezes são negligenciadas pela doutrina. Não obstante, alguns autores abordam o argumento da unidade⁴³, no sentido de entender que, por ser uno, o Poder Judiciário deve ser uniforme, com sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (artigo 926 do CPC). Dessa forma, não faz sentido que casos iguais tenham destinos diferentes em razão de quem está sentado na cadeira do decisor no momento da decisão⁴⁴. No entanto, apesar de a unidade aparecer em artigos acadêmicos, pouco se fala da autonomia administrativa.

Nesse sentido, reunimos os dois argumentos em um único subcapítulo, pois entendemos que ambos dialogam entre si, complementando-se. Afinal, em razão da unidade do Poder Judiciário e da unidade do próprio ordenamento jurídico, a definição do entendimento a respeito da interpretação da legislação também deve ser uno, independentemente do órgão que externalize tal entendimento⁴⁵, sendo

43 Podemos enxergar isso em trabalhos como o de Lucas Buril de Macêdo (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 355) e de Daniel Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 206, p. 61-72, abr. 2012, p. 64).

44 ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 358.

45 Aqui ressaltamos a posição de Barbosa Moreira quando alerta para a interpretação de conceitos jurídicos locais indeterminados, como bons costumes, elevado valor, entre outros (BARBOSA MOREIRA, José Carlos.

uma questão de organização interna do Poder, ou seja, de manifestação da sua autonomia administrativa⁴⁶. É mais um fundamento para rebater uma suposta violação da legalidade e da separação de poderes, afinal, não há realmente lei criada pelo Judiciário, mas diretrizes internas.

Justamente por apenas vincular o próprio Poder Judiciário, como explorado em subcapítulo anterior, a obrigatoriedade de observação dos precedentes pelos órgãos jurisdicionais inferiores e vinculados é um exercício de sua autonomia administrativa na organização interna do Poder Judiciário, na forma do artigo 99, *caput*, da CRFB. Não se confunde com a autonomia financeira, sobre a qual tratam todos os parágrafos e incisos do artigo, mas decorre exatamente do seu *caput*. Afinal, esta garantia é corolário da indispensável independência desse Poder em relação aos demais, com a implementação de ações aptas a aumentar a sua eficiência na prestação jurisdicional⁴⁷, o que ocorre por meio de coerência e uniformidade no atuar do Judiciário, sendo a obrigatoriedade dos precedentes, desde que apenas interna, uma manifestação da sua própria organização interna.

Nesse sentido, há previsão constitucional expressa permitindo que o Poder Judiciário se organize de forma independente, o que pode ocorrer a partir da elaboração de precedentes vinculantes. Cabe ressaltar que a lei determina a estabilidade da jurisprudência, mas não obriga nenhum órgão a criar precedente⁴⁸, sendo aplicado sempre algum critério de admissibilidade. Como os precedentes são a regra geral interpretativa sobre a aplicação de determinada norma em determinado caso concreto⁴⁹, nada mais estará fazendo o tribunal do que orientando seus braços (órgãos) em uma única direção, privilegiando a segurança jurídica e a própria unidade do Poder Judiciário, fundamentando constitucionalmente a vinculatividade dos precedentes previstos no artigo 927 do CPC em sua autonomia administrativa,

Temas de Direito Processual. 9ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 311). Nesse sentido, entendemos que não faz sentido que o tribunal que esteja para formar um precedente vinculante não leve isso em consideração para decidir, especialmente em razão da disposição legal prevista no artigo 927, § 2º, do CPC, que indica a participação de pessoas, órgãos ou entidades em audiência pública.

46 Nesse sentido, Aluisio Mendes entende ser uma técnica de gestão do Poder Judiciário, ou seja, de sua autonomia administrativa, ainda que usando outras palavras (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 237).

47 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 995.

48 Nesse sentido, conferir a ementa do acórdão da Corte Especial do STJ em relação à discricionariedade sobre a conveniência e necessidade de julgamento pela sistemática dos repetitivos (STJ, Corte Especial, PET no AREsp 957.821/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 07/03/2018, DJe 13/03/2018).

49 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed.. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 505. REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial: volume 2*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173.

afastando novamente uma suposta violação à separação de poderes e à legalidade. Mas gostaríamos de ir além e trazer ainda outros argumentos.

3.3.3 Papel de uniformização dos tribunais superiores

Não obstante os fundamentos explorados no ponto anterior, há ainda um outro que justifica constitucionalmente o sistema de precedentes brasileiro: o papel de uniformização conferido pela Constituição aos tribunais superiores.

Como muito bem destacado pela doutrina e mesmo jurisprudência⁵⁰, os tribunais superiores têm um papel de uniformização da interpretação a respeito do ordenamento jurídico brasileiro. Não são tribunais cuja função precípua seja a de analisar fatos ou produzir provas. Inclusive, em relação ao STF e ao STJ, há enunciado de súmula afirmando não ser possível a reanálise fática-probatória em sede de recursos especial ou extraordinário (Súmula 7 do STJ e Súmula 279 do STF⁵¹). O artigo 102, *caput*, para o STF, artigo 105, inciso III, para o STJ, artigo 111-A, § 3º, para o TST, e artigo 121, § 3º, para o TSE, além do artigo 92, § 2º, todos da CRFB, indicam, ainda que não expressamente, um papel comum entre estes tribunais que é o de ter a última palavra em relação às matérias de sua competência, atuando como uniformizadores do entendimento sobre o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, nada mais natural do que em suas manifestações qualificadas (como é o caso de decisões de plenário ou órgão especial) haver força vinculante. Afinal, todas as hipóteses dos incisos do artigo 927 do CPC acabam no plenário ou órgão especial, seja por determinação constitucional, como é o caso dos incisos I e II, por determinação legal, como é o caso do inciso V, ou por determinação legal e regimental, como é o caso dos incisos III e IV⁵².

Os incisos do artigo 927 do CPC trazem apenas decisões que decorrem do exercício do dever de uniformização do Direito, indicando como vinculantes hipóteses de manifestação jurídica apenas de órgãos de cúpula dos tribunais. Talvez a única observação que mereça destaque é relativa aos incisos III e V, já que tais hipóteses

50 Pela doutrina podemos citar: PEIXOTO, Ravi. (In)Constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/15: um debate necessário. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 11. Recife: Seção Judiciária de Pernambuco, 2018, p. 322. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/197/181>>. Acesso em: 18 abr. 2021. Já pela jurisprudência, citamos: STJ, Primeira Seção, EDcl. no REsp 1.393.102/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/11/2020, DJe 01/12/2020.

51 O mesmo ocorre em relação ao TST, a partir do enunciado de súmula nº 126.

52 Nesse ponto, cabe ressaltar a tese de Lucas Buril de Macêdo no sentido de conferir também às decisões das seções especializadas do STJ força vinculante, em uma interpretação extensiva do inciso V do artigo 927 do CPC. Não adentraremos nesse ponto, pois foge ao objeto deste estudo, mas é importante destacar que faz parte do núcleo fundamental dessa interpretação extensiva justamente o papel de uniformização dos tribunais superiores na tutela da segurança jurídica (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 366).

podem se manifestar em tribunais que não possuem a estatura de “superiores”. Não obstante, são os órgãos de cúpula dos tribunais locais, sejam eles federais⁵³ ou estaduais, sendo certo que a vinculação atinge apenas os órgãos e magistrados que estejam em seu âmbito de competência e a eles vinculados, ainda que verticalmente, mas apenas para baixo. No entanto, uma situação à parte e que merece um aprofundamento maior é o caso dos Tribunais de Justiça.

3.3.4 Federação e órgão máximo do Poder Judiciário estadual

No que tange aos Tribunais de Justiça estaduais, há um fato que não pode ser negligenciado. São eles os tribunais “superiores” em âmbito estadual, ou seja, dos quais decorre a manifestação última do Poder Judiciário estadual.

Em uma República Federativa, como é o caso da brasileira, há autonomia dos entes federativos, dos quais fazem parte os estados da federação. Nesse sentido, em seu âmbito territorial, o órgão de cúpula do Poder Judiciário é o plenário ou órgão especial do seu Tribunal de Justiça.

Não há inconstitucionalidade em conferir o poder de uniformização de seu entendimento a estes órgãos dos tribunais locais, pois a força vinculante de seus pronunciamentos, realizados na forma do artigo 927 do CPC, está restrita ao território sobre o qual possuem jurisdição e às matérias sobre as quais possuem competência para conhecer e decidir.

Nesse sentido, e para melhor ilustrar o argumento, cabe destacar a estrutura do Poder Judiciário estadual nos Estados Unidos. Também lá há um Estado organizado na forma federativa, modelo no qual nosso país se inspirou⁵⁴, existindo, em muitos estados norte-americanos, uma Corte Suprema.

Não ignoramos o fato de que em terras ianques o modelo federativo é mais forte, havendo maior independência e autonomia destinadas aos entes federativos. Não obstante, para fins de ilustração de nosso argumento, é bastante didático demonstrar que, em terras brasileiras, o plenário ou órgão especial dos Tribunais de Justiça atuam exatamente como as Cortes Supremas estaduais de lá, inclusive com instrumento de controle abstrato de constitucionalidade próprio. É decorrência lógica do princípio federativo a conclusão de que o Poder Judiciário estadual pode atuar, dentro dos limites constitucionais, com as mesmas ferramentas destinadas ao Poder Judiciário federal. Isso significa que para os estados da federação, o órgão especial ou plenário de seu Tribunal de Justiça exerce o papel de tribunal superior no que lhe diz respeito (competência pela matéria e território). Por essa razão, faz todo

53 Os tribunais regionais federais são locais, mas em razão da divisão constitucional de competência pela matéria, acabam ligados diretamente à União.

54 DOLINGER, Jacob. The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System. *The American Journal of Comparative Law*. Ann Harbor, v. 38, n. 4, p. 803-837, 1990, p. 804.

o sentido que existam também hipóteses de vinculatividade para essas decisões em âmbito estadual, concretizando o dever de uniformização da interpretação jurídica local, com fundamento no artigo 1º da CRFB.

Cabe lembrar, no entanto, que os Tribunais de Justiça não são completamente independentes dos tribunais superiores. Assim, há certa limitação na criação e aplicação de seus precedentes, que esbarra justamente no entendimento firmado nestes tribunais no âmbito de sua competência.

3.3.5 O sistema de julgamentos repetitivos: a repetição como concreção da tese

Por fim, encerrando o subcapítulo 3.3 que já se prolonga demasiadamente, ressaltamos uma característica que entendemos importante em relação aos incisos III e IV do artigo 927 do CPC: a menção aos termos “acórdãos” e “enunciados”. Não olvidamos a respeito do entendimento já firmado pelo STJ no sentido da vinculatividade da tese jurídica determinada em julgamento de recursos repetitivos⁵⁵ nos tribunais superiores. Inclusive, concordamos com o posicionamento do Tribunal da Cidadania. Mas além do entendimento firmado, é importante abordar um fundamento concreto para a vinculatividade dessas hipóteses em contraposição ao argumento da violação à separação de poderes, imiscuindo-se, em teoria, o Poder Judiciário na atividade legislativa.

Como já adiantamos, não vemos inconstitucionalidade nesse ponto justamente por entendermos que a formação de precedente não envolve a criação de uma regra geral e abstrata. Em que pese haver sempre referência à tese quando mencionadas as hipóteses do inciso III do artigo 927 do CPC, concordamos com o posicionamento doutrinário no sentido de que o que vincula não é a tese ou acórdão isoladamente, mas a tese interpretada de acordo com as circunstâncias fáticas do caso⁵⁶.

A tese jurídica no microsistema de julgamentos repetitivos é baseada em casos concretos, sendo clara a disposição legal no sentido de só permitir a decisão em incidente de demandas repetitivas quando, efetivamente, houver demandas repetidas (artigo 976, inciso I, do CPC). Isso passa, necessariamente, pelo arcabouço fático desses casos que se repetem, ainda que o dispositivo legal faça menção à questão de direito.

55 Nesse sentido: STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp 1669822/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017. STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 1537697/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/12/2019, DJe 16/12/2019. STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 1548402/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019. STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1815145/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 08/02/2021, DJe 17/02/2021. STJ, Quarta Turma, AgInt no REsp 1800020/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 03/09/2019, DJe 10/09/2019. Já em sentido contrário: STJ, Segunda Seção, AgInt na Rcl 34.896/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 13/12/2017, DJe 01/02/2018.

56 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 363.

Como exposto anteriormente, o Poder Judiciário interpreta a questão de direito, mas sempre baseado nas circunstâncias fáticas que, no caso dos repetitivos, já aconteceram por diversas vezes, constituindo uma base fática sólida para a leitura e interpretação da tese jurídica adotada no precedente, conferindo um caráter concreto a ela. A repetição reforça esse caráter, afastando as características de lei das teses jurídicas formadas. O que se torna precedente é a interpretação de uma norma jurídica aplicada a um conjunto de fatos determinados e que foram identificados reiteradas vezes.

Assim, resta claro que o substrato fático do microsistema de julgamentos repetitivos é latente, não se confundindo com a abstratividade, generalidade e inovação da atividade legislativa, ainda que se faça referência à “tese”. Por isso, a criação ou aplicação desta tese pode ser defeituosa se não observadas as circunstâncias fáticas do precedente. Resta agora voltarmos os olhos para a hipótese do inciso IV, e para o IAC.

3.4. Problemas no que tange ao IAC e aos enunciados de súmulas de jurisprudência e sua possível inconstitucionalidade

Quando pensamos nos enunciados de súmula e nos acórdãos firmados – expressões escolhidas pelo legislador para o rol do artigo 927 do CPC – a primeira coisa que vem à mente é um texto curto, com ares de abstratividade, um resumo da regra geral de direito observada e aplicada no julgamento originário, sem a devida exploração dos fatos dali decorrentes. Pior em relação à súmula, pois se trata de resumo curtíssimo da tese jurídica firmada no precedente⁵⁷.

Deixamos bem claro o porquê de entendermos que as decisões provenientes do microsistema de julgamentos repetitivos não configuram atividade legislativa, especialmente pela ausência de abstratividade, generalidade e inovação, sendo um argumento muito forte nesse sentido a necessária repetição de casos, o que traz um viés concreto bem claro à tese ou enunciado. No entanto, esse argumento não se observa, ao menos a princípio, nas hipóteses de IAC e de edição de súmulas ‘comuns’, na forma dos incisos III e IV do artigo 927 do CPC que, no caso do IAC, tem essa característica como condição de sua própria existência (artigo 947, *caput*, do CPC).

Começando pelo inciso IV, e ao olharmos para a legislação, observamos inicialmente que existem as súmulas vinculantes e as súmulas comuns no mesmo rol normativo, o que parece estranho em razão de uma possível equiparação de vinculatividade entre elas. Este argumento por si só não diz muita coisa, pois a vinculação das súmulas vinculantes é bastante diferente da vinculação do artigo 927 do CPC, conforme visto anteriormente,

57 O uso do termo “tese jurídica” é bastante recorrente na doutrina quando se tratando de precedente, o que poderia suscitar questionamentos em relação à sua abstratividade. Teresa Arruda Alvim, no entanto, faz uma distinção importante sobre tese e *ratio* do precedente, indicando que o que vincula, quando não se tratar de repetitivos, é a *ratio* e não a decisão. Em outras palavras, a *ratio* deve constar da tese (ALVIM, Teresa Arruda. Os repetitivos, as teses e o STJ. *Migalhas*. 5 jun. 2019. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/303668/os-repetitivos--as-teses-e-o-stj>>. Acesso em: 10 maio 2021).

especialmente pela sua função, uma externa e outra interna⁵⁸. Outro ponto é que o artigo menciona os *enunciados* das súmulas como vinculantes, que são textos curtos e trazem uma tese jurídica abstrata, mas ainda assim obrigatoriamente baseada nas circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (artigo 926, § 2º, do CPC).

Isso significa que há um comando legal determinando a forma correta de elaboração das súmulas pelos tribunais, e que indica, indiretamente, o que não pode ser feito⁵⁹. Com base nesse entendimento está a constatação de que é possível que exista súmula ilegal ou inconstitucional, bastando para isso que a tese descrita no enunciado da súmula não respeite o substrato fático por detrás de sua criação, ou seja impossível identificar esse substrato. Nesses casos, haveria irregularidade na elaboração da súmula, tornando-a defeituosa, inconstitucional. No entanto, isso não torna o dispositivo legal em si que prevê esse tipo de vinculação inconstitucional.

Afinal, o substrato fático também deve ser observado pelo aplicador do precedente, possibilitando o uso correto das súmulas do STF e do STJ, levando em consideração o que determina o artigo 926 do CPC, e em especial o seu § 2º. Ressaltamos que os enunciados de súmula correspondem à jurisprudência dominante dos tribunais, então a sua edição sem uma mínima repetição de casos viola o artigo 926, § 2º, do CPC, devendo esse substrato fático ser levado em consideração pelo aplicador da súmula. Nesse sentido, repetimos, não é o dispositivo legal que é inconstitucional, mas os processos de elaboração e aplicação da súmula que podem ou não ser irregulares. Afinal, para que exista uma jurisprudência dominante, é necessário que existam diversos casos sendo julgados em um mesmo sentido. A transformação deste entendimento firmado em uma súmula somente pode ocorrer nessa hipótese, ficando claro que a repetição também faz parte das características da hipótese vinculante prevista no artigo 927, inciso IV, do CPC.

Já em relação ao IAC temos um problema logo de cara, estrutural, pois é necessária a falta de repetição para que o instituto exista. Mas gostaríamos de chamar a atenção do leitor para outras de suas características.

O *caput* do artigo 947 do CPC fala que apenas em casos em que houver relevante questão de direito é que será possível a existência do IAC, enquanto o seu § 4º tenta definir o que seria uma relevante questão de direito para os fins deste artigo: seria a questão “a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”. São hipóteses específicas no sentido de prevenir divergência ou compor eventual divergência formada entre câmaras ou turmas do tribunal, com o objetivo de pacificar o entendimento e uniformizá-lo.

58 Afinal, a vinculação das súmulas vinculantes atinge a Administração Pública e, no caso das súmulas comuns (inciso IV), atinge apenas o próprio Poder Judiciário.

59 Nesse sentido, passando pela irregularidade em caso de inovação e pela necessária adequação ao caso concreto das súmulas: PINHEIRO, Guilherme César. *A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 248.

Na segunda hipótese, ou seja, na composição de divergência entre câmaras ou turmas, não há dúvida de que há claramente um substrato fático a ser levado em consideração (ainda que não decorrente de repetição), afinal se há uma divergência, essa divergência precisa ser verificada no caso concreto para que seja composta. No entanto, quanto à primeira hipótese, ou seja, na prevenção dessa divergência, há um espectro grande de discricionariedade, especialmente pelo uso da palavra “conveniente” no texto do dispositivo legal, o que poderia nos levar às características de lei afastadas anteriormente.

Outro ponto relevante é que o IAC só pode ser instaurado mediante provocação, isso significa que apenas por proposta do relator, das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública é que pode ser instaurado o IAC (artigo 947, § 1º, do CPC). O órgão competente para conhecer e julgar esse incidente tem a prerrogativa de admitir ou não a proposta feita, mas não pode ele próprio de ofício avocar um recurso para julgamento, diminuindo sua discricionariedade, o que afasta o enquadramento, ainda que pouco, das características de lei.

É uma hipótese confusa e que suscita perguntas, pois de fato não possui a característica das repetições, apesar da concretude fática presente em uma de suas facetas (na composição da divergência já existente), talvez até mais recorrente. Ainda assim, é um precedente no sentido estrito do termo⁶⁰, e goza da força de todos os argumentos inicialmente indicados neste texto, especialmente os da autonomia administrativa e da unidade do Poder Judiciário, que se encaixam perfeitamente no papel uniformizador de composição de divergência atribuído pela lei ao IAC e que, junto aos demais argumentos trazidos, parecem sustentar a constitucionalidade e vinculatividade dessa hipótese.

4. CONCLUSÕES PELA VINCULATIVIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

A partir de todo o exposto nas linhas deste trabalho, não há como concluir de forma diversa: são vinculantes e constitucionais todos os dispositivos do artigo 927 do CPC. Todos os argumentos trazidos, seja pela mera persuasão ou pela inconstitucionalidade,

60 Aqui é importante indicar que conhecemos a diferente natureza entre súmulas e precedentes, trazendo Teresa Arruda Alvim e Lucas Buril de Macêdo uma importante discussão a respeito disso (ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 78, jun. 2017. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Teresa_Arruda_Alvim.html>. Acesso em: 22 abr. 2021 e MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 95). Nesse sentido, a obrigatoriedade de observação de enunciado de súmula por si só nos parece ter ares de inconstitucionalidade, mas pela leitura do conjunto de dispositivos legais a respeito do tema, entendemos que não é apenas o enunciado da súmula que deve ser observado, mas o seu substrato fático. É a aplicação dos precedentes que levaram à uniformização por meio da edição da súmula, o que está sintetizado no seu enunciado, mas que traz, em certa medida, um arcabouço de casos repetidos que levaram à dominância da jurisprudência daquele tribunal. Nesse sentido, podemos enxergar a formação do precedente também pelo aplicador e não apenas pelo formador (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*: volume 2. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 174).

foram rebatidos um a um nos capítulos anteriores. Aliado a eles, ainda há todo um embasamento constitucional feito pela doutrina, que não exploramos com a densidade que gostaríamos em razão do escopo destas páginas, mas que embasam de forma estrutural e principiológica a constitucionalidade e a obrigatoriedade dos precedentes, sendo possível observar manifestações dos tribunais nesse sentido, especialmente do STJ.

Ainda que tenhamos algumas dúvidas no que se refere ao IAC, deixaremos essa discussão para uma outra oportunidade, pois é uma hipótese que, apesar de encontrar alguns problemas, ainda assim traz uma robusta gama de argumentos favoráveis à sua vinculatividade, especialmente em razão de seu objetivo e da unidade e autonomia administrativa do Poder Judiciário. E ainda que esta hipótese seja inconstitucional, isso não macula as demais previstas no dispositivo legal estudado.

A vinculatividade do rol do artigo 927 do CPC está no centro do debate sobre o atual sistema de precedentes criado a partir de 2015, e não poderíamos deixar de opinar a respeito do tema, firmando nossa posição. A constante evolução da ciência que estudamos traz alguns desafios que temos que enfrentar.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Teresa Arruda. Os repetitivos, as teses e o STJ. *Migalhas*. 5 jun. 2019. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/303668/os-repetitivos--as-teses-e-o-stj>>. Acesso em: 10 maio 2021.
- ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 78, jun. 2017. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Teresa_Arruda_Alvim.html>. Acesso em: 29 out. 2020.
- ASSIS, Araken de. *Manual de Recursos*. 1ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: Volume Único*. Livro Eletrônico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016.

- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed.. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- DOLINGER, Jacob. The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System. *The American Journal of Comparative Law*. Ann Harbor, v. 38, n. 4, p. 803-837, 1990.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo Atlas, 2017.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Volume 1*. 5ª ed. Livro Eletrônico. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>>. Acesso em: 17 abr. 2021.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais – RT*, 974, 2016.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 206, p. 61-72, abr. 2012.
- MOLLICA, Rogério. O novo CPC, os precedentes vinculantes e a discussão sobre a (in)constitucionalidade de sua previsão infraconstitucional. *Revista de Direito Brasileira*. v. 21. n. 8. São Paulo, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4510/4246>>. Acesso em: 19 abr. 2021.
- MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O Precedente Judicial no Sistema Processual Brasileiro*. São Paulo. 2012. 308 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: José Ignacio Botelho de Mesquita.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 15ª ed. São Paulo: RT, 2015.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Livro Eletrônico. São Paulo: Método, 2015.
- PINHEIRO, Guilherme César. *A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- PEIXOTO, Ravi. (In)Constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/15: um debate necessário. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 11. Recife: Seção Judiciária de Pernambuco, 2018. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/197/181>>. Acesso em: 18 abr. 2021.
- PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial: volume 2*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. Comentários ao art. 927. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (coords). *Comentários ao código de processo civil*. Livro Eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2016.
- THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. *Consultor Jurídico*. 16 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional#_ftn2>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: JusPodivm, 2017.

1.1 Jurisprudência

- STF, AR 1.049/GO, Pleno, j. 09.02.1983, rel. Min. Moreira Alves.
- STJ, AgInt na Rcl 34.896/SP, Segunda Seção, j. 13.12.2017, rel. Min. Marco Buzzi.
- STJ, AgInt no AREsp 1537697/RS, Quarta Turma, j. 10.12.2019, rel. Min. Luis Felipe Salomão.
- STJ, AgInt no AREsp 1548402/RS, Quarta Turma, j. 10.12.2019, rel. Min. Luis Felipe Salomão.
- STJ, AgInt no AREsp 1607273/RS, Segunda Turma, j. 08.03.2021, rel. Min. Herman Benjamin.
- STJ, AgInt no REsp 1669822/PR, Segunda Turma, j. 12.12.2017, rel. Min. Herman Benjamin.

STJ, AgInt no REsp 1800020/PR, Quarta Turma, j. 03.09.2019, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

STJ, AgInt no REsp 1815145/SP, Primeira Turma, j. 08.02.2021, rel. Min. Gurgel de Faria.

STJ, AR 433/SP, Primeira Seção, j. 31.10.1995, rel. Min. Demócrito Reinaldo.

STJ, EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 1512872/SP, Terceira Turma, j. 29.03.2021, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

STJ, EDcl. no REsp 1.393.102/SC, Primeira Seção, j. 24.11.2020, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

STJ, PET no AREsp 957.821/MS, Corte Especial, j. 07.03.2018, rel. Min. Nancy Andrighi.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

O SANEAMENTO COMPARTILHADO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015: UMA ABORDAGEM AO TÓPICO JURÍDICO.

THE SHARED SANITATION OF THE 2015 CIVIL PROCESS
CODE: AN APPROACH TO THE LEGAL TOPIC.

Alexandre de Castro Coura

Ph.D. and Master of Laws at the Federal University of Minas Gerais, Brazil

Maira Ramos Cerqueira

Ph.D candidate at Faculdade de Direito de Vitória, Brazil
Master's degree at the Federal University of Espírito Santo, Brazil

RESUMO: O tema do artigo é a compatibilidade entre o Saneamento Compartilhado previsto no CPC/15 e a Tópica Jurídica de Theodor Wiehweg, cujo raciocínio é produzido a partir da proposição do problema. Destarte, o método empregado é o dedutivo, que parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Nesse cenário, primeiramente, expõe-se a conceituação e as principais características da Tópica. Em seguida, são feitas algumas breves notas a respeito do Saneamento Compartilhado. Por fim, analisa-se o instituto processual em epígrafe, sob a perspectiva da tópica. A conclusão é de que o saneamento compartilhado aproxima-se, *prima facie*, da Tópica Jurídica de Theodor Viehweg.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Civil de 2015. Problema. Saneamento Compartilhado. Tópica Jurídica. Theodor Wiehweg.

ABSTRACT: The theme of the article is the compatibility between the Shared Sanitation provided for in CPC / 15 and the Legal Topic of Theodor Wiehweg, whose reasoning is produced from the

proposition of the problem. Thus, the method used is the deductive one, which starts from general arguments to particular arguments. In this scenario, firstly, the conceptualization and the main characteristics of the Topic are exposed. Then, some brief notes are made about Shared Sanitation. Finally, the processual institute in question is analyzed, from the perspective of the topic. The conclusion is that shared sanitation approaches, *prima facie*, the Legal Topic of Theodor Viehweg..

KEYWORDS: 2015 Code of Civil Procedure. Problem. Shared Sanitation. Legal Topic. Theodor Viehweg.

1. INTRODUÇÃO

Sob a promessa de um novo tempo foi fundada, em 1988, a nova ordem constitucional. Pouco mais de 27 (vinte e sete) anos depois, ainda é procurada uma maneira de consolidá-la em seu projeto democrático: um programa que depende de um modo coordenado de atuação dos poderes estatais com a sociedade civil¹ e com todos os segmentos sociais que caracterizam sua diversidade.

Nessa perspectiva, o processo civil passou a orientar-se por um novo paradigma², o de efetivar os direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por isso, suas disposições concentram não apenas as garantias resultantes da emancipação conquistada naquele específico momento histórico, mas também um projeto para o futuro³.

- 1 Sobre o assunto, Menelick de Carvalho Neto afirma que se trata de um “tipo de sociedade que requer um grau recorrentemente mais alto de complexidade para a sua reprodução, uma sociedade, portanto, insatisfeita consigo mesma. Desde o seu nascimento, uma sociedade que se diferencia, que se especializa para poder se reproduzir num grau de complexidade tão grande que exigiu a invenção dos direitos humanos, dos direitos fundamentais; requereu a afirmação, a um só tempo, paradoxal e estruturalmente móvel, do reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos os seus membros, ou seja, tornou plausível e exigiu a ideia de que somos, pela primeira vez na história, uma sociedade na qual nos reconhecemos como pessoas iguais, porque ao mesmo tempo livres. Livres para sermos diferentes, uma vez que somos diferentes, plurais, em dotes e potencialidades desde o nascimento e nos reconhecemos o direito de sermos diferentes e exercermos as nossas diferenças, ou seja, de sermos livres e de exercermos nossas liberdades. E, ainda assim, ou melhor, precisamente por isso, nos respeitarmos como iguais” (CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 147).
- 2 De acordo com Alexandre de Castro Coura e Bruno Gomes Borges da Fonseca o vocábulo paradigma seria utilizado para designar os valores, crenças e técnicas compartilhadas por membros de uma comunidade para substituir regras e solucionar problemas apresentados pela ciência. Portanto, identificar um paradigma em dada época e contexto histórico, pareceria permitir que fossem reconhecidos os pressupostos utilizados para o alcance de decisões, inclusive os referentes aos direitos fundamentais. (COURA, ALEXANDRE DE CASTRO; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. O que os direitos fundamentais têm a ver com a democracia à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas?. In: Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. (Org.). *Filosofia & Direito - ética, hermenêutica e jurisdição*. 1ed.Vitória-ES: Justiça Federal, 2014, v. 1, p. 21-52, p. 24).
- 3 Nelson Camata Moreira chama atenção para o fato de que a abordagem das constituições como projetos seria típica das análises reconstitutivas, nas quais se encaixam as Teorias de Habermas e Dworkin. Caracterizar-se-iam pelo abandono da pretensão de alcance da vontade constituinte, voltando-se para as gerações posteriores e para seu potencial construtivo para a consolidação e atualização da ordem constitucional (MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010).

Com vistas a implementar no sistema processual infraconstitucional as garantias constitucionais, adveio a necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Civil, a partir de uma perspectiva de recodificação⁴, haja vista que o Código de 1973, denominado por alguns de Código Buzaid, assegurava de forma deficitária os valores previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de mostrar-se destoante aos aludidos axiomas⁵.

O sistema processual concebido pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 era estritamente fechado, com previsões normativas rígidas e poucas cláusulas gerais⁶, possuindo uma nítida concepção liberal.

Como decorrência dessa visão, poucos eram os dispositivos que se referiam a demandas de caráter social e coletivo. Considerando que o direito processual constitui a expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, inerentes a determinada sociedade, o Código de 1973 mostrou-se destoante frente à realidade na qual estava inserido⁷.

-
- 4 *Recodificação*, ao revés da *descodificação*, implica em reconhecer a importância do código anterior, de modo que a retirada do código não se dá sem abrir mão da manutenção da organização do direito pelo meio da *codificação*. De todo modo, é importante assinalar que ao se optar pela *recodificação*, faz-se a substituição de corpo legislativo, não sendo necessário abandonar por completo os regramentos anteriores. Na verdade, a *recodificação* é compatível com a preservação de disposições do texto revogado, ainda que estas, na sua interpretação e aplicação, possam levar a um novo sentido ou resultado. Isso porque mesmo os dispositivos que são repetidos são atingidos pelas mudanças de bússolas entre os códigos. Destaque-se ainda que na *recodificação* o processo legislativo é, naturalmente, marcado pela incorporação no novo texto de outras fontes que não compunham a codificação revogada, mas que já eram usadas em diálogo para crítica e/ou melhor interpretação daquela, destacando-se, no sentido, os dispositivos de leis especiais ou extravagantes (que passam a ser gerais) e ainda o prestígio as posições jurisprudencial e doutrinária marcadas por bússola evolutiva, notadamente quando há outra matriz de interpretação. No Brasil, a *recodificação* tem sido notabilizada pela alteração do paradigma constitucional, em razão do novo código estar sob a égide de Carta diferente da que existia no momento em que promulgado o código revogado. No sentido, basta observar o CPC/73 (em substituição ao CPC/39) e o CC/02 (em permuta ao CC/16). Tratando do processo de *recodificação* (ainda que com olhos para o CC/02), com análise mais ampla e nuances, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.
- 5 Nessa direção José Rogério Cruz e Tucci assevera: que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e dos inúmeros textos legais que a seguiram teria sido infundido em cada brasileiro um verdadeiro espírito de cidadania. Os cidadãos, então, passaram a ser senhores de seus respectivos direitos, com as expectativas de serem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas. Diante desse fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário...E isso tudo agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, sem a consecução consistente de políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado, sem dúvida, maior judicialização dos conflitos (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Contra o processo autoritário*. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, V.40, abr. 2015, p. 47-65, p. 55)
- 6 Falando do assunto, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, afirma que essa insistência em estabelecer conceitos e definir institutos processuais estaria ligada aos velhos paradigmas pandeísticos da autonomia do direito e do papel sistematizante da ciência jurídica. Quase uma defesa contra o bartolismo, típico da tradição lusobrasileira, que era corrente na jurisprudência brasileira na época em que Buzaid elaborou o projeto, verificando-se então grande abertura para a doutrina nos pronunciamentos judiciais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Processo Civil Brasileiro e a codificação*. Palestra proferida em evento em homenagem a Paolo Grossi, realizado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010, p. 02).
- 7 Falando sobre o assunto, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro defende que o novo Código de Processo Civil foi elaborado, desde a sua primeira versão-anteprojeto apresentado ao Senado, e assim se manteve até final aprovação com a

Nesse contexto, elaborou-se, então uma nova codificação processual civil, aprovada em março do ano de 2015, entrando em vigor em 18.03.2016. Diversas foram as alterações⁸, destacando-se a previsão do art. 357, § 3º, CPC/15, um saneamento processual feito pelo juiz em cooperação com as partes nas causas que apresentem complexidade em matéria de fato ou de direito, denominado de “Saneamento Compartilhado”.

O objetivo precípuo do instituto processual em epígrafe é permitir que, diante de eventual complexidade em matéria de fato ou de direito, as partes, juntamente com o juiz, organizem o processo e elucidem suas alegações de modo a atingir a perfeita compreensão das circunstâncias nas quais a demanda se alicerça⁹.

O artigo se propõe, portanto, a analisar à luz da Tópica de Theodor Viehweg, o saneamento compartilhado, previsto no art. 357, §3º, CPC/15¹⁰, para identificar se o dispositivo se coaduna com a principal proposta da Tópica Jurídica, qual seja, conduzir o raciocínio jurídico a partir do problema posto.

Assim sendo, a problemática será desenvolvida em três tópicos. No primeiro, expor-se-á de forma sucinta as principais ideias aduzidas da Teorização de Theodor Viehweg, no segundo serão delineadas breves considerações a respeito do saneamento

finalidade de atender aos anseios da população em geral. Nesse cenário, priorizou a rapidez, a isonomia nas decisões de casos similares e a efetividade, sem descuidar das garantias processuais constitucionais, tendo com meta inafastável um resultado necessariamente justo. Para alcançar este desiderato, o novo Código de Processo Civil, logo no Livro I, criou uma parte geral com um título único, “Das normas fundamentais e da aplicação das normas fundamentais do processo civil e o segundo da aplicação das normas processuais”, contendo dois capítulos. O primeiro trata das normas fundamentais do processo civil e o segundo da aplicação das normas processuais. Esta importante inovação trouxe para a parte inicial do Código as principais garantias constitucionais que balizam o sistema processual, as quais passam a retratar a principiologia do novo Código de Processo Civil-ressalva merecer ser dada para o caráter não taxativo deste rol. Todos os demais livros, com seus respectivos títulos e capítulos, foram desenvolvidos a partir desses vetores normativos, podendo-se afirmar que existe uma relação direta entre eles (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al., (Coord.). *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 57- 97, p. 57).

- 8 Apenas a título de exemplificação, sem no entanto, desconsiderar a relevância das alterações não referenciadas nesta nota, pode-se mencionar: inserção de um modelo de precedentes (art. 926 e seguintes), inserção de um dever de cooperação entre as partes (art. 6º), reconfiguração do contraditório (art. 10º) e do dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 489, §1º e 2º), codificação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), do Incidente de Assunção de Competência (IAC), inserção da tutela de evidência no capítulo da tutela provisória, inclusão de um capítulo intitulado de “Normas Fundamentais do Processo Civil (Art. 1º ao 15), que além de reproduzir diversas normas previstas no texto constitucional de 1988, serve como norte interpretativo, dentre outros.
- 9 Explica Dierle Nunes e Natanael Lud Santos e Silva que o saneamento compartilhado permitiria às partes a obtenção de efetiva paridade e participação processual que culminaria em uma decisão final resguardada pelo necessário impedimento de surpresas processuais, que induziriam fomento da atividade recursal, retrabalhos pelos juízes (a serem compelidos a proferir várias decisões sobre o mesmo “objeto”) e aumento do tempo de tramitação processual (NUNES; Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 527).
- 10 Art. 357, § 3º, CPC/15: “3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

compartilhado e, no, terceiro e último, será analisado se o art. 357, §3º, se coaduna com os postulados da Tópica Jurídica.

Utiliza-se neste trabalho a metodologia dedutiva que parte de argumentos gerais para argumentos particulares. A princípio, “apresenta-se os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que estas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas¹¹”.

Assim, o raciocínio dedutivo explica o conteúdo das premissas, através do uso do silogismo, ou seja, parte de duas premissas, para retirar uma terceira, que decorre logicamente das duas primeiras, denominada de conclusão¹². O método dedutivo consiste, portanto, na racionalização ou combinação de ideias em sentido interpretativo, isto valendo mais do que a experimentação de caso por caso, onde a necessidade de explicação não reside nas premissas, mas na relação entre as premissas e a conclusão.

2. TÓPICA JURÍDICA: DO CONTEXTO HISTÓRICO À APONTAMENTOS GERAIS¹³

À época da Teorização da Tópica, os dois grandes vetores epistemológicos em ascensão eram o racionalismo e o empirismo. Por sua vez, dedutivismo e o indutivismo, destacavam-se como os dois principais métodos¹⁴.

No âmbito do Direito, as teorizações aventadas até então coadunavam-se com os postulados do Círculo de Viena, que, seguindo o método científico e o paradigma imposto pelos demais ramos do conhecimento, objetivava transformar o direito em ciência rigorosa, pressupondo, desse modo, a total eliminação dos problemas¹⁵.

A intenção desse movimento consistiria em divulgar uma nova concepção de mundo, oposta à filosofia idealista. Objetivar-se-ia, com isso, constituir uma ciência unificada, que reunisse todos os conhecimentos proporcionados pelas diferentes áreas

11 MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

12 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 1993

13 A análise a ser engendrada neste tópico é sucinta, apenas para expor, superficialmente, as principais teorizações da Tópica Jurídica de Theodor Viehweg. Não serão abordadas as críticas perpetradas em face da tópica. Uma análise detalhada da temática demandaria trabalho autônomo, precipuamente para este fim. Para maior aprofundamento no tema remetemos o leitor para a obra: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio do tradutor. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

14 Esses métodos propunham que a partir da observação e repetição dos diversos fatos particulares, chegaríamos aos conceitos universais com os quais teorias seriam criadas (Condé). Por exemplo: a partir de inúmeras observações, constata-se que água ferve a 100 graus e que, sempre nas mesmas condições, isso inevitavelmente ocorrerá. A ciência seria uma soma de enunciados deste tipo.

15 Viehweg considera a teorização proposta por Hans Kelsen como o grande último projeto positivista nos domínios da língua alemã. Para uma melhor compreensão das críticas de Viehweg à Kelsen, ver: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Tópica e argumentação jurídica*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004.

de conhecimento, eliminando a metafísica da estrutura do pensamento racional, haja vista, não se poder chegar ao conhecimento daquilo que estivesse além da experiência. A análise lógica seria, nesse sentido, fundamental à ciência.

Ademais, nessa perspectiva, a linguagem ganharia uma significativa importância. Seria, destarte, necessário estabelecer uma linguagem científica, já que o erro não estaria na ordem das coisas, mas, sim, na linguagem que a exprimiria defeituosamente.

Contudo, as novas constatações científicas e teorizações¹⁶e os desdobramentos advindos do pós-guerra mostraram ser o método de inspiração indutiva-dedutiva insuficiente¹⁷ a diversos segmentos científicos, incluindo Direito¹⁸. Nesse sentido, Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha assevera:

Em que pese os inegáveis avanços científicos e a irrefutável funcionalidade deste método, a promessa de progresso azedou. A par dos avanços tecnológicos que esse novo modo de vida proporcionou, vivenciamos exemplos de bestialidade em escala planetária, de que tomo como amostra apenas as duas grandes guerras mundiais, os regimes autoritários sulamericanos e o nazismo, os quais dizimaram milhões de pessoas em um curto espaço de tempo. A par do domínio humano do planeta, os avanços proporcionados pela ciência também colocaram em xeque a sua própria existência. O risco de exaurimento dos recursos naturais, a degradação em geral do meio ambiente, o risco nuclear, esses são apenas alguns dos poucos fatores que acompanham essa evolução científica. Esse quadro talvez autorize afirmar que a cientificidade do homem moderno não vem necessariamente acompanhada de um processo de humanização crescente. Essa imagem de crise, que aqui foi esboçada em poucas linhas, parecia sinalizar para o fato de que o método científico, de inspiração cartesiana, não se mostrava adequado a certas áreas do conhecimento, notadamente aquelas vinculadas à própria produção espiritual do homem, de que é exemplo o Direito¹⁹.

16 Cite-se, como exemplo: as teorizações propostas por Albert Einstein, que rompem, significativamente, com a física mecânica, de matriz, eminentemente empirista e o problema de Hume.

17 A insuficiência do método levou alguns empiristas a afirmarem que nem sempre seria possível demonstrar experimentalmente as leis científicas. Também esta insuficiência culminou em certos casos, na volta de alguns empiristas ao ceticismo, racionalismo e misticismo.

18 Em sentido semelhante manifesta-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior: (1979, p.2) [...] “O modo de pensar do cientista da natureza (e que atua como padrão mais ou menos acatado pela concepção vulgar da ciência) costumam (sic) ver, como tarefa científica básica, a descrição do comportamento dos objetos em determinado campo objetivo, a explicação deste comportamento e a criação de possibilidades de sua previsão [...] As ciências constroem, assim, teorias, isto é, sistemas axiomáticos que constituem hipóteses genéricas que se confirmam pelos experimentos empíricos, podendo, então servir de prognósticos para a ocorrência de fenômenos que obedecem às mesmas condições descritas teoricamente [...] Ora, diante da análise do comportamento humano, com uma enorme gama de possibilidades, de regularidade duvidosa, o estabelecimento de prognósticos alternativos, fundados cientificamente, revela dificuldades. as teorias das ciências humanas não só se prendem a determinadas épocas ou culturas, como também têm de levar em conta uma variabilidade que acaba por afastá-las do modelo científico das demais ciências

19 CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *A condução do raciocínio jurídico pelo problema como a grande contribuição da tópica para o direito*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3d3621cee6f49e93>> Acesso em: 21.jun.2020

Dessa forma, houve, então, uma alteração metodológica. O Direito tornou-se, menos rígido, as normas não mais dizem a priori qual o direito a ser aplicado, nem tampouco, determinam todos os passos da decisão. Não há que se falar em uma verdade indubitável e objetiva, mas, em verdades relativas ao sujeito que interpreta e aplica o Direito.

Bustamante ensina que o método jurídico se converteria em “os” métodos jurídicos. O conjunto de pautas ou instrumentos utilizados pelo intérprete para determinar o sentido das normas não seria visto mais como um único caminho que conduziria necessariamente a uma única solução. Operar-se-ia uma “trivialização” da lógica formal, pois a firmeza das regras da lógica não garantiria nenhuma certeza quando as premissas do raciocínio normativo se convertessem em contingentes e flutuantes.

A chave da prática jurídica não estaria mais na consciência cognoscente do sujeito individual que ponderaria argumentos objetivos com a balança segura de um método firme, mas na discussão entre sujeitos que postulariam por fazer valer sua interpretação e seu interesse²⁰.

A atividade jurídica passa, então, a consistir em um processo de justificação (argumentativo), ao invés, de ser meramente a aplicação de regras pré-fixadas. O direito aplicado ao caso sob análise deve ser determinado à luz do próprio problema apresentado e, não, mais em mera subsunção normativa.

A prática jurídica decisória não está primordialmente presidida por um raciocínio subjetivo, mas por um argumentar intersubjetivo²¹. É nesse cenário que se contextualiza, então, a Tópica de Theodor Viehweg.

2.1 Da tópica de Theodor Viehweg

A tópica caracteriza-se, precipuamente, pela condução do raciocínio jurídico a partir de um problema posto²². Theodor Viehweg inicia seus escritos fazendo menção a Vico, que, ainda no século XVIII, ao discorrer sobre os métodos científicos, classificou o método antigo como tópico-retórico e o moderno como crítico (cartesiano).

O método cartesiano (método moderno/novo) caracteriza-se por ter como ponto de partida uma premissa maior (verdadeira/ *primum verum*), sendo o raciocínio posterior desenvolvido por meio de longas cadeias dedutivas.

20 BUSTAMANTE, 2004, p.03.

21 AMADO, Juan Antonio García. Tópica, derecho y método jurídico. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 4, p. 161-188, 1987.

22 Há nesse ponto aproximação a teoria de Karl Raimund Popper, pois, para ele a ciência começaria e terminaria com problemas, o método científico consistiria na escolha de problemas interessantes e na crítica das permanentes tentativas experimentais e provisórias de solucioná-los. (POPPER, Karl R. *A lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. São Paulo: Cultrix, 7ª ed., 1997, p. 140-141).

O método retórico, por sua vez, assenta-se no senso comum que manipula o verossímil, contrapõe pontos de vista conforme os princípios gerais da retórica e sobretudo trabalha com uma rede de silogismos.

O método moderno é dotado de desvantagens como a perda em penetração (no objeto de estudo), estiolamento da fantasia e da memória, pobreza da linguagem, falta do amadurecimento do juízo, em uma palavra: depravação do humano²³.

Nesse sentido, Ricarlos Almagro Cunha defende que de fato, caso o *primum verum* fosse realmente um *verum*, o novo procedimento estaria marcado pela vantagem da agudez e da precisão. Por outro lado, se a adoção desse novo método não veio acompanhada dos resultados prometidos, então a proposta de Viehweg era retomar o método antigo - a tópica -, porquanto mais de acordo com a própria natureza do Direito. A sua adoção deveria ser ao menos considerada, no âmbito de uma tentativa mais abrangente de desenvolvimento de uma teoria da práxis, evitando as desvantagens do método cartesiano²⁴.

Assim sendo, para evitar as desvantagens (minimização das potencialidades da razão) do método novo se faz necessário retomar o método retórico, abandonando os sistemas simplesmente dedutivos que podem ser substituídos por uma trama de pontos de vista (*topoi*).

Para tanto, Viehweg resgata a tópica aristotélica que faz parte do *Organon*²⁵ e se situa no âmbito do dialético. O raciocínio dialético caracteriza-se pela discutibilidade dos argumentos utilizados e não pela certeza (argumentos dialéticos), também chamados de *endoxon*²⁶.

Já o raciocínio apodítico próprio do método cartesiano caracteriza-se por proposições (*apodexis*) que decorrerem de premissas primárias e verdadeiras, e, que tem credibilidade em si mesmas, e não por outras.

23 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 20-21.

24 CUNHA. 2013, p. 05.

25 Comentando a questão a partir da obra *Organon* de Aristóteles, Ricarlos Almagro Cunha afirma que tal método surgiu em um contexto em que eram comuns disputas públicas orais entre duas pessoas mediada por um árbitro. O debate começava com a fixação de um problema através de uma interrogação do tipo: É ou não verdade que tal coisa seja assim? É pior cometer uma injustiça ou sofrer uma? [...] Posto o problema, um dos interlocutores respondia a pergunta por meio de uma proposição que marcava a assunção de um dos termos da disjunção. Em seguida, o questionador dirigia ao adversário uma série de outras questões, também sob a forma de proposições, as quais, em seu acatamento ou refutação, constituíam premissas de um raciocínio que autorizava a afirmação da contradição em que incorreu aquele que respondeu, hipótese em que esse último saía derrotado (CUNHA, 2013, p. 06).

26 Explica Ricarlos Almagro (CUNHA, 2013, P. 06) que *endoxon* seria um termo normalmente traduzido como opinião, mas que deveria ser assumido como uma verdade provável acerca de algum objeto, verdade essa que estaria associada a uma aceitação subjetiva por parte de indivíduos ou coletividades. Daí a possibilidade de ser traduzido como verossímil, tal como justificado por Miguel Candel Sanmartín em sua tradução do *Organon*.

VIEHWEG lembrava que um exame mais profundo dos raciocínios dialéticos constituiria o objeto da tópica, levando à seguinte conclusão: de um ponto de vista formal, eles não se diferenciariam em nada dos apodícticos, seriam formalmente corretos. A distinção se daria pela índole de suas premissas, característica peculiar desse modo de pensar²⁷.

A tópica na lógica de Aristóteles não é, desta forma, um hábito de demonstrar a partir de causas necessárias e últimas (*episteme*), mas, um hábito de produzir uma decisão razoável (*techne*). A principal característica da tópica consiste em ser uma forma de pensar problemática ou aporética, voltada, precipuamente, para a uma situação da vida real.

Por aporia entende-se uma questão estimulante e ineludível, designa a falta de um caminho, a situação problemática que não é possível eliminar²⁸. Para ele, a aporia do Direito seria uma questão de saber o que é justo aqui e agora²⁹. Há que se ressaltar, porém, que é necessário distinguir as modalidades sistemática e problemática de pensamento.

Assim, explica Viehweg, partindo de Hartmann, que problema quer dizer toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há de levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Desse modo, qualquer problema só pode ser resolvido com referência a um sistema, ou seja, a um conjunto de deduções previamente dado, a partir do qual se infere uma resposta.

Resta clara a ligação entre problema e sistema, de modo que a diferença entre as duas formas de pensamento acima referidas (problemático e sistemático) é uma questão de ênfase³⁰.

Nessa perspectiva, se fosse colocada a prioridade em um sistema C, D ou E, cada um deles escolheria seus próprios problemas e abandonaria o resto. O modo de pensar sistemático parte do todo.

Destarte, nota-se, em VIEHWEG, que a concepção é o principal e permanece sempre como o dominante, não havendo necessidade de buscar um ponto de vista. O ponto de vista é adotado desde o princípio e a partir dele se selecionam os problemas. O conteúdo do problema que não se concilie com o ponto de vista [inicial] é rejeitado, de modo que se decide não sobre a solução do problema, mas sobre os limites dentro dos quais a solução pode se mover. Dessa forma, caso algum problema requeira solução não prevista no sistema, restaria sem solução.

27 VIEHWEG, 1979, p. 25.

28 VIEHWEG, 1979, p. 88.

29 VIEHWEG, 1979, p. 33.

30 BUSTAMANTE, 2004, p. 158.

Por outro lado, quando se raciocina a partir do problema, seleciona-se vários sistemas que podem auxiliar na solução do problema preliminarmente delineado. A escolha do sistema a ser utilizado para solucionar o problema decorre do próprio problema, a tópica não pode ser entendida se não se admite a sugerida inclusão em uma ordem que está sempre por ser determinada, ou seja, a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas³¹.

Nessa senda, Ricarlos Almagro Cunha pondera que no âmbito do pensamento problemático, o foco é completamente diverso, pois o acento recai sobre o problema, no sentido de buscar-se um sistema que ofereça uma possível solução para ele. Se a um determinado sistema ele não pode ser ordenado, então há que se buscar outro, enquanto a persistência do problema for verificada. Essa busca não restringe o tipo de sistema, pois o que interessa é que, se o problema é levado a sério, então há que ser encontrada uma solução para ele, o que autoriza uma abertura a modelos sistemáticos diversos³².

A tópica, então, consiste em encontrar as premissas que serão utilizadas no raciocínio jurídico, que se divide em dois momentos. O primeiro é o pré-lógico (busca as premissas) e o segundo é o propriamente lógico, de conclusão a partir daquelas premissas. O segundo só teria prioridade se o direito fosse construído a partir de um sistema normativo estável e axiomático, razão pela qual a tópica dedica-se apenas a primeira etapa, qual seja, a busca das premissas (*ars inveniendi*).

Há que se ressaltar, no entanto, que na busca das premissas é possível valer-se de pontos de vista aleatoriamente considerados (tópica de primeiro grau). A insegurança neste modo de proceder indica que sejam utilizados pontos de vista previamente fornecidos em um catálogo prévio (*topoi*).

Os *topoi* seriam pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade, funcionam como fórmulas de procura no sentido retórico³³. A utilização dos *topoi* caracteriza a tópica de segundo grau.

O catálogo de *Topoi* pode ser abrangente e, portanto, destinar-se a uma aplicação universal, ou podem os *topoi* ser específicos, porque voltados apenas a determinados círculos de problemas. De qualquer forma, nunca devem ser assumidos como algo petrificado, sendo mutáveis e prestando-se sempre por sua funcionalidade na condução do pensamento humano na busca por uma solução a problemas postos. Daí porque a flexibilidade do catálogo estar também relacionada às possibilidades abertas pela interpretação³⁴ (CUNHA, 2013, P. 382).

31 VIEHWEG, 1979, P. 35.

32 CUNHA, 2013, p. 08.

33 VIEHWEG, 1979, p. 104.

34 CUNHA, 2013, p. 03.

Ressalte-se, ademais, que como a tópica volta-se para o problema, o catálogo de *topoi* não deve ser abstratamente organizado, em uma tentativa de sistematizá-los, visto que recebem seu sentido a partir do problema concretamente considerado.

Os *topoi* não constituem um conjunto de deduções, recebem seu sentido a partir do problema, pois o modo de pensar problemático é esquivo às vinculações³⁵. Ainda que pelo *topoi* não se possa demonstrar por meio de um raciocínio apodítico a veracidade de uma afirmação, é possível que se chegue a afirmações plausíveis possíveis de serem resgatadas discursivamente.

Esse processo, ao contrário do que um crítico positivista poderia imaginar, não é completamente discricionário, mas informado por deveres comunicativos: quem se envolve em uma situação discursiva assume deveres, o que é bastante compreensível para o jurista prático. Tais deveres (de afirmação, defesa, fundamentação, esclarecimento, repartição do ônus da prova etc.) podem garantir suficientemente afirmações confiáveis, tornando cada vez maior o grau de justificação racional da conclusão obtida a partir da análise tópica³⁶.

Pelos *topoi* é possível, assim, que se chegue a um entendimento comum, não apenas, por veicularem uma opinião plausível, mas sim porque o raciocínio tópico no terreno do que é conforme às opiniões aceitas, pode-se aspirar a um efetivo entendimento e não a uma simples e arbitrária opinião, motivo pelo qual os *topoi* e os catálogos de *topoi* têm, em consequência, uma extraordinária importância no sentido da fixação da construção de um entendimento comum³⁷.

A tópica torna compreensiva toda a argumentação a partir da situação discursiva (perspectiva dialético retórica)³⁸. O pensamento jurídico possui uma estrutura tópica por pelo menos três razões: 1) a estrutura; 2) as partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições têm de ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele; 3) os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados em uma implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra forma de implicação deve ser evitada³⁹.

Nesse diapasão, a tópica substitui a lógica formal por um processo discursivo de construção de convencimento e de motivação de uma decisão judicial. A decisão

35 VIEHWEG, 1979, p. 38-41.

36 BUSTAMANTE, 2004, p. 160.

37 VIEHWEG, 1979, p. 38-41.

38 Explica Thomas Bustamante que é importante não associar a tópica às vertentes sofisticadas da Retórica, que antecederam Aristóteles e mereceram a pungente crítica de Platão. O discurso retórico que Viehweg abraça e pretende aplicar ao direito é submetido a certas regras básicas do jogo dialético (que inclui a exigência de uma concatenação logicamente correta entre as premissas no discurso prático), além de possuir um valor ético, haja vista que se orienta, sempre, para a idéia de justiça (aporia fundamental). (BUSTAMANTE, 2004, p. 164). Assim, a tópica de Viehweg difere em essência da retórica pré-aristotélica de conteúdo sofisticado.

39 VIEHWEG, 1979, p. 89.

jurídica provém de um discurso racional, haja vista que, na aplicação do direito, está sempre presente uma necessidade de fundamentação ou justificação⁴⁰.

Ela diminui a ênfase dada ao aspecto sintático e semântico para dar enfoque à dimensão pragmática da linguagem. Recupera, portanto, a perspectiva argumentativa, erigindo determinadas condições para o exercício da razão prática.

Sobre o assunto, Karl Larenz comenta da seguinte forma:

A idéia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a Viehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática⁴¹.

O direito, portanto, explica-se, em razão da necessidade de resolver casos concretos. Serve a tópica para que sejam encontrados argumentos aptos a serem utilizados na justificação concreta de uma decisão. O processo jurídico-decisório é na perspectiva tópica um procedimento dialogicamente considerado.

2.2 O Saneamento compartilhado: breves considerações

O Código de Processo Civil de 2015 fora elaborado com vistas a concretizar no âmbito processual os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988. Com isso, diversos institutos processuais foram reconfigurados e outros foram inseridos na legislação processual civil.

Dentre as diversas alterações, inseriu-se um capítulo de normas processuais fundamentais composto de 15 (quinze) artigos (do 1º ao 15). Abordando esse estudo das normas processuais fundamentais, Fredie Didier Júnior afirma que existe um conjunto de normas processuais que formam o que se pode chamar de Direito Processual Fundamental ou Direito processual geral. A norma é fundamental, porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis. Uma parte dessas normas fundamentais decorre diretamente da Constituição Federal é o que se pode chamar de Direito Processual Fundamental Constitucional. A outra parte decorre da legislação

40 FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 322.

41 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 211-212.

infraconstitucional, mais especificamente do Código de Processo Civil, que dedica um capítulo inteiro a essas normas⁴².

Nesse cenário, as normas fundamentais constituem um eixo normativo a partir do qual o direito processual deve ser interpretado, aplicado e estruturado. Dentre esse dispositivos, com vistas à implementação de um processo participativo com significativo respeito ao contraditório⁴³, merece destaque o art. 6º, CPC⁴⁴, que dispõe sobre a cooperação entre as partes do processo.

No que diz respeito à cooperação, tem-se que ela impõe deveres a serem cumpridos pelos sujeitos do processo, que se dividem em: deveres de esclarecimento, consulta, lealdade, auxílio e proteção. As partes e o juiz, devem cooperar para que sejam observadas as garantias fundamentais do processo. Não devem provocar dilações indevidas, atuando com boa fé.

Resumindo o assunto, Leonardo Carneiro Cunha assevera:

O princípio da cooperação estabelece como o processo civil deve estruturar-se no sistema brasileiro. A cooperação é um princípio que traz consigo um novo modelo de processo. O modelo cooperativo afasta-se da ideia liberal do processo, que tem um juiz passivo, responsável por arbitrar uma “luta” ou “guerra” entre as partes. O modelo cooperativo também se afasta da ideia de um processo autoritário, em que o juiz tem uma postura solipsista, com amplos poderes. Não se está diante de um processo cuja condução é determinada pela vontade das partes (processo dispositivo ou liberal), nem se está diante de uma condução inquisitorial do processo. O que há é uma condução cooperativa, com uma comunidade de trabalho, sem destaques para qualquer um dos sujeitos processuais. Há, em outras palavras uma comparticipação. O processo é, enfim, cooperativo. A paridade ou isonomia existe no momento da investigação, do conhecimento, da atividade desenvolvida ao longo do procedimento. A decisão é do juiz, mas é fruto de atividade processual em cooperação. O modelo cooperativo impõe deveres de conduta para todos os sujeitos processuais. As partes têm direitos, faculdades e ônus, mas, também deveres a serem cumpridos. O juiz tem poderes processuais, mas, também deveres ou poderes-deveres, que o fazem sujeito do contraditório⁴⁵.

Os deveres de consulta e o de auxílio são um dos que integram a cooperação. Requerem que o julgador garanta às partes a oportunidade de manifestação sobre qualquer questão de fato ou de direito. Antes de se pronunciar sobre qualquer questão

42 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 62.

43 Art. 10, CPC: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

44 Art. 6º, CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

45 CUNHA, Leonardo Carneiro. In: STRECK, Lênio Luis et. Al., (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43-44.

relevante, deve o juiz ou Tribunal dar oportunidade à previa discussão pelas partes, evitando as “decisões surpresas”.

Ademais, deve o órgão jurisdicional auxiliar as partes na eliminação de obstáculos que impeçam o exercício de direitos ou faculdades, bem como o cumprimento de ônus e deveres processuais. Daí afirmar-se, ser a cooperação⁴⁶ uma das formas de efetivação do contraditório.

Nessa trilha, Trocker entende que o princípio da cooperação se fundamenta nos princípios do contraditório, da boa-fé processual e do devido processo legal. Tais princípios fazem o juiz também sujeito do contraditório. O princípio da cooperação consolidou-se a partir do redirecionamento do princípio do contraditório.

A participação propiciada pelo contraditório serve não apenas para que cada litigante possa influenciar a decisão, mas também para viabilizar a colaboração das partes com o exercício da atividade jurisdicional. Em razão do contraditório, a atividade jurisdicional deve pautar-se num esquema dialógico, de modo a exigir que o juiz exerça a jurisdição com o auxílio das partes.

A decisão judicial não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo. Às partes confere-se oportunidade de participar da formação da decisão do juiz, suportando as consequências desfavoráveis do próprio comportamento inerte e negligente.

Em razão do princípio da cooperação, o juiz deixa de ser o autor único e solitário de suas decisões. A sentença e, de resto, as decisões judiciais passam a ser fruto de uma atividade conjunta. A aplicação do princípio da cooperação acarreta um redimensionamento da máxima *iura novit curia*, porquanto, cabe ao juiz pronunciar-se sobre a norma jurídica a ser aplicada ao caso depois de realizar o necessário diálogo com as partes⁴⁷.

Assim sendo, na perspectiva de um processo cooperativo, constitui-se, no art. 357, § 3º, CPC/15 o saneamento compartilhado. Aventa o artigo em epígrafe que se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes,

46 Explica Leonardo Carneiro da Cunha que cooperar entre si não significa unir-se a parte contrária, ajudá-la, mostrar-lhe simpatia, contribuir-lhe para sua atuação. Não se está diante de um compadrio ou de uma reunião de amigos. O termo cooperar pode causar essa errônea impressão. É por isso que há quem critique a cooperação no processo, afirmando ser uma utopia, um surrealismo ou uma ingenuidade...não é esse o sentido dogmático dos deveres de cooperação. Os deveres de cooperação surgiram no direito obrigacional, não eliminando a existência de interesses contrapostos entre os contratantes. Tais deveres destinam-se a regular melhor o comportamento dos sujeitos, evitando abusos de direito e tornando mais leal e mais ética a busca pelo resultado a ser obtido com o processo, seja ela obrigacional, seja ele jurisdicional (CUNHA, 2016, p. 44).

47 TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 683-684.

oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Não sendo o caso de julgar o processo no estado em que se encontra, passa-se à organizá-lo (fase de saneamento), preparando-o para a instrução e para o respectivo julgamento. Nessa etapa, além de se sanar eventuais vícios existentes, resolve-se as questões processuais pendentes, delimita-se as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, e as questões de direito relevantes para a decisão do mérito, bem como define-se a distribuição do ônus da prova.

Não se trata, dessa forma, de um único ato, praticado apenas na fase ordinatória do processo, mas, de uma sucessão de atos por meio dos quais o juiz busca determinar a correção de irregularidades existentes para que o processo chegue ao seu destino final.

O CPC/15 instituiu três tipos de saneamento. O primeiro previsto no §1º, do art. 357, CPC/15, assemelha-se ao que se denominava no âmbito do CPC/73 de despacho saneador. O juiz profere uma decisão, manifestando-se a respeito dos aspectos formais do procedimento, bem como indefere ou defere provas a serem produzidas. Caso as partes queiram, podem se manifestar no prazo legal de cinco dias solicitando ajustes ou esclarecimentos acerca de pontos com os quais não concordem⁴⁸.

A segunda forma de saneamento insculpida no § 2º, do art. 357, CPC/15, permite às partes que se antecipem à manifestação judicial e apresentem, desde logo, proposta de delimitação das questões fáticas e jurídicas, que uma vez homologada, vincula o magistrado e as partes⁴⁹.

A terceira forma, denominada de “saneamento compartilhado” e prevista no § 3º, art. 357 do CPC/15, aduz que, entendendo o magistrado ser a causa complexa, deve designar audiência específica para saneamento do feito em conjunto com as partes. A complexidade pode ser referente a aspectos fáticos e jurídicos. Uma vez designada a audiência, esta deve ser marcada com intervalo mínimo de pauta de uma hora entre as audiências (art. 357, § 9º, CPC).

Dessa forma, estando as narrativas das partes lacunosas, obscuras, ou, de qualquer modo de difícil compreensão, deve o juiz convocar as partes à integração e

48 Flávio Quinaud Pedron e Fernando Lage Tolentino, denominam esse despacho de despacho solipicista. PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Fernando Lage. *Esse estranho ilustre desconhecido: o Saneamento Compartilhado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-02/diario-classe-estranho-ilustre-desconhecido-saneamento-compartilhado>>. Acesso em: 03.08.2018 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-02/diario-classe-estranho-ilustre-desconhecido-saneamento-compartilhado>>. Acesso em: 03.08.2018.

49 Para Dierle Nunes e Natanael Lud Santos Silva o § 2º, do art. 357, CPC/15 traz à baila uma faceta da autonomia privada, dentro do perfil coparticipativo do Código de Processo Civil, ao permitir aos litigantes a já aludida apresentação ao juiz de uma delimitação consensual das questões de fato e de direito (pontos controvertidos) a serem elucidadas processualmente, sendo que tal delimitação, se homologada, vincula as partes e o julgador. Este dispositivo acompanha a tendência de valorização das negociações processuais, observadas nos artigos. 190, 191, e 200 (NUNES; Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos, 2016, p. 529).

ao esclarecimento de tais questões, devendo, ademais, colaborar, indicando aquilo que pretende ver integrado e esclarecido⁵⁰.

O saneamento compartilhado coaduna-se, portanto, com o princípio da cooperação previsto no art. 6º, do CPC/15. Talvez um dos melhores exemplos da aplicação do princípio da cooperação no Novo Código seja efetivamente a possibilidade de o magistrado, dependendo da complexidade da demanda, designar audiência para que “o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a participar ou esclarecer suas alegações⁵¹.”

No mesmo sentido são as lições de Fernando da Fonseca Gajardoni:

Já a segunda novidade é encontrada no art. 357, § 3º, que estabelece ser dever do juiz, nas causas de maior complexidade em matéria de fato ou de direito, designar audiência preliminar para que o saneamento e a organização do processo sejam feitos em cooperação com partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, as convidará a integrar ou esclarecer suas alegações. Tanto quanto o previsto no art. 357, § 2º, do CPC/2015, estamos diante de mais um negócio jurídico processual típico (previsto na lei como tal), para alguns plurilateral (dependente da convergência de vontades não só das partes, mas também do órgão julgador). A esperança é que o juiz possa, em debate franco e aberto com as partes, se esclarecer e ser esclarecido à luz dos deveres inerentes à cooperação (esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio), a seguir tomando todas as decisões sobre as questões processuais pendentes, questões de fato, provas que terão sua produção deferida, distribuição do ônus da prova e questões de direito relevantes para a decisão de mérito, junto com elas e seus advogados⁵².

Dessa forma, designada a audiência de saneamento compartilhado as partes devem levar para audiência os respectivos róis de testemunhas (art. 357, § 5º, CPC/15), para desde logo apresentem eventuais objeções e aclarem os pontos que, eventualmente, impedem que se chegue ao mérito da demanda⁵³.

50 Cássio Scarpinella Bueno entende que o art. 357, proveniente do Projeto da Câmara, vai muito além do tímido art. 331 do CPC atual, sabendo conservar o que de importante consta daquele dispositivo sobre a ordenação do processo, e propondo a prática de diversos atos no sentido de racionalizar a atividade jurisdicional incentivando a cooperação entre os variados sujeitos processuais, inclusive, a depender da complexidade do caso, em audiência especialmente designada para tanto (§3º). É o mote que justifica a nomenclatura da Seção, ‘Saneamento e organização do processo’, nome que em parte – e paradoxalmente – intitulava o art. 331 do CPC atual desde sua entrada em vigor (redação dada pela Lei n. 5.925/73) até o advento da Lei n. 10.444/2002, que a rotulou de ‘audiência preliminar’ (BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 266).

51 ALVIM, Rafael; MOREIRA, Felipe. *Saneamento Compartilhado no novo CPC*. Disponível em: < <https://cpcnovo.com.br/blog/saneamento-compartilhado-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 06.08.2018.

52 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O saneamento compartilhado no novo CPC*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-saneamento-compartilhado-no-nccpc-08082016>>. Acesso em: 06.08.2018

53 Explica Rafael Alvim e Felipe Moreira que com a possibilidade de se praticar atos processuais em efetiva cooperação, as partes, ainda que indiretamente, obrigam-se a não ter atitudes processuais posteriores contraditórias ao que foi acordado, sob pena de ferimento da boa-fé objetiva que deve nortear a sua conduta no âmbito processual (ALVIM e MOREIRA, 2018).

Em síntese, sendo a causa complexa⁵⁴, em matéria de fato ou de direito, então deve o juiz designar audiência para que a organização do processo seja feita em cooperação com as partes (art. 6º, 357, § 3º, CPC/15). Denomina-se essa hipótese de saneamento compartilhado.

3 O SANEAMENTO COMPARTILHADO: UMA APROXIMAÇÃO À TÓPICA JURÍDICA.

Conforme exposto em epígrafe, a tópica jurídica caracteriza-se como um modo de raciocinar juridicamente a partir do problema. O raciocínio jurídico é conduzido, portanto, pelo problema.

As vantagens desse modelo consistem em: abertura hermenêutica, foco no problema e solução da demanda não a partir de um critério apodítico, mas, a partir de premissas verossímeis e razoáveis. A tópica, destarte, introduz uma perspectiva argumentativa voltada para o caso concreto. O edifício jurídico explica-se em razão da necessidade de se resolver casos concretos⁵⁵.

Também fora exposto que por intermédio dos *Topoi* e dos catálogos de *topoi* é possível que se chegue a um entendimento comum. No entanto, o catálogo de *topoi* e os *topoi* não são sistematizáveis, ou seja, não são abstratamente organizados, já que recebem seu sentido a partir do problema. Não são assim um conjunto de deduções, já que o modo de pensar tópico é esquivo às vinculações. Ademais, tem-se que a aporia fundamental para a tópica é determinar o que é justo aqui e agora, ou seja, casuisticamente.

Retomadas, sinteticamente, tais premissas, passa-se, então, a expor as aproximações da tópica com o saneamento compartilhado do art. 357, § 3º, do CPC/15. Dessa maneira, como os *topoi* e os catálogos de *topoi* não são sistematizáveis, as hipóteses em que o juiz deve proceder ao saneamento compartilhado também não o são.

Note-se que o Código de Processo Civil apenas menciona que se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito deve o juiz designar audiência para que realize o saneamento em cooperação com as partes. A complexidade deve ser auferida em cada caso sob análise. O Código não fixou o que seria complexidade ou causa complexa.

A tópica conduz o raciocínio jurídico a partir do problema. No saneamento compartilhado é a partir do problema jurídico que o juiz, juntamente com as partes, fixa e delimita as questões de fato ou de direito para que posteriormente profira decisão sobre estes pontos.

54 Para o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), no entanto, o saneamento compartilhado poderia ser realizado independentemente de ser a causa complexa. É o que se extrai do enunciado 298: “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

55 AMADO, 1987, p. 164.

Como corolário da estrutura cooperativa do processo civil brasileiro (art. 6º, CPC), se a narrativa das partes se encontrar lacunosa, obscura ou de qualquer modo de difícil compreensão, tem o juiz de convidá-las à integração e ao esclarecimento (art. 357, § 3º, CPC), tendo o dever de colaborar indicando exatamente aquilo que pretende ver integrado e esclarecido. Tendo em conta que a colaboração é uma das normas fundamentais do processo civil brasileiro, o convite à integração e ao esclarecimento não está restrito à organização do processo em audiência-sempre que necessários, pode o juiz determina-los⁵⁶.

Nessa trilha, a tópica volta-se para a perspectiva argumentativa, traz para o direito, conforme aventado, anteriormente, condições para o exercício da razão prática e da racionalidade comunicativa. Pressupõe um procedimento racional para a construção das decisões jurídicas.

Os *topoi* impõem deveres comunicativos. Por sua vez o saneamento compartilhado, em virtude da cooperação entre as partes e o juiz, requer que todos os envolvidos no processo assumam deveres de afirmação, esclarecimento, fundamentação, para que se alcance a justificação racional da decisão de mérito. O art. 357, § 3º, CPC/15, permite uma discussão a partir do problema, de todos os aspectos de fato e de direito considerados relevantes para a decisão da causa.

Nessa direção, Lorena Miranda Barreiros afirma que:

O processo diante disso deve ser entendido como uma “comunidade de comunicação...ao longo de todo o procedimento, deve haver um debate, voltando-se também para o juiz e para todos os agentes estatais no processo. Os deveres de cooperação devem estar presentes em todas as situações jurídicas que compõem o processo, seja entre autor e réu, seja entre juiz e réu, seja entre juiz e perito, seja entre autor, juiz, e réu, etc. A necessidade de participação está presente na democracia contemporânea⁵⁷.

O saneamento compartilhado, ao voltar-se para o problema, orienta-se na busca de obter uma possível solução justa para o caso em análise, da mesma forma que a tópica se volta para a solução de sua aporia fundamental: saber o que é justo aqui e agora, ou seja, em cada caso concreto.

Assim como a tópica rompeu com o pensamento positivista até então dominante, o Código de Processo Civil de 2015, rompeu com a perspectiva do Código de 1973, de viés positivista. Pretende, portanto, o CPC/15 efetivar um processo participativo com vistas a adequar o direito processual ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ante o exposto, conclui-se, que o saneamento compartilhado aventado no art. 357, § 3º, CPC/15 aproxima-se, *prima facie*, da Tópica Jurídica de Theodor Viehweg.

56 MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 383.

57 BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos Constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 93.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta breve exposição foi analisar, sinteticamente, se o saneamento compartilhado disposto no art. 357, §3º, CPC/15, aproxima-se à Tópica Jurídica de Theodor Viehweg.

Primeiramente, expôs-se os principais aspectos da teorização de Viehweg. A Tópica Jurídica pressupõe um raciocínio jurídico voltado para o problema, e, volta-se para a solução de sua aporia fundamental, qual seja, identificar o que é justo aqui e agora, ou seja, em cada caso concreto. Nessa perspectiva, rompe com o paradigma fixado pelo positivismo que se apoiava em uma forma de racionar inversa à tópica: partia-se da norma jurídica pré-fixada para o problema (raciocínio eminentemente dedutivo).

Com um modo de raciocinar voltado para o problema e para a solução da aporia fundamental, a tópica utiliza-se de um topoi ou de um catálogo de topoi que são, em resumo, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita, com significativa importância no sentido da fixação da construção de um entendimento comum.

Nessa perspectiva, o processo jurídico-decisório é na perspectiva tópica um procedimento dialogicamente considerado. A tópica substitui a lógica formal por um processo discursivo de construção de convencimento e de motivação de uma decisão judicial.

Em seguida, foram expostas algumas breves notas a respeito do saneamento compartilhado do art. 357, § 3º, CPC/15. Tem-se, em síntese, que sendo a causa complexa em matéria de fato ou de direito, então deve o juiz designar audiência para que a organização do processo seja feita em cooperação com as partes.

Por fim, analisou-se o saneamento compartilhado à luz da tópica. Assim como os topoi e os catálogos de topoi não são sistematizáveis, as hipóteses em que o juiz deve proceder ao saneamento compartilhado também não o são. A tópica conduz o raciocínio jurídico a partir do problema. No saneamento compartilhado é a partir do problema jurídico que o juiz, juntamente com as partes, fixa e delimita as questões de fato ou de direito para que, posteriormente, profira decisão sobre estes pontos.

Os *topoi* impõem deveres comunicativos. Por sua vez, o saneamento compartilhado, em virtude da cooperação entre as partes e o juiz, requer que todos os envolvidos no processo assumam deveres de afirmação, esclarecimento e fundamentação para que se alcance a justificação racional da decisão de mérito. Assim, o art. 357, § 3º, CPC/15, permite uma discussão, a partir do problema, de todos os aspectos de fato e de direito considerados relevantes para a decisão da causa.

O saneamento compartilhado, ao voltar-se para o problema, orienta-se na busca de obter uma possível solução justa para o caso em análise, da mesma forma que a tópica se volta para a solução de sua aporia fundamental: saber o que é justo aqui e agora, ou seja, em cada caso concreto.

Desta forma, conclui-se que o saneamento compartilhado do art. 357, § 3º, CPC/15 aproxima-se, *prima facie*, da Tópica Jurídica de Theodor Viehweg.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Rafael; MOREIRA, Felipe. Saneamento Compartilhado no novo CPC. Disponível em: < <https://cpcnovo.com.br/blog/saneamento-compartilhado-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 06.08.2018.
- AMADO, Juan Antonio García. Tópica, *derecho y método jurídico*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 4, p. 161-188, 1987.
- BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos Constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Tópica e argumentação jurídica*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al., (Coord.). *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 57- 97.
- COURA, ALEXANDRE DE CASTRO; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. O que os direitos fundamentais têm a ver com a democracia à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas?. In: Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. (Org.). *Filosofia & Direito - ética, hermenêutica e jurisdição*. 1ed.Vitória-ES: Justiça Federal, 2014, v. 1, p. 21-52
- CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *A condução do raciocínio jurídico pelo problema como a grande contribuição da tópica para o direito*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3d3621cee6f49e93>> Acesso em: 21.jun.2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. In: STRECK, Lênio Luis et. Al., (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27-51.
- CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O saneamento compartilhado no novo CPC*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-saneamento-compartilhado-no-npc-08082016>>. Acesso em: 06.08.2018.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio do tradutor. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 1993.

- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- NUNES; Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Processo Civil Brasileiro e a codificação*. Palestra proferida em evento em homenagem a Paolo Grossi, realizado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010.
- PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Fernando Lage. *Esse estranho ilustre desconhecido: o Saneamento Compartilhado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-02/diario-classe-estranho-ilustre-desconhecido-saneamento-compartilhado>>. Acesso em: 03.08.2018.
- POPPER, Karl R. *A lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. São Paulo: Cultrix, 7ª ed., 1997.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Contra o processo autoritário*. Revista de Processo. São Paulo, RT, V.242, abr. 2015.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.





Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

**DA AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA
NO PROCESSO: ESTRATÉGIAS PARA
ATUAÇÃO EM AUDIÊNCIAS PÚBLICAS**

**THE EXPANSION OF DEMOCRATIC PARTICIPATION IN THE
PROCESS: STRATEGIES FOR ACTING IN PUBLIC HEARINGS**

Cláudia Albagli Nogueira

Professor at the Federal University of Bahia, Brazil.

Ph.D. at the Federal University of Bahia.

1. Introdução. 2. Democratização e legitimação no espaço processual - 3. Audiências públicas: um conceito jurídico-político - 4. Estratégias para atuação em audiências públicas; 4.1. Mapeamento de possíveis partícipes; 4.2. Interesses em discussão; 4.3. Alternativas de consensualidade - 5. Conclusão

Resumo

O trabalho apresenta uma análise de estratégias de atuação em audiências públicas observando aspectos como participação, interesses envolvidos e alternativas de consensualidade. Partindo-se da compreensão das audiências públicas como instituto jurídico-político de ampliação democrática dos processos e sua vocação para dar legitimidade social às decisões, observa-se neste artigo as possibilidades atuação para quem projeta as audiências, ou para quem defende interesses postos ao debate. Como metodologia foi usada a revisão de literatura do tema e a análise de casos

concretos. Conclui-se que as estratégias de atuação devem ser úteis para a superação da leitura da relação processual como algo exclusivamente de sujeitos em disputa para a ideia de construção plúrima de soluções, onde a decisão poderá ser a consagração desse processo comunicativo amplo, com a exposição de diferentes olhares sobre dilemas existenciais e éticos.

Palavras-chave: Democracia, audiências públicas, participação, processo, legitimidade.

Abstract

The article presents an analysis of action strategies in public hearings, observing aspects such as participation, interests involved and consensual alternatives. Starting from the understanding of public hearings as a legal-political institute for the democratic expansion of processes and its vocation to give social legitimacy to decisions, this article observes the possibilities of action for those who plan the public hearings, or for those who defend interests placed in the discussion. The methodology used was the literature review and the analysis of specific cases. It is concluded that the action strategies must be useful to overcome the reading of the procedural relationship as something exclusively of pair in dispute for the idea of plural construction of solutions, where the decision can be the consecration of this broad communicative process, with the exposition from different perspectives on existential and ethical dilemmas.

Keywords: Democracy, public hearings, participation, process, legitimacy.

1. INTRODUÇÃO

As audiências públicas foram tema da minha tese de doutorado publicada no ano 2020, que revisito neste artigo para abordar questões referentes a possíveis estratégias a ser adotadas por quem atua em processos com a sua realização. O propósito é sair da análise exclusivamente conceitual e discutir possibilidades de atuação nessas relações processuais, considerando que as audiências públicas podem ser etapas estratégicas para a obtenção de uma decisão favorável, para destravar eventuais obstáculos de consensualidade de partes ou de interesses contrapostos.

Além dos processos em que as audiências são condição obrigatória, há também aqueles em que as audiências funcionam como mecanismo de auxílio à formação da convicção judicial, coletando argumentos e opinativos técnicos determinantes à decisão. Em ambos, é de se perguntar como devem atuar aqueles que patrocinam os interesses em jogo, sejam advogados, sejam membros de carreiras públicas, que não raro são quem convoca à realização das audiências. Como agir diante dos eventuais participantes de uma audiência, compreender quem são os interessados na sua realização, que margem de diversidade se identifica nesse público, com que propósitos eles estão naquele espaço, quais interesses são defendidos e de que natureza são. Há, portanto, uma infinidade de elementos que podem e devem ser analisados como estratégia processual.

Depois, ainda, a observação em relação as possibilidades de consenso e de como amalgamar os interesses para soluções legitimadas. Estamos falando de um espaço de participação onde, a princípio, não há qualquer limite, onde cada pessoa

tem sua voz e pode ser ouvida¹. Perguntar-se como fazer da audiência um caminho de consenso de interesses e de legitimação de uma decisão pode ser fundamental para o êxito processual. Lembrando de que o habitual é a compreensão do processo como um espaço de disputa de interesses, e não um espaço de participação, de escuta, de democratização. Mais uma razão pela qual é proposto neste texto analisar esses aspectos da atuação do profissional.

O texto começa tratando sobre democratização e legitimação no espaço processual. Na sequência, traz informações sobre localização legislativa das audiências públicas, seu caráter consultivo e sua dupla vocação (substancial e procedimental). Por fim, aborda as estratégias processuais em relação às partes, aos interesses em debate e às possibilidades de consensualidade.

2. DEMOCRATIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO NO ESPAÇO PROCESSUAL

Um dos sintomas de nosso tempo é a condição do Poder Judiciário como protagonista das decisões de Estado. Aquilo que é um fenômeno debatido exaustivamente pelos juristas no Brasil, apresentando-se como um tema contemporâneo e sendo, para alguns, um sintoma da maturidade ou até mesmo da exaustão da teoria da separação dos poderes². Desde o século XVIII, com Montesquieu, a separação de poderes colocou-se como condição necessária à modernização do Estado e à definitiva superação dos regimes absolutistas que concentravam os poderes nas mãos de uma só pessoa ou família, sem o fator de legitimação popular. Desde que se propagaram as teses da divisão e distribuição de poderes e que a existência de um Judiciário independente se tornou realidade, há uma busca pela compreensão de qual o espaço e o papel do Judiciário. Ao longo do tempo, a resposta a essa questão vem transmutando-se e, desde os anos 90 até esta primeira quadra do século XXI, o que se observa é um Judiciário cada vez mais ativo e determinante para o destino dos Estados, além de responsável por decisões fundamentais para a sociedade.

Contudo, esse papel central também impõe pensar os limites de atuação do Poder Judiciário, bem como quais as reais repercussões desse protagonismo frente ao

1 Um exemplo interessante da amplitude democrática de uma audiência pública aconteceu ao longo do processo de licenciamento do Porto Sul, obra a ser realizada no litoral norte de Ilhéus, mas que impacta em diversas cidades da região sul da Bahia. Quando realizada a audiência pública, assinaram a lista de presença 3.778 pessoas, havendo mais de 200 perguntas encaminhadas aos técnicos e responsáveis presentes, com duração de 14 horas. Ao final, o IBAMA recebeu oitenta e um documentos para análise e concedeu mais 15 dias de prazo para encaminhamento de novos documentos ou dúvidas da comunidade. À época o superintendente do IBAMA na Bahia, Célio Costa Pinto, comunicou ter sido aquela a maior audiência pública já realizada no Estado da Bahia. Cf. ABES. Audiência pública do porto sul teve número recorde de participantes. Disponível em: <http://www.abes-mg.org.br/visualizacao-de-clipping/ler/2694/audiencia-publica-do-porto-sul-teve-numero-recorde-de-participantes>. Acesso em: 1º ago. 2021.

2 TATE, Neal. Why the expansion of judicial power?. In: *The global expansion of judicial Power*. Edited by Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University, 1995.

equilíbrio dos demais poderes e do funcionamento do Estado. Entre outros debates está a questão de um possível excesso de poder em mãos dos juízes, como decorrência de fatores externos (instituições políticas, estrutura do estado, regras) ou fatores internos (perfil dos próprios juízes)³. Esse é um dilema do funcionamento do Judiciário, que não parece perto de ser solucionado; pelo contrário, é tema que cada vez mais provoca calorosos debates.

Na esteira das medidas pensadas para reequilibrar a relação de poderes e para consolidar o perfil democrático do Judiciário, está o incremento do viés participativo, que leva a sociedade para perto do Poder e usa dessa aproximação como meio de legitimação das decisões judiciais, especialmente aquelas de amplo impacto, que alcançam um extenso espectro da sociedade.

É bom lembrar de que, já na segunda metade do século passado e principiar do século XXI, ressurgem nas teorias democráticas a questão participativa da sociedade e o papel da norma como conciliadora entre a estrutura administrativa e a complexidade social. A multiplicidade das demandas impede que modelos previamente elaborados sejam satisfatórios e, naturalmente, sente-se a necessidade de ampliar a participação social como forma de complementar o ciclo político-jurídico inaugurado pelo modelo constitucionalista de Estado⁴.

Quanto mais a sociedade ingressa como parte do processo de formação da vontade do Estado, maior é a probabilidade de legitimação das decisões e, diante de um Judiciário que precisa justificar seu protagonismo, nada mais conveniente do que mostrar-se aberto à escuta das demandas sociais através de um mecanismo de pluralidade interpretativa, como é a audiência pública. Essa compreensão conecta-se diretamente com a ideia de pluralidade de intérpretes, trazida por Peter Häberle em sua “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”⁵. A mesma ideia se extrai deste trecho de uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF):

A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição [...]. Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações

3 Kapiszewski, D. (2010). How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In J. Couso, A. Huneeus, & R. Sieder (Eds.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America* (Cambridge Studies in Law and Society, pp. 51-77). Cambridge: Cambridge University Press. doi: 10.1017/CBO9780511730269.003

4 AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 101

5 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”.⁶

Se ao acatar mecanismos participativos o Judiciário colabora para o amadurecimento do Estado democrático de direito e para a legitimação das suas medidas, é preciso reconhecer o papel essencial dos processos como espaço de criação e produção de direito que pode se mostrar adequado por resguardar a participação democrática dos indivíduos, isolada ou coletivamente, sendo os interessados convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a ser empregados para atingir essa finalidade⁷.

É expressão do Estado democrático de direito pelo feixe de garantias a ele associadas e pelo reconhecimento de um espaço não de apenas simples aplicação do direito, mas também de compreensão (como vivência da norma) e criação do Estado-juiz sob os limites e possibilidades assegurados e materializados no devido processo legal. Willis Santiago Guerra Filho⁸ destaca que é pela processualização que deixamos de ter respostas já dadas para termos respostas construídas. Não haveria uma verdade ou decisão já pronta, escondida no processo; a verdade se dá na construção e desenvolvimento do processo, daí apresentar-se o espaço processual como verdadeiro reforço ao Estado democrático de direito e a colocação de argumentos como caminho salutar para esta realização.

Mecanismos de abertura processual têm sido criados, adequando gradualmente o formalismo dos procedimentos à conjuntura democrática da ordem jurídica atualmente vigente. São novos modos de participação nos processos constitucionais que permitem a pluralização dos sujeitos processuais e, por conseguinte, da própria interpretação da Carta Magna brasileira. As audiências públicas são exemplo disso, conforme será analisado na sequência.

Assim, a abertura democrática do Judiciário é um significativo indicativo de mudanças empenhadas no direito brasileiro a partir da Constituição de 1988, tendentes a demonstrar a indispensabilidade do Judiciário para a existência e preservação do Estado constitucional. Quanto maior o espaço de participação, maior a possibilidade de se falar em legitimação, porque a decisão judicial deixa de ser apenas fruto da autoridade do Estado, aproximando-se das expectativas sociais.

José Joaquim Calmon de Passos, tratando da relação entre direito, democracia e liberdade, afirma que a efetividade da cidadania somente se alcança na luta política, portanto, na participação pessoal dos indivíduos nas decisões do Estado. Diz: “Não se

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Plenário de 29.05.2008. p. 274-275. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 1º jul. 2021.

7 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 80.

8 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 169.

é o cidadão que o formal jurídico diz que somos, sim o que logramos ser de fato pelo respeito imposto ao poder político institucionalizado”⁹. Calmon de Passos defende que a universalização da participação é que daria plenitude à democracia real, busca constante dos indivíduos, compreendendo-se as audiências públicas como uma forma possível de materialização desse horizonte.

Não se pode negar as carências ainda existentes, tanto na população, que é pouco consciente da sua força e capacidade de transformação política, como do Estado, que não define regras claras para essa vinda da sociedade ao processo e acaba por dificultar a sedimentação de uma cultura democrática na sociedade pátria. Esses percalços apresentados são mais uma razão para o prosseguimento do papel ativo do Judiciário, que pode e deve capitanear esse processo e contribuir para a aderência de outros sujeitos, suprimindo assim as deficiências do próprio sistema.

A democratização e a participação importam na emancipação do indivíduo, na sua capacidade de optar livre de toda coerção, bem assim na solidariedade, como decorrência da nossa capacidade de interação com o outro, nosso semelhante. A emancipação deve ser feita sem que se anule o outro, exercendo a liberdade no limite do respeito a ele. São marcas política e ética da democracia participativa, concretizando a mitigação dos monopólios da interpretação jurídica.

A questão que mais à frente se explora é como as audiências públicas funcionam e se efetivamente propiciam esse lugar de escuta e de construção de decisões socialmente legitimadas. Também são feitas observações quanto à percepção, quando da atuação em processos com audiências públicas, sobre quem são os partícipes, como garantir a condição dialógica, como garantir a identificação e a abordagem dos interesses em debate, assim como a capacidade de propor alternativas de consensualidade.

3. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: UM CONCEITO JURÍDICO-POLÍTICO

A definição e compreensão das audiências públicas não é tarefa das mais fáceis. Primeiro, pela escassez de literatura sobre o tema, que, embora seja de grande relevância, somente ganha realidade prática a partir da Constituição de 1988 e, por isso, não encontra muitos trabalhos. Depois, as audiências públicas, mesmo quando previstas na legislação, não foram imediatamente realizadas, pelo que, no caso dos processos do STF, por exemplo, é possível contabilizar o número de audiências públicas realizadas.

9 Diz ainda o autor: “Liberdade e cidadania são sempre frutos de confronto permanente entre indivíduos, grupos, instituições. Daí a impossibilidade de se buscar segurança no formal. Só instrumentos efetivos que assegurem poder de decisão a muitos, a informação de todos e o controle social do exercício do poder outorgado amplia o espaço de liberdade e cidadania. E se o direito é o único instrumento formalizador das regras dessa pugna, também o processo de produção do direito tem que se destecnificar cada vez mais e se politizar progressivamente no sentido da universalização da participação.” *In*: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 282.

As audiências públicas estão previstas em inúmeras legislações brasileiras, aqui organizadas a partir de três diferentes situações¹⁰:

1) Audiências públicas no âmbito de processos administrativos – Leis n.º 9.784/99 (processo administrativo), n.º 8.987/95 (concessão e permissão para prestação de serviços públicos), n.º 9.427/96 (regime de concessões de serviços de energia elétrica), n.º 9.476/97 (organização da seguridade social), n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e a mais recente lei, a de n.º 14.133/2021 (nova lei de licitações e contratos);

2) Também o Ministério Público pode convocar audiência pública, no interesse da defesa de direitos, de acordo com o que dispõe a Lei n.º 8.625/93;

3) Audiências públicas no âmbito dos processos constitucionais – na ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, com base na Lei n.º 9.868/99; e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, Lei n.º 9.882/99. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, regulada pela Lei n.º 11.063/2009, que alterou a Lei n.º 9.868/99 para incluir os arts. 12-A a 12-H, também passou a admitir a realização de audiências públicas, uma vez que o art. 12-E determina a aplicação das disposições referentes a ação declaratória de inconstitucionalidade no que couber à ação direta por omissão¹¹. Por fim, considera-se admissível a realização de audiências públicas nos recursos extraordinários, não obstante não haja previsão legal expressa, nas situações que reconhecida a repercussão geral da matéria discutida¹².

Como é perceptível, temos três situações de modelos processuais distintos onde se admite a realização de audiências públicas. Nos processos administrativos, as audiências públicas são em regra condição *sine qua non* para a realização de obras públicas e/ou concessão de serviços públicos. Portanto, se não realizada a audiência pública, passa o processo a estar eivado de vício formal, com as consequências cabíveis a cada situação.

Já no caso da previsão das audiências convocadas pelo Ministério Público, trata-se de decisão do *Parquet* e serão realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Terão por finalidade

10 A indicação dessas situações leva em consideração as legislações federais. Pode haver leis estaduais ou municipais que igualmente prevejam a realização de audiências públicas, inclusive em respeito ao chamado princípio do paralelismo das formas. Assim como, a previsão de audiências públicas em sede de regimento interno, como é o caso das audiências nos processos legislativos. Ou, ainda, através de resolução, como na hipótese de licenciamento ambiental previsto na Resolução n.º 09/87 do CONAMA. Sobre isso, cf. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução nº 9, de 3 de dezembro de 1987*. Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Publicação DOU, de 05/07/1990, pág. 12945. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>. Acesso em: 2 ago. 2021.

11 NOGUEIRA, Cláudia Albagli. *Institucionalização da ética no espaço procedimental-discursivo: um estudo das audiências públicas do STF*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 57.

12 São exemplos de recursos extraordinários onde realizou-se audiências públicas os processos RE n.ºs 581.488, 64/320, 586.224 e 627.189.

coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem a decisão do Órgão à matéria objeto da convocação. Recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público emitiu uma resolução¹³ que regulamenta a realização das audiências públicas pelo MP e complementa a legislação federal mencionada.

Por último, as audiências no âmbito dos processos constitucionais que foram pensadas com o intuito de munir os ministros do Supremo Tribunal Federal de elementos complementares. A audiência pública é um segundo instrumento de abertura nos processos constitucionais (o outro seria o *amicus curiae*), com a peculiaridade de implicar a participação de entidades, técnicos e cidadãos que não são bacharéis, que ali estão como membros da sociedade, o que demonstra a amplitude do recurso a informações adicionais que municiem a formação da convicção dos ministros do STF¹⁴.

Indica que o formalismo processual vem sendo repensado, especialmente para que haja abertura à sociedade e sua participação no processo. Acresce o fato de isso ocorrer pelo espaço discursivo, portanto, na interpretação e argumentação em torno da situação tratada com uma riqueza argumentativa que pretensamente auxilia na compreensão das situações jurídicas e na busca de decisões legítimas. Passa a sociedade a ser mais do que mera receptora da decisão judicial, como também colaboradora, conformadora.

As audiências públicas, em qualquer das circunstâncias indicadas, possuem caráter consultivo e não deliberativo, o que significa dizer que as manifestações realizadas e informações produzidas não vinculam o processo em que foram convocadas¹⁵. Em estudo sobre os dez anos de realização das audiências públicas¹⁶, pesquisadores identificam que duas são as motivações da consulta realizada através das audiências públicas: primeiro, a motivação política, que é a ampliação da participação da sociedade e maior garantia de legitimação da decisão, valorizando a dimensão procedimental do instituto jurídico; e segundo, a motivação de suprir o que eles chamam de “déficit epistêmico” dos tomadores de decisão que estão obrigados a se posicionar sobre questões que não são propriamente jurídicas, compondo a dimensão substancial do instituto jurídico, já que interessa responder em conteúdo às demandas em que ela acontece. Em ambos os casos a participação da sociedade é com finalidade meramente consultiva.

13 BRASIL. Ministério Público Federal. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n.º 207, de 5 de março de 2020*. Altera a Resolução nº 82, de 29 de fevereiro de 2012, que dispõe sobre as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-207-1.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2021.

14 NOGUEIRA, 2020. p. 57.

15 FONSECA, Igor Ferraz; RESENDE, Raimor Rodrigues; OLIVEIRA, Marília Silva de; PEREIRA, Ana Karine. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo Federal. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 64, p. 7-29, jan./mar. 2013.

16 LEAL, Fernando; HERDY, Raquel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018.

Além de consultiva, as audiências públicas são pontuais, ou seja, não são perenes, diferenciando-se, por exemplo, dos conselhos gestores. Estão relacionadas a processos decisórios que, uma vez findados, extinguem o auditório organizado para tanto. Poderia ainda indicar a questão de serem as audiências públicas presenciais, porque assim eram até o ano de 2020. Com a pandemia, contudo, passou a admitir-se a realização de audiências públicas por meio virtual.

Outro ponto ainda na compreensão do instituto jurídico-político, é que através dela o julgador se vale de um raciocínio indutivo, diferente do modelo tradicionalmente aplicado no direito, que é o dedutivo. Indutivo porque vem de argumentos derivados de situações particulares, construindo na intersubjetividade desses argumentos a base para a decisão judicial, a qual formulará norma geral para situações semelhantes. A inversão de um raciocínio dedutivo (do geral para o particular) para um raciocínio indutivo (do particular para o geral) também decorre do caráter consultivo já posto no parágrafo anterior. O que pode e será discutido mais à frente é sobre qual a real medida da influência dessa consulta para o produto decisão, mas isso é outra questão.

A audiência pública, tal como se apresenta nas legislações citadas, qualifica-se pela participação efetiva do público no procedimento, através da consulta, e como parte na conformação do sentido jurídico, caracterizando verdadeira materialização do princípio participativo. É mais um elemento resultante do Estado democrático de direito e que tem a pretensão de concretizar o sentido de justo pela ampliação do espaço de participação social. O Estado constitucional democrático é a realidade fundamental para movimento jurídico como esse, que pretende ampliar a efetiva cooperação da sociedade no processamento judicial das questões¹⁷.

A audiência pública gera poder através da comunicação, da possibilidade do exercício livre do discurso e da participação direta nas decisões do Estado, fazendo frente ao poder administrativo racionalizado em decisões que se valem de normas estabelecidas e de políticas escolhidas.

4. ESTRATÉGIAS PARA ATUAÇÃO EM AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A atuação em processos que têm como uma das etapas a realização de audiências públicas exige, de quem atua como partícipe ou no patrocínio de uma das partes, a sensibilidade para compreensão do que representa esse espaço de participação e como pode ele ser estratégico para resultados satisfatórios, para não ficar apenas na leitura de ganho de causa. Ainda na introdução fora mencionado de como no direito somos habituados a pensar o processo como espaço de disputa de interesses e a sentença como aquilo que porá fim ao conflito. Os arranjos processuais que foram gerados pela maturidade constitucional colocam outras possibilidades de relações processuais, seja

17 NOGUEIRA, 2020. p. 60.

pela complexidade das demandas, seja pela diversidade dos interesses, de modo que o processo passa a ter uma dimensão que vai além da simples disputa para falar em inclusão democrática.

Nesse cenário e tendo como objeto de estudo as audiências públicas, é preciso pensar táticas de atuação que possam fazer da democratização do processo um ganho para além da própria abertura, compreendendo quem são os potenciais partícipes dessa abertura, que interesses serão postos à mesa e como a partir disso construir caminhos mediadores que conduzam à solução que melhor se apresente diante da situação concreta.

No começo do texto, mencionamos a audiência do Porto Sul, realizada no ano de 2011, com a participação de três mil pessoas. Atuar em um processo como esse exige do profissional do direito a sensibilidade em identificar quem é essa multidão de interessados, que demandas se cruzam em suas falas e como estrategicamente atuar para buscar intermédios que não anulem o viés participativo e projetem a eficácia do resultado.

Para pensar essas estratégias, analisaremos três aspectos diferentes da atuação em audiências públicas: mapeamento de possíveis partícipes, identificação de interesses em jogo e alternativas de consensualidade.

4.1 Mapeamento de possíveis partícipes

Sendo as audiências públicas instrumento de participação, uma das coisas mais importantes é compreender quem serão esses possíveis atores quando convocadas. Esse aspecto vale não só para quem eventualmente atua como defensor de uma das partes, mas também para quem é responsável pela elaboração dos documentos de realização das audiências (editais, ofícios). Aliás, esse é um dos pontos fruto de críticas pela ausência de clareza das regras, ou seja, em nenhuma das legislações existentes está dito como se garantirá a diversidade de participação.

Começamos, portanto, por esse ponto da diversidade de participantes em uma audiência pública. Se o instituto é para garantir o viés participativo nos processos judiciais, administrativos e legislativos, o que se espera é que essa diversidade esteja contemplada a partir da tríade que reúne a publicidade, a inclusão e a efetividade.

A observação dos possíveis partícipes implica, primeiro lugar, em observar como se deu a publicidade da audiência pública. Por qual instrumento, com que antecedência e através de que meios de divulgação. É elemento dos mais importantes para que se garanta a efetiva participação dos interessados e para que a partir disso possa mensurar-se quem são os potenciais colaboradores. Na recente resolução n.º 207/2020 do Conselho Nacional do Ministério Público¹⁸ vê-se essa preocupação, quando em seu

18 BRASIL, 2020.

art. 1º está posto que a convocação das audiências públicas pode ser por Diário Oficial, sítio eletrônico do órgão Ministerial, nas redes sociais e afixado na sede do órgão, com antecedência mínima de 3 dias.

Quanto mais bem organizado o desenho institucional das audiências públicas, melhor será a sua publicização e, por decorrência, a garantia de diversidade de participação. Constar nos instrumentos de publicidade elementos como normas das audiências, data, hora, local, possibilidade ou não de réplica e tréplica, são dados que aumentam a margem de segurança e conhecimento de quem pretende participar¹⁹.

O segundo ponto é a questão da inclusão. Muito se tem visto em audiências públicas realizadas Brasil afora, aqueles que atuam na defesa de interesses em jogo trabalham para limitar o ingresso de pessoas no local da audiência pública, ou até garantir a ocupação do espaço com pessoas “aliadas” como forma de impedir o debate que é esperado de um instrumento de participação popular. Equivocada tática; a diversidade de partícipes significa a diversidade de informações que podem ser estratégicas para etapas posteriores do processo, além de um aprofundamento qualitativo da democracia²⁰.

As audiências públicas, se bem compreendidas e utilizadas, podem ser um importante recurso para efetividade processual e para colocar em diálogo interesses aparentemente díspares. A amplitude da escuta social é diretamente proporcional à possibilidade de equacionar as questões que representem obstáculo à consensualidade, ou que signifiquem ponto crucial a ser respondido na decisão judicial. Assim, em termos estratégicos, podemos dizer que o caminho é operar formas de garantir a maior inclusão possível.

Neste item, uma das observações é quanto à natureza desses partícipes²¹. O mais comum é estarem nas audiências técnicos e peritos especializados nos temas de debate, ou formas de representação da sociedade organizada, como associações, sindicatos ou conselhos profissionais. O cidadão comum, que não se encaixa em nenhuma dessas hipóteses, muitas vezes acaba não alcançando o espaço da audiência pública e sendo alijado de uma possível colaboração. Tanto assim que se discute se essa participação majoritariamente técnica não seria mais uma razão de seletividade do que de inclusão²².

Por último, ao pensar em participação, pensamos também em efetividade do instrumento participativo. Como relacionar a diversidade de participantes com os resultados obtidos a partir de uma audiência pública? Ou, há uma relação possível entre

19 FONSECA, Igor Ferraz *et al.*, 2013.

20 FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Lucci de. STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista. *Lua Nova*, São Paulo, v. 88, p. 429-469, 2013. p. 431.

21 SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan./abr. 2017.

22 LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018. p. 339.

participação e efetividade das decisões originadas de processos em que audiências públicas foram realizadas?

Parte do que são possíveis respostas a essas perguntas foi colocada no começo deste item, ao falar do fator publicidade das audiências públicas. Nessa parte foi mencionada a questão do aprimoramento do desenho institucional. Institucionalidade deve aqui ser compreendida como as regras de funcionamento da audiência pública. Quanto mais clara, objetiva e de acesso de todos, maior a efetividade do instrumento participativo. Isso, inclusive, pode ser objeto de questionamento se algum interessado entender haver prejuízo pela ausência da institucionalidade necessária.

Depois, a eficiência interna dos mecanismos de coordenação e participação como forma de ampliar a efetividade das audiências públicas. Avaliar quem vai atuar, quais os recursos mobilizados por governo e sociedade, assim como quais as relações de poder estabelecidas, são exemplos de pontos a serem considerados para mensurar a efetividade da participação para os resultados obtidos no processo a partir da realização da audiência pública. A garantia de condições mínimas de igualdade e não coerção dos participantes do processo livre de argumentação.

4.2 Interesses em discussão

Uma segunda estratégia de atuação nas audiências públicas está em entender quais são os interesses postos a partir da ampliação do debate. Pela multiplicidade e diversidade, deve-se focar mais no que se precisa descobrir do que no que já se sabe, identificando os interesses que são essenciais, os que são importantes e aqueles que são desejáveis.

A pergunta é por que aquelas pessoas estão na audiência pública, o que as levou ali foram interesses econômicos? Culturais? Educacionais? De reconhecimento? Identificar esse espaço de compreensão do que há por trás da presença desses sujeitos para, a partir disso, melhor prospectar modos de negociação e consensualidade. Ou, no caso de quem deva decidir, prospectar saídas que se legitimem por dialogar com as demandas dos partícipes.

Quando se fala em interesses essenciais, deve-se pensar naqueles que, se não contemplados, não gerariam um acordo em torno da decisão, não haveria legitimação da solução a ser apresentada no processo. São os interesses inexcusáveis, que devem ser necessariamente postos à discussão, buscando forma que os contemple na solução proposta. Já os interesses importantes são os que têm peso grande, que são também relevantes à consensualidade. E, por fim, os interesses desejáveis, aqueles que estão na ordem das expectativas, mas que não têm a mesma relevância dos interesses essenciais e importantes²³.

23 INTERESTS behind negotiation positions. [S.l.; s. n.], 2016. 1 vídeo (3 min). Publicado pelo canal Willian Ury. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vdA2wecb4k0>. Acesso em: 2 ago. 2021.

Numa preparação para atuar em audiências públicas, é essencial que se compreenda a ordem dos interesses que serão postos em debate, como realizar a escuta do auditório de partícipes sem tratar todos os interesses da mesma forma. Muitas vezes esse processo de escuta, considerando as singularidades do que está sendo tratado, propicia que concessões sejam feitas por partes interessadas, chegando-se a boas decisões processuais. No caso da audiência do Porto Sul, por exemplo, eram interesses essenciais as questões ambientais que envolviam o projeto apresentado. Entre os interesses importantes estavam as questões econômicas, incluindo o direito de propriedade de quem seria alcançado pela obra. E, entre os desejáveis, estavam as possíveis contrapartidas de empregabilidade das comunidades, preservação de aspectos culturais e sociais.

A consideração dos interesses não pode ser aleatória e deve tomar uma linha-limite (no caso a solução do conflito que se põe) que leve à especificação do que é essencial, do que é importante e do que é desejável, possibilitando assim um progresso do método de coordenação dos partícipes envolvidos. É esta avaliação relevante para se falar em sucesso do mecanismo da audiência pública, ou seja, a existência da linha-limite à colocação dos interesses, e a certeza de que, dentro do possível, serão ventilados pela oportunidade de formulação no âmbito do espaço procedimental.

Mais uma vez ressalta-se que a não coerção é premissa inexorável do processo argumentativo, sendo que deve funcionar à luz da busca cooperativa da satisfação dos interesses, onde os sujeitos participantes do processo tenham igual respeito e consideração, colaborando equitativamente para a formação da decisão²⁴.

4.3 Alternativas de consensualidade

Após analisar partícipes, identificar e classificar interesses, o próximo passo na estratégia de atuação é pensar e apresentar alternativas para a decisão que possam assegurar o mínimo de consensualidade esperada. Ao atuar em um processo que foi mediado pela realização de audiência pública e, por consequência, um processo em que a extensão do espaço processual foi severamente ampliada, a busca do consenso e legitimação da decisão passa a ser algo que deve ser cuidadosamente planejado para que propostas sejam apresentadas nas fases subseqüentes do processo, seja ele de que natureza for.

O estudo do instrumento das audiências públicas e o seu recurso como meio para aprimoramento da decisão a cargo de um gestor ou de um juiz permite afirmarmos o consenso como objetivo ideal da decisão. É requisito a ser posto na perspectiva da abertura e funciona como ideia reguladora para procedimentos discursivos tendentes à solução de conflitos²⁵. Dessa maneira, aqueles partícipes do processo que pretendem

24 HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.431.

25 NOGUEIRA, 2020. p. 93.

colaborar com argumentos devem assumir uma posição eticamente responsável de busca do consenso, indicando saídas processuais que atendam ainda que parcialmente os interesses colocados ao auditório. Ao invés da disputa pelo melhor argumento, pela vitória dos interesses pessoais, o jogo de argumento a argumento para alcance do consenso e legitimidade da decisão.

O consenso não é fruto de elementos impessoais, como resultado único da aplicação de uma racionalidade isolada. O consenso decorre exatamente da possibilidade dos sujeitos se encontrarem e exercerem a liberdade da formulação de argumentos, da apresentação de interesses, medindo consequências e rearrumando verdades pessoais que passam a ser verdades compartilhadas, quando e se do alcance do consenso²⁶. A intersubjetividade proporciona a compreensão valorativa, portanto, não neutra e derivada do entendimento na qualidade de formação do consenso. O entendimento desse componente deve sempre ser considerado na estratégia de quem atua em audiências públicas para que as alternativas de solução sejam prospectadas na esteira dessa intersubjetividade.

Por último, perceber que ter alternativas de soluções é uma fonte de poder. Ao invés de trabalhar para que uma única possibilidade de decisão se efetive, é estrategicamente necessário que se tenha mais de uma possibilidade de decisão pelo que se terá margem de escolha diante de qual delas for adotada. Se no curso de uma audiência pública são identificados interesses e com base neles soluções são propostas, o ideal é que tenhamos mais de uma solução pensada dentro do mosaico de interesses, para que assim haja uma margem de poder no diálogo processual. A apresentação de alternativas representa a possibilidade de uma saída não coercitiva, que contemple diferentes partícipes e que, por essa razão, esteja mais apta à legitimidade.

Sempre lembrar de que são interesses múltiplos e que, para além daquele que você defende ou protege, existem outros que devem ser observados. Quanto mais isso é considerado, mais se está preparado para atuar em processos complexos pela amplitude da participação social.

5. CONCLUSÃO

Trinta e três anos depois da promulgação da Constituição Federal, segue sendo desafiante o funcionamento e a efetividade dos instrumentos de participação democrática. As audiências públicas, que pressupõem a atuação direta da sociedade, ainda são uma incógnita processual no sentido de mensurar os prováveis resultados

26 “Cada participante numa *praxis* de argumentação tem, justamente, que antever de forma pragmática que, em princípio, todos os indivíduos possivelmente atingidos poderiam participar como livres e iguais, numa procura cooperativa da verdade, na qual somente a coesão ao melhor argumento teria a possibilidade de vencer.” Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1986. p. 57.

de um debate aberto, plural e sem ritos definidos *a priori*. Contudo, é cada vez mais comum o seu recurso, posto que valora a decisão ao deixar de ofertá-la apenas com base nos limites processuais tradicionais (autor-réu) e colocar na esteira da decisão a riqueza da escuta e do debate democrático. Portanto, a tendência é a de que as audiências, mesmo naqueles processos em que não são obrigatórias, sejam cada vez mais um recurso útil à formação de convicção.

Estar preparado para atuar nessas situações processuais deixou de ser uma necessidade de segunda ordem, especialmente para quem trabalha com processos complexos, a exemplo das demandas constitucionais com debates paradigmáticos, processos administrativos que tratam de soluções estruturais do governo, ou ainda quem precisa operar em causas ambientais e ou de direito urbanístico.

O que foi tratado neste artigo foi sobre compreensão do perfil democrático deste instituto jurídico-político, sua incorporação no direito positivado e suas características de funcionamento. Depois, procurou-se colocar luz sobre quais são as possíveis estratégias para quem venha atuar em processos em que sejam convocadas audiências públicas, a que deve estar atento o profissional que seja parte envolvida no debate amplo das audiências públicas para operacionalizar os interesses que defende, sem macular o propósito de escuta e de construção plural de uma solução.

Para isso, foram indicadas como estratégias: 1) a questão do mapeamento dos partícipes das audiências (os reais e/ou potenciais) e o atendimento à publicidade, inclusão e efetividade desta participação; 2) a identificação dos interesses em discussão, classificando-os entre essenciais, importantes e desejáveis; 3) a apresentação de alternativas para o consenso, considerando os fatores anteriores e a percepção de que ter alternativas é fonte de poder.

Não há mais lugar em uma sociedade complexa para a compartimentalização de saberes, sendo a interdisciplinaridade como atitude metodológica uma exigência da própria realidade social. O papel das audiências é estabelecer esta conexão entre a diversidade do mundo e a suposta limitação do processo, acreditando numa forma de ética que ganhe contorno institucional por meio da elaboração de argumentos e pela consideração destes no processo decisório, adquirindo dimensão social significativa.

Apresenta-se como espaço para a elaboração de argumentos não-jurídicos, portanto, para a abertura cognitiva do direito e, como decorrência lógica, fator colaborativo para a formulação de sentença racionalmente motivada e efetiva. Consolida-se como instrumento de abertura processual e elaboração plural da decisão judicial, estando a sua base na complexidade da sociedade, para a qual o direito vai se ajustando, apresentando-se a audiência como resultado ou necessidade.

Cabe aos profissionais que atuam nesses processos a compreensão dessa dimensão ontológica e a preparação adequada para atuar, superando a leitura da relação processual como algo exclusivamente dos sujeitos em disputa para a ideia

de construção plúrima de soluções, onde a decisão poderá ser a consagração desse processo comunicativo amplo, com a exposição de diferentes olhares sobre dilemas existenciais e éticos.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL (ABES). *Audiência pública do porto sul teve número recorde de participantes*. Disponível em: <http://www.abes-mg.org.br/visualizacao-de-clipping/ler/2694/audiencia-publica-do-porto-sul-teve-numero-recorde-de-participantes>. Acesso em: 1º ago. 2021.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução nº 9, de 3 de dezembro de 1987*. Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Publicação DOU, de 05/07/1990, pág. 12945. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>. Acesso em: 2 ago. 2021.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n.º 207, de 5 de março de 2020*. Altera a Resolução nº 82, de 29 de fevereiro de 2012, que dispõe sobre as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-207-1.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Plenário de 29.05.2008. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 1º jul. 2021.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- INTERESTS behind negotiation positions. [S.l.; s. n.], 2016. 1 video (3 min). Publicado pelo canal Willian Ury. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vdA2wecb4k0>. Acesso em: 2 ago. 2021.
- FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Lucci de. STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista. *Lua Nova*, São Paulo, v. 88, p. 429-469, 2013
- FONSECA, Igor Ferraz; RESENDE, Raimor Rodrigues; OLIVEIRA, Marília Silva de; PEREIRA, Ana Karine. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo Federal. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 64, p. 7-29, jan./mar. 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1986.

- KAPISZEWSKI, Diana. How Courts work: institutions, culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: J. Couso, A. Huneus, & R. Sieder (Eds.). *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 51-77.
- LEAL, Fernando; HERDY, Raquel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018.
- NOGUEIRA, Cláudia Albagli. *Institucionalização da ética no espaço procedimental-discursivo: um estudo das audiências públicas do STF*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan./abr. 2017.
- TATE, Neal. Why the expansion of judicial power?. In: *The global expansion of judicial Power*. Edited by Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University, 1995





Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

DIREITO E TECNOLOGIA: *BLOCKCHAIN* E A
PENHORABILIDADE DAS CRIPTOMOEDAS

LAW AND TECHNOLOGY: BLOCKCHAIN AND THE
ATTACHMENT OF CRYPTOCURRENCIES

Silvano José Gomes Flumignan

Professor at the Pernambuco State University, Brazil.
Ph.D. at the São Paulo State University, Brazil

Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho

Ph.D. at the Federal University of Pernambuco, Brazil.
Professor at the Pernambuco State University, Brazil.

Jaqueline Keila Leite da Cruz

LL.M. in Logistics at Faculdade de Ciências e Letras de Caruaru, Brazil

Gabriel Carvalho Nunes Silva

Undergraduate Student at the Centro Universitário Tabosa de Almeida, Brazil.

Resumo: O avassalador surgimento de diversas tecnologias disruptivas tem modificado as relações da sociedade, principalmente no que tange a seus reflexos patrimoniais. Os avanços tecnológicos têm concebido novas formas de operação às transações monetárias, as quais, no

momento atual, tem tido uma parcela significativa regida pelos criptoativos. Contudo, estas transações têm encontrado barreiras quanto à exequibilidade das criptomoedas, em virtude da ausência de uma legislação tipificada, notadamente em relação à penhorabilidade. Neste cerne, o objetivo deste artigo é discutir sobre a plausibilidade das criptomoedas quando da garantia do juízo na execução. Para desenvolver a pesquisa, utilizou-se do método dialético, a partir de títulos jurídicos extraídos de diversas bases de dados, livros específicos e precedentes de jurisprudência. Como achado da pesquisa, verificou-se divergência jurisprudencial no tocante à penhorabilidade ou não das criptomoedas. A partir desse fato, faz-se necessária a uniformização da jurisprudência a fim de proporcionar a segurança jurídica necessária aos jurisdicionados no que tange à temática relativa à recuperação de créditos.

Palavras-chave: Direito e Tecnologia – Direito Processual Civil – Blockchain – Criptomoedas – Penhora

Abstract: The overwhelming emergence of various disruptive technologies has changed the relations of society, especially with regard to its heritage reflexes. Technological advances have designed new forms of operation to monetary transactions, which, at the present time, has had a significant share governed by cryptoassets. However, these transactions have encountered barriers to the feasibility of cryptocurrencies, due to the absence of typified legislation, notified in relation to the attachment. At this core, the aim of this article is to discuss the plausibility of cryptocurrencies when ensuring judgment in the execution. At this core, the aim of this article is to discuss the plausibility of cryptocurrencies when ensuring judgment in the execution. To develop the research, we used the dialectical method, based on legal titles extracted from various databases, specific books and precedents of jurisprudence. As a finding of the research, there was a jurisprudential divergence regarding the attachment or not of cryptocurrencies. From this fact, it is necessary to standardize the case law in order to provide the necessary legal certainty to the jurisdictions on the subject of the recovery of claims.

Keywords: Law and Technology - Civil Procedural Law - Blockchain - Cryptocurrencies - garnishment

Sumário: 1 Introdução - 2 Criptografia e o funcionamento do Blockchain - 3 As criptomoedas e sua natureza jurídica - 4 A penhora das criptomoedas como garantia do juízo de execução - 5 Da exequibilidade das criptomoedas no ordenamento jurídico brasileiro - Conclusão - Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O advento das facilidades promovidas pela tecnologia tem impactado a vida do ser humano em todas as suas esferas sociais. Isso porque a rapidez na resolução de problemas concede conforto e simplicidade à vida cotidiana, nos ofícios e até mesmo no lazer. Do mesmo modo, atividades que anteriormente requisitavam grande empenho de tempo, atualmente são solucionadas em frações de segundos.

Esse avanço tecnológico tem atingido até mesmo a forma como as pessoas fazem negócios na contemporaneidade. Na história do dinheiro, as transações comerciais surgiram por intermédio do escambo; em um outro momento, pela cunhagem de

moedas; posteriormente, pela emissão do papel-moeda até chegar aos criptoativos ou criptomoedas¹. Além disso, a ciência trouxe a criptografia para os negócios virtuais, e esta utilização vem viabilizando um processo mais seguro, rápido e menos burocrático à operacionalização nos mercados.

Contudo, na maioria das vezes, o ônus está atrelado ao benefício. A velocidade e simplicidade na realização destas operações frequentemente encontram barreiras na ausência de regulamentação. Desse modo, a falta de uma tipificação legal pode levar credores a suportarem grandes prejuízos, os quais serão lesados pelo inadimplemento de suas dívidas, tornando a fase de execução inexecutável.

Assim, a inviabilidade ou o insucesso na satisfação do credor na fase de execução tem sido um percalço no sistema judicial brasileiro, até mesmo quando há total diligência e cooperação entre o autor e os servidores da Justiça. À vista disso, a oportunidade de converter moedas estatais em numerários com importância financeira que não apresentam subordinação a um ente governamental permite, muitas vezes, a ocultação de recursos por intermédio de operações financeiras.

Nesse cenário em que se desdobram as mais variadas tecnologias disruptivas capazes de transformar as relações sociais radicalmente e de forma abrupta, o sentimento humano de incerteza gera indagações pertinentes que demandam respostas imediatas. Portanto, com o intuito de fomentar a discussão da utilização de criptoativos e sua exequibilidade, propõe-se que sejam debatidos os seguintes temas: a) procurar entender como funciona o sistema do *blockchain*; b) investigar a natureza jurídica das criptomoedas; c) analisar a penhora das criptomoedas como garantia do juízo de execução; d) discutir a exequibilidade das criptomoedas no ordenamento jurídico brasileiro.

Como procedimento teórico-metodológico, foi utilizado o método dialético. Buscou-se o aprofundamento dos conceitos, com a finalidade de apresentar uma abordagem sobre o fenômeno da exequibilidade das criptomoedas no ordenamento jurídico brasileiro. Diante do caráter exploratório deste estudo, fez-se necessária a realização de uma pesquisa bibliográfica, por meio da documentação indireta, a qual teve como fonte de pesquisa, livros específicos sobre o tema, artigos científicos indexados nas plataformas *SciELO* e *EBSCO HOST*, legislações e os principais precedentes de jurisprudência.

O presente estudo se justifica, pois tem como fundamento elucidar a incidência destes novos tipos de moedas que, como toda tecnologia disruptiva, vêm quebrando paradigmas e ressignificando o modo como as transações comerciais são realizadas. Em vista disso, torna-se de fundamental relevância proporcionar reflexões no campo da ciência jurídica diante desta temática, uma vez que a possibilidade de ocultação do patrimônio no processo de conversão da moeda brasileira em criptoativos impede, muitas vezes, que processos de execução na Justiça brasileira alcancem seus objetivos.

1 Para esta pesquisa, utilizar-se-á os termos citados como sinônimos.

2. CRIPTOGRAFIA E O FUNCIONAMENTO DO BLOCKCHAIN

A criptografia consiste em uma técnica utilizada desde a Antiguidade.² Uma das suas primeiras concepções se deu no envio de cartas. Desse modo, a fim de que fosse evitada a frustração da mensagem na interceptação pelos inimigos, os antigos utilizavam um método de repetição de palavras em alfabeto que somente as pessoas autorizadas e que detinham o necessário conhecimento poderiam compreender.³

Posteriormente, esse tipo de método, que evitava o vazamento de importantes informações, passou a ser comumente utilizado nas guerras. Além da criptografia de letras (a exemplo, o código binário), o emprego de códigos por meio da repetição de sons (código *morse*) também foi utilizado no intuito de se evitar o acesso de inimigos às comunicações sigilosas durante a segunda guerra mundial.⁴

Desse modo, a criptografia foi pensada ao se deparar com a possibilidade da intervenção nas comunicações de relevante interesse bélico, tais como nos problemas de localização de tropas em guerras, denúncias em regimes autoritários, bem como na segurança das transações que envolvam a utilização de cartões de crédito na *internet*. Em outras palavras, “[...] pela necessidade de confidencialidade, integridade e autenticidade de informações”.⁵

Ao deixar de ser uma necessidade estatal, na busca pela efetiva defesa das informações e integridade das comunicações internas em tempos de guerra, a criptografia encontrou novos desdobramentos no campo privado. Um exemplo é a tecnologia do *Blockchain* (*Distributed Ledger Technology* – DLT)⁶, que pode ser compreendida como um tipo de banco de dados em que os usuários possam compartilhar várias informações e, até mesmo, modificá-las com segurança. Apesar dos usuários não se conhecerem, o banco de dados é altamente confiável por meio da criptografia utilizada.⁷

2 ARAÚJO, Vitor Eduardo Lacerda de; FERREIRA, Mariana Suzart Paschoas. Regulação das criptomoedas pelo sistema jurídico brasileiro: estudo de direito comparado. In: *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 3, Abr.-Jun./2019, p. 3-4.

3 ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, Presente e Futuro da Criptografia Forte: Desenvolvimento Tecnológico e Regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4869/0>. Acesso em: 06 de mai. 2020.

4 ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, Presente e Futuro da Criptografia Forte: Desenvolvimento Tecnológico e Regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4869/0>. Acesso em: 06 de mai. 2020.

5 ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, Presente e Futuro da Criptografia Forte: Desenvolvimento Tecnológico e Regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017. p. 30. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4869/0>. Acesso em: 06 de mai. 2020.

6 Tecnologia de contabilidade distribuída (tradução livre dos autores).

7 DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e Agenda 2030. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 121-141. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4938>. Acesso em: 04 mai. 2020.

Assim, com o avanço da tecnologia, a criptografia alcançou mais complexidade na sua construção, evoluindo a tal ponto que chegou a ser impossível para o ser humano quebrá-la sem o auxílio de um computador.⁸

Uma outra peculiaridade deste tipo de tecnologia é a inexistência da figura de uma autoridade central como intermediadora das transações no *blockchain*.⁹ Ao mesmo tempo em que atua como um banco de dados distribuído, serve como uma ferramenta de registro e possibilita a transposição de valores e informações.¹⁰ A ideia do *blockchain* é justamente deixar de lado a incidência da atuação do terceiro que intermedeia a operação e torná-la autossuficiente no tocante à transação entre as duas partes, ao mesmo tempo em que é absolutamente segura.¹¹

O *blockchain* funciona por meio de uma comunicação de dados descentralizados com vários computadores.¹² Os blocos de dados (*block*) se vinculam entre si por uma cadeia, ou corrente (*chain*), que é protegida por algoritmos matemáticos complexos que se utilizam da criptografia para sua segurança. É por meio desta que são relacionadas e organizadas todas as transações daquela natureza ou área.¹³

Seja qual for o negócio que deu causa à transação, ele é transformado em código aberto criptografado. Assim, ninguém pode identificar quem são os contratantes na negociação, apenas eles mesmos, de modo que a transação é acessível e enviada para todos os computadores que um dia já fizeram uma negociação naquela área de interesse - na mesma cadeia - de forma distribuída¹⁴. Assim, “[...] o fato de serem

- 8 ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, Presente e Futuro da Criptografia Forte: Desenvolvimento Tecnológico e Regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4869/0>. Acesso em: 06 de mai. 2020.
- 9 CAMARA, Maria Amalia Arruda; CRUZ, Lucas Luiz Bezerra da. O Papel das Criptomoedas na Garantia da Liberdade. *Revista Científica Disruptiva*, v. 1, n. 1, Jan.-Jun./2019. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/16>. Acesso em: 15 set. 2021.
- 10 MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A Reconstrução da Jurisdição pelo Espaço Digital: Redes Sociais, Blockchain e Criptomoedas como Propulsores da Mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 142-157. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5028>. Acesso em: 02 mai. 2020.
- 11 SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias. A Impossibilidade de Regulação jurídica Nacional do Blockchain: Rumo à um Direito Criptográfico?. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 13, n. 31, 2018. p. 43-70. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2725>. Acesso em: 29 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2725>.
- 12 CAMARA, Maria Amalia Arruda; CRUZ, Lucas Luiz Bezerra da. O Papel das Criptomoedas na Garantia da Liberdade. *Revista Científica Disruptiva*, v. 1, n. 1, Jan.-Jun./2019. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/16>. Acesso em: 15 set. 2021.
- 13 SIERRA, Juan Jorge Almonacid; ÁVILA, Yeisson Coronel. Aplicabilidad de la Inteligencia Artificial y la Tecnología Blockchain en el Derecho Contractual Privado. *Rev. Derecho Privado*, Bogotá, n. 38, 2020. p. 119-142. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662020000100119&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n38.05>.
- 14 SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias. A Impossibilidade de Regulação jurídica Nacional do Blockchain: Rumo à um Direito Criptográfico?. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 13, n. 31, 2018. p. 43-70. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2725>. Acesso em: 29 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2725>.

distribuídas dilui o risco de falhas e de controles típicos de quando há um controlador, a criptografia protege a segurança dos dados e as validações múltiplas fazem com que os dados sejam conferidos por vários [...]” usuários.¹⁵

Após a efetivação do negócio entre os usuários pelo *blockchain*, as informações da transação são registradas em vários computadores em rede ao mesmo tempo. O acesso ao conteúdo fica à disposição daquela rede específica, e é inalterável.¹⁶

Posteriormente, segue-se para uma etapa de validação da negociação¹⁷ (também chamada de mineração, no caso das criptomoedas). Essa etapa é realizada por um computador terceiro predisposto à essa incumbência, porque não há uma figura pública que age como intermediador. A realização da validação fica subordinada a uma espécie de recompensa ou proveito econômico previamente acordado ao contrato.¹⁸ Os validadores atuam de maneira anônima, contudo o acesso para participar da rede de mineradores e sua admissão é livre.¹⁹

Na prática, a *blockchain* funciona como um livro de registros, que possui o histórico de todas as transações anteriores da mesma natureza, as quais são sempre reforçadas pelas posteriores, aumentando, cada vez mais, a sua confiança e segurança. Tem-se um livro de registros inalterável e criptografado.²⁰

Em outras palavras, funciona quase como um sistema de revalidação de informações, um protótipo baseado na confiança e segurança dos registros antecedentes, e que não confronte os registros inalteráveis pertencentes a este banco de dados.

Assim, a validação acontece por meio de uma competição entre vários computadores, e a capacidade de realização de cálculos e análises combinatórias da máquina será

15 DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e Agenda 2030. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 131. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4938>. Acesso em: 04 mai. 2020.

16 MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A Reconstrução da Jurisdição pelo Espaço Digital: Redes Sociais, Blockchain e Criptomoedas como Propulsores da Mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 142-157. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5028>. Acesso em: 02 mai. 2020.

17 SILVA, Carlos Henrique Duarte da. Blockchain: O que é e como Funciona? *IBM*, 2017. Disponível em: <https://www.ibm.com/blogs/systems/br-pt/2017/06/05/blockchain-o-que-e-e-como-funciona/>. Acesso em: 04 mai. 2020.

18 SIERRA, Juan Jorge Almonacid; ÁVILA, Yeisson Coronel. Aplicabilidad de la Inteligencia Artificial y la Tecnología Blockchain en el Derecho Contractual Privado. *Rev. Derecho Privado*, Bogotá, n. 38, 2020. p. 119-142. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662020000100119&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n38.05>.

19 MOURA, L. M. F. DE; BRAUNER, F. D; JANISSEK-MUNIZ, R. Blockchain and a Technological Perspective for Public Administration: A Systematic Review. *RAC - Revista de Administração Contemporânea*, [s. l.], v. 24, n. 3, 2020. p. 259–274. DOI 10.1590/1982-7849rac2020190171. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=141855385&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 28 abr. 2020.

20 MOURA, L. M. F. DE; BRAUNER, F. D; JANISSEK-MUNIZ, R. Blockchain and a Technological Perspective for Public Administration: A Systematic Review. *RAC - Revista de Administração Contemporânea*, [s. l.], v. 24, n. 3, 2020. p. 259–274. DOI 10.1590/1982-7849rac2020190171. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=141855385&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 28 abr. 2020.

o fator decisivo para determinar o êxito do validador na disputa. Por outro lado, o que viabiliza e determina o sucesso na realização da transação e seu procedimento no *blockchain* são quatro exigências: O registro nos computadores - *Ledger*; o consenso; o contrato - determinando as regras; e a criptografia, que possibilita toda a segurança.²¹

Dessa maneira, a validação é imprescindível para observação do consenso anterior ao início da cadeia de blocos, também verificando os endereços dos proponentes e, muito importante, toda a sequência de operações anteriores àquele negócio no mesmo plano. Essa transação se torna um código integrado à sequência e passa a ser mais um bloco na cadeia.²²

Todas as transações anteriores serão confirmadas no próximo negócio similar, desde a primeira até a última, reiteradas vezes. Por isso, a cada vez que há a ratificação, mais íntegra a cadeia de blocos se torna. Desse modo, com o maior número de transações naquela área, tem-se a geração de uma criptografia mais complexa e robusta, com mais segurança e confiança. No ensinamento de Sierra e Ávila²³: “[...] *esto no solo elimina los riesgos asociados a la contraparte y al fraude, al garantizar la ejecución autónoma, sino que prescinde por completo de intermediarios, reduciendo los costes de transacción a una ínfima parte*”.²⁴

O que faz esse sistema de transações confiável é o livre e uniforme acesso dos usuários, pois, o que um consegue ver, os outros também visualizam, ao passo que uma tentativa de alteração mal-intencionada, com o objetivo de adulterar informações consolidadas, seria rapidamente identificada, vetada e obstruída pelos demais.²⁵

Por conseguinte, essa possibilidade de vetar modificações corrobora para uma imutabilidade dos blocos na cadeia. Ademais, a exceção somente se observaria pela realização de um novo negócio entre as mesmas partes, ou que o objeto da transação fosse o mesmo. Portanto, a função matemática impede a comutação sem a anuência dos participantes.

-
- 21 SILVA, Carlos Henrique Duarte da. Blockchain: O que é e como Funciona? *IBM*, 2017. Disponível em: <https://www.ibm.com/blogs/systems/br-pt/2017/06/05/blockchain-o-que-e-e-como-funciona/>. Acesso em: 04 mai. 2020.
 - 22 SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias. A Impossibilidade de Regulação jurídica Nacional do Blockchain: Rumo à um Direito Criptográfico?. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 13, n. 31, 2018. p. 43-70. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2725>. Acesso em: 29 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2725>.
 - 23 SIERRA, Juan Jorge Almonacid; ÁVILA, Yeisson Coronel. Aplicabilidad de la Inteligencia Artificial y la Tecnología Blockchain en el Derecho Contractual Privado. *Rev. Derecho Privado*, Bogotá, n. 38, 2020. p. 133. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662020000100119&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n38.05>.
 - 24 Isso não apenas elimina os riscos associados à contraparte e à fraude, garantindo a execução autônoma, mas também elimina completamente os intermediários, reduzindo os custos de transação a uma parte bem pequena (tradução livre dos autores).
 - 25 DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e Agenda 2030. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 121-141. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4938>. Acesso em: 04 mai. 2020.

De acordo com Simeão e Varella, “[...] isso derivará da dependência do código alfanumérico atual em relação àquele gerado pela incidência da função matemática sobre o negócio anterior, ou seja, o registro atual depende do anterior e assim por diante até o primeiro negócio validado e registrado”.²⁶

Sendo assim, a rede distribuída entre as transações anteriores, da mesma natureza do tipo de negócio, verifica a autenticidade da transferência, para assim gerar, após isso, uma espécie de registro público de uma cópia que torna o seu acesso disponível para cada usuário anterior²⁷. Portanto, as transações na *internet*, ou pelo menos a maioria delas, são realizadas por meio de uma assinatura eletrônica, que serve como uma identificação no âmbito do ciberespaço. Por fim, esta certificação digital é averiguada por uma autoridade pública, analogicamente aos cartórios no mundo físico.²⁸

Existem dois tipos de chaves no *blockchain*: uma pública e outra privada. A chave pública, todos podem ver, e concede acesso às transações do usuário. Ela também permite acesso aos registros individuais em que constam a data e hora dos arquivos de transações realizadas. À chave privada é dirigida uma vedação na publicidade, pois se constitui intransferível e também secreta.²⁹

Portanto, o *blockchain*, a partir de uma abordagem didática, é um procedimento virtual de transações por si só confiável, independente, de controle externo por autoridades estatais e que seu método de pagamento consiste, na maioria das vezes, em moedas virtuais - ou criptomoedas - tais como o *bitcoin*.

Assim, a possibilidade de utilização desse procedimento detém um leque muito alto - por exemplo, a utilização de contratos inteligentes e automatizados, em que o usuário previamente configura o conteúdo e se torna autoexecutável.³⁰ Conforme Marinho e Ribeiro: “[...] a legitimação da tecnologia *blockchain* decorre da inviabilidade técnica

26 SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias. A Impossibilidade de Regulação jurídica Nacional do Blockchain: Rumo à um Direito Criptográfico?. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 13, n. 31, 2018. p. 48. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2725>. Acesso em: 29 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2725>.

27 MOURA, L. M. F. DE; BRAUNER, F. D; JANISSEK-MUNIZ, R. Blockchain and a Technological Perspective for Public Administration: A Systematic Review. *RAC - Revista de Administração Contemporânea*, [s. l.], v. 24, n. 3, 2020. p. 259–274. DOI 10.1590/1982-7849rac2020190171. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=141855385&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 28 abr. 2020.

28 SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias. A Impossibilidade de Regulação jurídica Nacional do Blockchain: Rumo à um Direito Criptográfico?. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 13, n. 31, 2018. p. 43-70. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2725>. Acesso em: 29 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2725>.

29 DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e Agenda 2030. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 121-141. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4938>. Acesso em: 04 mai. 2020.

30 MOURA, L. M. F. DE; BRAUNER, F. D; JANISSEK-MUNIZ, R. Blockchain and a Technological Perspective for Public Administration: A Systematic Review. *RAC - Revista de Administração Contemporânea*, [s. l.], v. 24, n. 3, 2020. p. 259–274. DOI 10.1590/1982-7849rac2020190171. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=141855385&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 28 abr. 2020.

de ser corrompido — até o momento —, da ideologia da neutralidade da tecnologia, de um elevado grau de transparência de seus resultados e, principalmente, da ideia de consenso compartilhado”.³¹

No entanto, dentro de um ambiente como o do *blockchain*, há uma dificuldade na identificação das partes na transação. Isso poderia ser utilizado de artifício para alguns usuários ocultarem participações em transações ou até mesmo esconder determinadas condutas. É um desafio para as instituições estatais identificarem a existência de contratos - o objeto principal - ou suas partes.³² O Estado, portanto, se depara com uma limitação na sua jurisdição.

Do mesmo modo, o *blockchain* não dispõe de uma capacidade satisfatória que possibilite a transferência de quantidades significativas de informações dentro de um tempo relativamente curto, assim como o tempo que se gasta para obter uma transferência segura. Além disso, o grande dispêndio de energia elétrica que é utilizada nos computadores que atuam validando a transferência no processo de mineração configura também um ponto negativo.³³

Por fim, autores como Denny, Paulo e Castro entendem que a ausência do intermediador não é tão benéfica, pois a falta de uma autoridade central que unilateralmente confirme e valide as informações deixa a cabo dos validadores com permissão para tal decidirem de forma arbitrária, pois “[...] suas máquinas computacionais têm o direito de criar e assinar os blocos codificados”.³⁴

3. AS CRIPTOMOEDAS E SUA NATUREZA JURÍDICA

Antes de conceituar as criptomoedas, é preciso diferenciá-las das moedas eletrônicas. Estas são representadas pelos recursos em reais, armazenados em dispositivos ou sistemas eletrônicos, que permitem ao usuário final efetuar a transação de pagamento. Quando se paga uma conta ou se faz uma transferência por

31 MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A Reconstrução da Jurisdição pelo Espaço Digital: Redes Sociais, Blockchain e Criptomoedas como Propulsores da Mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 153. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5028>. Acesso em: 02 mai. 2020.

32 SIERRA, Juan Jorge Almonacid; ÁVILA, Yeisson Coronel. Aplicabilidad de la Inteligencia Artificial y la Tecnología Blockchain en el Derecho Contractual Privado. *Rev. Derecho Privado*, Bogotá, n. 38, 2020. p. 119-142. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662020000100119&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n38.05>.

33 MOURA, L. M. F. DE; BRAUNER, F. D; JANISSEK-MUNIZ, R. Blockchain and a Technological Perspective for Public Administration: A Systematic Review. *RAC - Revista de Administração Contemporânea*, [s. l.], v. 24, n. 3, 2020. p. 259–274. DOI 10.1590/1982-7849rac2020190171. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=141855385&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 28 abr. 2020.

34 DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e Agenda 2030. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 132. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4938>. Acesso em: 04 mai. 2020.

meio do *internet banking*, movimentam-se moedas eletrônicas, reguladas pela Lei nº 12.865/2013.³⁵ Por outro lado, as criptomoedas são moedas virtuais, as quais se caracterizam como um meio de pagamento, ou, em outros termos, uma ferramenta virtual de negociação.

Inicialmente, a ideia de criptomoeda nasceu no ano 2009 por meio de uma publicação de *Satoshi Nakamoto*³⁶, que deu origem ao chamado *bitcoin*. A proposta inicial seria quebrar paradigmas em relação à confiabilidade nas transações pela *internet*.³⁷

No mesmo sentido, o *bitcoin* também veio como uma tecnologia disruptiva em relação aos negócios efetuados por meio de transações bancárias. Alguns apontam o monopólio destes a causa da crise econômica de 2008, como resultado da centralização do poder monetário nas agências e instituições bancárias.³⁸

Na experiência brasileira, na busca pela definição jurídica das criptomoedas (se é título de crédito; valor imobiliário; ativo financeiro; contrato; moeda digital), o Projeto de Lei (PL) 2.303/2015³⁹ decidiu determinar sua natureza como “moedas virtuais”⁴⁰ e trazer ao Banco Central do Brasil a competência para disciplinar o “arranjo econômico” que trate com este tipo de moeda⁴¹. Também propõe que seja aplicada, no que couber, em relação ao mercado virtual de moedas, o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

35 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da Penhora de Criptomoedas no Processo de Execução Brasileiro. *Revista de processo, jurisdição e efetividade da justiça*. v. 4, n. 1, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/4234>. Acesso em: 26 jun. 2020.

36 NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin Open Source Implementation of P2P Currency. *P2P Foundation* (Feb. 11, 2009). Disponível em: <http://p2pfoundation.ning.com/forum/topics/bitcoin-open-source>. Acesso em: 28 mai. 2020.

37 GUERRA, G. R.; MARCOS, H. J. B. Legal Remarks on the Overarching Complexities of Crypto Anti-Money Laundering Regulation. *Revista Jurídica (0103-3506)*, [s. l.], v. 4, n. 57, 2019. p. 83–115. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=141690429&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 25 mai. 2020.

38 GUERRA, G. R.; MARCOS, H. J. B. Legal Remarks on the Overarching Complexities of Crypto Anti-Money Laundering Regulation. *Revista Jurídica (0103-3506)*, [s. l.], v. 4, n. 57, 2019. p. 83–115. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=141690429&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 25 mai. 2020.

39 RIBEIRO, Aureo L. M. *Projeto de Lei nº 2.303/2015*, que altera as Leis nº 12.865, de 2013 e 9.613, de 1988. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em: 25 mai. 2020.

40 GUARAGNI, F. A.; SANTANA, H. L. de S.; MORAES, F. A. Regulação Das Criptomoedas: Política Anti-Lavagem De Dinheiro. *Relações Internacionais no Mundo*, [s. l.], v. 1, n. 25, 2019. p. 1–18. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=142844056&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 25 mai. 2020.

41 BRITO, Gabriel Oliveira. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *Bitcoins: Considerações Sobre a sua Definição e Natureza Jurídica*. In: Encontro Internacional do CONPEDI/GO, Goiânia, 2019. *Anais. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis*, 2019. p. 78-95. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/twsv4bw4/L211BdU59pvP6XcR.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

Quando há uma propensão, por parte do governo, em regulamentar o sistema de negociação em cadeia de blocos, surge uma reação negativa do mercado. Desse modo, o valor das moedas virtuais (método de pagamento no *blockchain*), em relação à moeda pátria, sofre variações depreciáveis.⁴²

Por outro lado, quando empresas, por parte do poder público, começam a operar e fazer uso dessas moedas em ferramentas virtuais de negociação, há uma grande valorização e o grau de confiança nas criptomoedas aumenta, mesmo que a natureza desses negócios dispense o caráter físico da transação.

Segundo Simeão e Varella: “a colocação de dois eventos em confronto comprova tais fatos: ‘em 10 de dezembro de 2017, quando a Bolsa de Chicago passou a admitir negociações de contratos futuros em *bitcoin* houve um salto valorativo da moeda de 21% em menos de 48 horas. Já as meras especulações de restrições regulatórias pelos governos da Coreia do Sul e da China, em 16 de janeiro de 2018, redundou numa queda diária de mais de 14%, no que se refere ao *bitcoin*’”.⁴³

Alguns países têm optado por posições diversas. O Estado de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América (EUA), por exemplo, implementou uma regulamentação que atingiu as corretoras que operariam com criptomoedas. Esta medida provocou o fechamento de várias dessas agências e *startups* que faziam uso das moedas virtuais. De modo diferente, o Japão adotou uma política mais liberal, permitindo até a incidência direta de moedas como o *yen* no comércio.⁴⁴ Isso serviu de incentivo para as *fintechs*.⁴⁵

Em vista disso, a resposta do mercado à regulamentação dessa tecnologia disruptiva e complexa (do ponto de vista jurídico para sua definição) demonstra uma disposição para um liberalismo que pretende uma desconcentração ou desconexão das autoridades estatal.

A discussão fica ainda mais densa quando consideramos os negócios jurídicos efetuados por meio de moedas virtuais, porquanto elas ainda não detêm uma definição legal pacífica e, por este motivo, não há como ponderar totalmente seus impactos

42 SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias. A Impossibilidade de Regulação jurídica Nacional do Blockchain: Rumo à um Direito Criptográfico?. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 13, n. 31, 2018. p. 43-70. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2725>. Acesso em: 29 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2725>.

43 SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias. A Impossibilidade de Regulação jurídica Nacional do Blockchain: Rumo à um Direito Criptográfico?. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 13, n. 31, 2018. p. 53. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2725>. Acesso em: 29 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2725>.

44 SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias. A Impossibilidade de Regulação jurídica Nacional do Blockchain: Rumo à um Direito Criptográfico?. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 13, n. 31, 2018. p. 43-70. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2725>. Acesso em: 29 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2725>.

45 *Fintechs* são *startups* financeiras que utilizam a tecnologia para inovação e otimização de serviços na ordem financeiras. Por exemplo: *Nubank*, *PicPay* etc.

no ordenamento jurídico. Assim, “[...] sem a indicação sobre sua natureza, não há, tampouco, como precisar suas qualificação e consequências jurídicas, como regras de conexão, direitos e obrigações decorrentes”.⁴⁶

Conforme o precedente supramencionado, o método de pagamento ou a moeda de troca por meio de uso do *blockchain* são as criptomoedas, que também podem ser chamadas de moedas virtuais (gênero) - como exemplo, o *bitcoin* (espécie), que é bastante conhecido. Antes de apresentar seus pontos e contrapontos, é importante entender o impacto e as implicações da sua definição.

As criptomoedas não têm seu valor e autenticidade atestados por uma autoridade estatal e, por essa razão, pode-se considerá-las como moedas apátridas. Ademais, por sua emissão não depender das autoridades estatais, o *designer* (emissor) do *software* (moeda virtual) predetermina a quantidade a ser injetada na economia, antevendo problemas - a inflação, por exemplo. Isso justificaria, por assim dizer, a supervalorização da *bitcoin* em 2017.⁴⁷

A transferência de valor em *bitcoin* independe do intermédio de um terceiro, pois funciona como método *peer-to-peer* (par a par) e a sua confiabilidade se dá a partir do *blockchain*. Desse modo, o pagamento de usuários é feito de maneira direta sem a necessidade de um depósito em conta, valendo-se da intermediação de uma instituição bancária ou um intermediador de pagamentos como o *PayPal*.⁴⁸

Por esse motivo, alguns autores discordam em relação à previsão dos “arranjos de pagamentos” trazida pelo PL 2.303/2015, pois “[...] pode parecer um entendimento inadequado, já que as criptomoedas são detentoras de características próprias da moeda tradicional, com inovações em relação ao meio em que se utiliza e são obtidas”.⁴⁹

Na visão de Guaragni, Santana e Moraes, a conceituação de “moeda virtual” não é adequada, em virtude da alta volatilidade de seu valor. Portanto, a definição jurídica

46 MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A Reconstrução da Jurisdição pelo Espaço Digital: Redes Sociais, Blockchain e Criptomoedas como Propulsores da Mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 154. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5028>. Acesso em: 02 mai. 2020.

47 CASTELLO, Melissa Guimarães. Bitcoin é moeda? Classificação das Criptomoedas para o Direito Tributário. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, e1931, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300205&lng=en&nrm=iso. Acesso em 27 mai. 2020. Epub Oct 28, 2019. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201931>.

48 BRITO, Gabriel Oliveira. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Bitcoins: Considerações Sobre a sua Definição e Natureza Jurídica. In: Encontro Internacional do CONPEDI/GO, Goiânia, 2019. *Anais*. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis, 2019. p. 78-95. Disponível em: <http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/no85g2cd/twsv4bw4/L21IBdU59pvP6XcR.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

49 BRITO, Gabriel Oliveira. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Bitcoins: Considerações Sobre a sua Definição e Natureza Jurídica. In: Encontro Internacional do CONPEDI/GO, Goiânia, 2019. *Anais*. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis, 2019. p. 88. Disponível em: <http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/no85g2cd/twsv4bw4/L21IBdU59pvP6XcR.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

mais idônea seria considerar as criptomoedas como ativo financeiro, justamente por essa condição volátil.⁵⁰ É também importante ressaltar que a configuração de sua natureza jurídica trará implicações de ordem pública, visto que, se for “moeda”, a regulamentação é regida pelo Banco Central do Brasil (BACEN), mas, se for considerada ativo financeiro, será tratada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).⁵¹

Em contraponto, Castello defende que as criptomoedas devem ser, sim, consideradas moedas no Brasil, levando-se em conta a legislação brasileira sobre estas e a forma como são utilizadas no mercado.⁵²

Embora se tenha ciência da grande incidência da utilização das criptomoedas como método de pagamento ou valor de troca em vários negócios, o art. 318 do Código Civil brasileiro torna nula as cláusulas negociais que não utilizem o real como meio de pagamento, salvo legislação especial permitindo.⁵³

Mesmo em vistas dessa previsão, a voluntariedade por parte das pessoas em utilizar as criptomoedas como meio de pagamento pode corroborar para a definição ou classificação destas como moeda.⁵⁴ Inclusive, o PL 2.303/2015 é uma resposta do legislador aos anseios civis, que são responsáveis pela mutação legislativa, sob pena de não correspondência aos avanços da sociedade, além de tornar-se inerte e inoperante.

Para isso, Castello utiliza-se de uma corrente econômica de pensamento a qual salienta que moeda é considerada a partir da confiança social atribuída e a voluntariedade em utilizá-la, nos comércios e negócios. Desse modo, as moedas não são, tão somente, aquelas que o Estado determina que sejam,⁵⁵ em contraponto ao que

50 GUARAGNI, F. A.; SANTANA, H. L. de S.; MORAES, F. A. Regulação Das Criptomoedas: Política Anti-Lavagem De Dinheiro. *Relações Internacionais no Mundo*, [s. l.], v. 1, n. 25, 2019. p. 1–18. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=142844056&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 25 mai. 2020.

51 GUARAGNI, F. A.; SANTANA, H. L. de S.; MORAES, F. A. Regulação Das Criptomoedas: Política Anti-Lavagem De Dinheiro. *Relações Internacionais no Mundo*, [s. l.], v. 1, n. 25, 2019. p. 1–18. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=142844056&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 25 mai. 2020.

52 CASTELLO, Melissa Guimarães. Bitcoin é moeda? Classificação das Criptomoedas para o Direito Tributário. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, e1931, 2019. p. 5. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300205&lng=en&nrm=iso. Acesso em 27 mai. 2020. Epub Oct 28, 2019. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201931>.

53 BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.

54 CASTELLO, Melissa Guimarães. Bitcoin é moeda? Classificação das Criptomoedas para o Direito Tributário. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, e1931, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300205&lng=en&nrm=iso. Acesso em 27 mai. 2020. Epub Oct 28, 2019. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201931>.

55 CASTELLO, Melissa Guimarães. Bitcoin é moeda? Classificação das Criptomoedas para o Direito Tributário. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, e1931, 2019. p. 7-8. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300205&lng=en&nrm=iso. Acesso em 27 mai. 2020. Epub Oct 28, 2019. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201931>.

dispõe o inciso VII do art. 21 da Constituição Federal de 1988, que prevê a competência da União para emissão de moeda”.⁵⁶

Em vista disso, surge um problema: quando as pessoas compram *bitcoins* ou outras criptomoedas, com o intuito de se utilizarem da sua volatilidade para lucrar, percebem-se características de ativo financeiro. Entretanto, se forem utilizados como método de pagamento em negócios jurídicos e transações, demonstram características de moeda. Para solução do impasse, Brito e Cavalcanti chegam a conclusão de que se trata de bem de natureza híbrida.⁵⁷

Cabe, pois, ao legislador levar em conta essa complexidade decorrente das tecnologias disruptivas cada vez mais incidentes e, ainda, as implicações que a definição da natureza jurídica das criptomoedas trará no Brasil - tanto tributárias, quanto processuais.

4. A PENHORA DAS CRIPTOMOEDAS COMO GARANTIA DO JUÍZO DE EXECUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar do instituto da responsabilidade patrimonial, aduz ao devedor a responsabilidade inerente ao seu patrimônio, o qual é exequível com o propósito de honrar as obrigações contraídas. Assim, deve este responder com todos os seus bens para o cumprimento de suas obrigações, com exceção das restrições estabelecidas em lei, conforme disciplina o artigo 789 do Código de Processo Civil (CPC).⁵⁸

Neste sentido, uma vez que as criptomoedas são bens imateriais, com conteúdo econômico, integram o patrimônio do devedor.⁵⁹ Assim, torna-se imprescindível analisar se esta categoria de bens incorpóreos pode ser objeto de constrição judicial, isto é, se podem ser penhoradas. De início, é importante verificar o artigo 833 do CPC,⁶⁰ o qual traz em sua previsão um rol taxativo de bens impenhoráveis.

Após interpretação literal dos dispositivos acima citados, verifica-se a possibilidade de penhora, pois representam um crédito com valor econômico. Logo, podem ser enquadrados como bens móveis por força de lei, na forma do art. 83, III, do CC.

56 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.

57 BRITO, Gabriel Oliveira. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Bitcoins: Considerações Sobre a sua Definição e Natureza Jurídica. In: Encontro Internacional do CONPEDI/GO, Goiânia, 2019. *Anais. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis*, 2019. p. 91. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/no85g2cd/twsv4bw4/L21lBdU59pvP6XcR.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

58 BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

59 VITORINO, Dhávila Beatriz. A plausibilidade do Bitcoin garantir o juízo de execução no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. vol. 6/2020. p. 11 - 27. Jan - Mar 2020.

60 BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

Ademais, a impenhorabilidade é a exceção (razão pela qual deve ser interpretada restritivamente), já a penhorabilidade é a regra, não existindo amparo na legislação vigente para excluir as criptomoedas da possibilidade de penhora.⁶¹

Assim sendo, a penhora caracteriza-se como um ato intermediário no procedimento executivo, e o bem penhorado deve ser dotado de liquidez, porque, caso contrário, o exequente não irá adjudicá-lo, e tampouco alguém se interessará em adquiri-lo. Em resumo, o objetivo da penhora é a constrição de bens específicos, a qual garante a execução, decorrente de um direito reconhecido, a fim de que o pagamento do débito seja concretizado, ou seja, a “penhora garante o juízo”.⁶²

Desse modo, estes bens ficarão no poder de um depositário, seguida de sua avaliação e, posteriormente, de expropriação, seja por meio de adjudicação, ou alienação. Em vista disso, a penhora não retira o domínio do bem do executado; este perde tão somente a posse direta do bem, já que não terá mais contato físico com a coisa, mantendo, entretanto, a posse indireta. Sendo assim, como proceder com os bens que estão apenas no mundo imaterial - os quais se encontram presentes na rede mundial de computadores, a exemplo dos criptoativos?⁶³

À vista disso, as moedas virtuais, embora não sejam consideradas como moeda nos termos da legislação atual, devem ser reconhecidas como bens, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro e devem ser declaradas pelo valor de aquisição. Por consequência, se é possível penhorar moedas por via judicial *online*, entende-se cabível considerar bens imateriais, como as moedas descentralizadas. Estas possuem valor monetário considerável e mais valorizado que o câmbio comum, passíveis de penhora visando exclusivamente à satisfação integralizada do exequente.⁶⁴

Assim, conforme indica o art. 835, inciso I, do CPC, a penhora observará “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”.⁶⁵ Portanto, considera-se dinheiro, também, aquilo que pode não existir no plano material, como, por exemplo, a penhora *online*, isto é, a penhora de créditos por meios eletrônicos, prevista no art. 854, do CPC. Logo, a penhora pelo sistema *Sisbajud*⁶⁶ visa garantir a

61 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da Penhora de Criptomoedas no Processo de Execução Brasileiro. *Revista de processo, jurisdição e efetividade da justiça*. v. 4, n. 1, 2018. 70-90. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdiacao/article/view/4234>. Acesso em: 26 jun. 2020.

62 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

63 VITORINO, Dhávila Beatriz. A plausibilidade do Bitcoin garantir o juízo de execução no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. vol. 6/2020. p. 11 - 27. Jan - Mar 2020.

64 VITORINO, Dhávila Beatriz. A plausibilidade do Bitcoin garantir o juízo de execução no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. vol. 6/2020. p. 11 - 27. Jan - Mar 2020.

65 BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

66 Inaugurado em 25 de agosto de 2020, o Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário substituiu o *Bacenjud*.

efetividade na indisponibilidade de ativos, medida esta que poderá ser plenamente utilizada para localização de ativos financeiros, como as criptomoedas.

Neste íterim, o CPC, em seu artigo 835, § 1º, prevê que “é prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz alterar a ordem desta nas demais hipóteses de acordo com as circunstâncias do caso concreto”.⁶⁷ A fundamentação deste dispositivo está no fato de que o caráter monetário satisfaz imediatamente as necessidades do exequente. Logo, a preferência pela penhora do dinheiro é absoluta. Porém, destaca-se que as transações monetárias da contemporaneidade são realizadas, também, por via virtual e, sob esse aspecto, está apta para proporcionar a satisfação ao exequente em medida igual.

Assim, visando alcançar a efetividade da execução e a atender a prioridade elencada no §1º do artigo 835, do CPC, é operada a penhora eletrônica de valores. Inicialmente, este procedimento era realizado pelo *Bacenjud*. Esta plataforma permitia ao Judiciário estar conectado às instituições financeiras através do BACEN, com a finalidade de agilizar o requerimento de informações e o envio de ordens judiciais, no que diz respeito às ordens de bloqueio, desbloqueio e transferências de valores ao Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Assim, em 25 de agosto de 2020, com o intuito de oferecer novas funcionalidades para dar maior celeridade e eficiência ao cumprimento das decisões judiciais, foi lançado o *Sisbajud* - Sistema de busca de ativos do judiciário, em substituição ao *Bacenjud*, o qual foi retirado de operação. Com a nova migração, as ordens de bloqueio de valores em contas correntes e de investimento solicitadas pelos juízes às instituições financeiras para o pagamento a credores com dívidas reconhecidas pela Justiça serão atendidas no prazo de dois dias após a emissão.⁶⁸

Este novo sistema proporciona uma maior celeridade ao cumprimento das decisões judiciais, uma vez que as ordens judiciais são dirigidas direta e instantaneamente para o Sistema Financeiro, sem intermediação do Banco Central. Outra inovação trazida pelo *Sisbajud* é a possibilidade de bloqueio eletrônico de ativos mobiliários, como ações e títulos de renda fixa, não se limitando ao bloqueio de ativos em conta corrente, como era o *Bacenjud*.⁶⁹

Dentre as importantes funcionalidades acrescentadas, destaca-se a reiteração automática de ordens de bloqueio. Anteriormente, pelo *Bacenjud*, era necessária a emissão sucessiva de novas ordens da penhora eletrônica para o cumprimento de valores relativos a uma mesma decisão. Atualmente, a partir da emissão da ordem de

67 BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

68 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/concluida-migracao-para-novo-sistema-de-penhora-on-line-2/>. Acesso em: 10 out. 2020.

69 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (2020). Disponível em: https://www.trt1.jus.br/web/guest/ultimas-noticias/-/asset_publisher/IpQvDk7pXBme/content/cnj-lanca-dois-novos-sistemas-para-aperfeicoar-a-execucao-Sisbajud-e-resolve/21078. Acesso em: 30 out. 2020.

penhora online de valores, o magistrado poderá registrar a quantidade de vezes que a mesma ordem terá que ser reiterada no *Sisbajud* até o bloqueio do valor necessário para o seu total cumprimento.⁷⁰

O principal objetivo do desenvolvimento de um novo sistema foi a necessidade de renovação tecnológica da plataforma, visando incluir funcionalidades não abrangidas pelo *Bacenjud*, de modo a garantir uma maior eficiência na pesquisa de ativos, proporcionando buscas mais amplas e efetivas para localização de bens penhoráveis do devedor.

5. DA EXEQUIBILIDADE DAS CRIPTOMOEDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Um dos principais questionamentos quanto à eficácia de uma ordem judicial que trata de execução às criptomoedas dizem respeito à localização desses ativos, uma vez que, nas operações que envolvem criptomoedas, existe uma dificuldade em relação à identificação dos usuários quanto às transações realizadas, visto que não há uma autoridade central como intermediadora das transações e estas são armazenadas em um banco de dados descentralizado. Então, surge uma indagação: como encontrar as criptomoedas?

Há de se verificar duas alternativas possíveis⁷¹: (i) armazenamento virtual ou (ii) armazenamento em disco rígido (*hardwares*). No primeiro caso, havendo notícias, informações de que o executado tem por hábito investir em criptomoedas, deve o Poder Judiciário enviar ofícios para as corretoras de criptomoedas (a lista deve ser fornecida pelo exequente) a fim de obter tais informações.

No segundo caso, quando houver baixa da *internet (download)* das criptomoedas e armazenamento em *hardwares* como HDs externos e *pendrives*, também é possível a determinação de busca e apreensão dos dispositivos. A modalidade de “penhora portas a dentro”⁷² continua válida e útil no processo civil; porém, agora estas, além de físicas, são também virtuais.

Diante da ausência de regulamentação procedimental, podem ser utilizadas as regras do art. 854, do Código de Processo Civil. Recorda-se que tal regra trata da penhora *online*, com a expedição de ofício judicial para a corretora determinando o arresto do valor correspondente à dívida. Após essa medida é que se observa o contraditório prévio, com a intimação do executado para se manifestar em cinco dias, antes de o juiz decidir sobre

70 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/concluida-migracao-para-novo-sistema-de-penhora-on-line-2/>. Acesso em: 10 out. 2020.

71 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da Penhora de Criptomoedas no Processo de Execução Brasileiro. *Revista de processo, jurisdição e efetividade da justiça*. v. 4, n. 1, 2018. 70-90. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/4234>. Acesso em: 26 jun. 2020.

72 Nesta modalidade, a execução se daria efetivamente com a autoridade fazendo busca e apreensão destes equipamentos de *hardwares*.

o cabimento – ou não – da penhora. Portanto, observadas as normas processualistas, é plausível a penhorabilidade das criptomoedas nos processos judiciais brasileiros.⁷³

Um questionamento peculiar às criptomoedas diz respeito à volatilidade destes ativos, fato que poderia concebê-la como uma medida inócua no que tange aos atos de constrição patrimonial pela via judicial, visto que, no momento da penhora, a avaliação apontaria um valor e, no momento da expropriação para satisfação do débito, este seria outro. Desse modo, a liquidez da obrigação exequenda e a necessidade de garantir a execução com a penhora seriam duramente afetadas.⁷⁴

Em parte, este argumento é verdadeiro, pois, devido ao tempo de duração dos processos judiciais, em regra morosos, há um lapso relativamente longo entre o ato da penhora e a efetiva expropriação. Esta oscilação no valor da cotação do bem pode trazer dificuldades para que o magistrado fixe o valor do lance mínimo do leilão, conforme o art. 885, do CPC. Uma alternativa viável seria determinar a realização de uma nova avaliação em data mais próxima à realização do leilão, segundo a previsão do art. 873, II, do CPC.⁷⁵

Uma solução interessante apresentada por Alexandre Antonio Freitas Câmara é a aplicação analógica do art. 852, inciso I, do CPC, que permite a alienação antecipada dos bens penhorados quando estes estiverem sujeitos à depreciação. Esta é exatamente a situação das criptomoedas. Nesta hipótese, há uma flexibilização procedimental prevista em lei a fim de garantir a eficácia da determinação judicial para a satisfação do crédito.⁷⁶

Renata Souto Maior Baião aponta duas alternativas interessantes, com a finalidade de garantir a imediata conversão da moeda corrente, por intermédio da penhora de criptomoedas em *exchanges*: (i) apreensão dos *Bitcoins* ou (ii) bloqueio da conta nas *exchanges* e sua conversão em “moeda corrente” no momento da penhora.⁷⁷

73 VITORINO, Dhávila Beatriz. A plausibilidade do bitcoin garantir o juízo de execução no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Revista de Direito e as novas Tecnologias*. v. 6, jan./mar. 2020. p.11-27.

74 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da Penhora de Criptomoedas no Processo de Execução Brasileiro. *Revista de processo, jurisdição e efetividade da justiça*. v. 4, n. 1, 2018. 70-90. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/4234>. Acesso em: 26 jun. 2020.

75 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da Penhora de Criptomoedas no Processo de Execução Brasileiro. *Revista de processo, jurisdição e efetividade da justiça*. v. 4, n. 1, 2018. 70-90. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/4234>. Acesso em: 26 jun. 2020.

76 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da Penhora de Criptomoedas no Processo de Execução Brasileiro. *Revista de processo, jurisdição e efetividade da justiça*. v. 4, n. 1, 2018. 70-90. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/4234>. Acesso em: 26 jun. 2020.

77 BAIÃO, Renata B. Souto Maior. *Considerações sobre penhora judicial de bitcoins e sugestões de medidas para sua efetivação*. 2018. Disponível em: www.linkedin.com/pulse/considera%25C3%25A7%25C3%25B5es-sobre-penhora-judicial-de-bitcoins-e-renata/. Acesso em: 14.09.2021.

No primeiro caso, a providência que poderia também ser determinada pelo juízo é de que a *exchange* poderia tornar indisponíveis os *bitcoins* do executado, impedindo-o de realizar transações. As *exchanges*, entretanto, não fazem parte do sistema bancário, inviabilizando a utilização do sistema *Bacenjud* para a pesquisa, mas não obstando o envio de ofícios especialmente destinados para a mesma finalidade.

No segundo caso, a própria *exchange* permitiria o bloqueio ou a venda de apenas parte do saldo de *Bitcoins* do devedor – já que é possível a venda de fração de *Bitcoin* até a oitava casa decimal –, caso a quantia fosse suficiente para cobrir o débito exequendo, bastando, para tanto, que a ordem judicial faça referência ao valor do débito.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), pela 36ª Câmara de Direito Privado, em decisão proferida nos autos do Agravo Instrumento 2202157-35.2017.8.26.0000, publicado em novembro de 2017, entendeu pela plausibilidade da execução de criptomoedas, alegando ainda que o *Bitcoin* se trata de um bem imaterial, possuindo conteúdo patrimonial, portanto sujeito ao ato de constrição.

Ainda, de acordo com o entendimento fixado pelo acórdão, embora o juiz tenha amparo nos meios atípicos para assegurar o cumprimento de decisões que impõem obrigações pecuniárias, o ônus da prova da existência dos bens cabe ao exequente. Além disso, a simples ausência de regulamentação não tem o condão de inviabilizar a penhora, devendo-se oficial às administradoras de moedas criptografadas.

Um contraponto relevante a ser apontado é que o entendimento do julgado acima citado vai de encontro à decisão proferida pela 36ª Câmara de Direito Privado do mesmo Tribunal, no Agravo de Instrumento 2088088-53.2018.8.26.0000, em julgamento ocorrido em maio de 2018. Nele, o Desembargador Relator mostrou-se contrário à possibilidade de penhora de criptomoedas, em razão da inexistência de regulamentação destas por órgãos do controle financeiro nacional.

Torna-se de fundamental relevância a uniformização do entendimento pelos tribunais brasileiros, porquanto uma das grandes mudanças angariadas pelo CPC de 2015 é o dever de uniformização da jurisprudência, visando mantê-la estável, íntegra e coerente conforme o artigo 926, do CPC.

6. CONCLUSÃO

O advento de novas espécies de moedas sempre ocorreu na história da humanidade. Conforme o desenvolvimento da sociedade atual, a incidência da tecnologia abrange quase todas as áreas humanas, e a financeira não poderia ser diferente. Assim, a criação das criptomoedas aproveitou o procedimento do *blockchain*, e as negociações passaram a ser feitas também por meio da criptografia.

O aproveitamento da criação de moedas virtuais, tais como o *bitcoin*, por meio de *softwares* revolucionou a maneira como o dinheiro e os bens materiais de valor pecuniário eram tratados, bem como ressignificou a necessidade de uma autoridade

estatal centralizar e regulamentar moedas. Mas não necessariamente pode ser um fator totalmente benéfico.

No que tange à natureza das criptomoedas, sua definição vai muito além de fatores formais de enquadramento em uma situação que atinja somente o Direito. As implicações ocorrem preponderantemente na esfera tributária dos ordenamentos jurídicos que necessitam regulamentá-las, a fim de que não subsista um vácuo normativo que deixa brechas para lavagem de dinheiro e ocultação de bens.

Na esfera da execução processual, o Brasil enfrenta sérios dilemas na busca pela efetiva satisfação do credor. De nada vale um título judicial ou extrajudicial se o executado não detém patrimônio para responder pelas suas dívidas. Não é razoável, apesar dos julgamentos tratados, que o Estado atribua o ônus da investigação do possível patrimônio convertido em criptomoedas do executado ao exequente, ao menos não totalmente.

A partir da discordância nos julgados (inclusive oriundos do mesmo Tribunal), em que o primeiro julgado traz o entendimento que o ônus da prova quanto aos bens, passíveis de constrição, deve ser do exequente e por outro lado o segundo julgado discorre pela inexistência de regulamentação é evidente que a aparente falta de mecanismos eficazes para encontrar e assim possibilitar a penhora de criptomoedas torna obsoleta a atual pretensão de fazê-lo.

No entanto, métodos ou caminhos alternativos, inclusive corriqueiros nas diligências processuais, podem ajudar o Poder Judiciário a identificar sinais que possam demonstrar a existência de patrimônio do devedor em forma de criptoativos, como a quebra do sigilo da caixa eletrônica de e-mails, em busca de recibos de transferências com corretoras de moedas virtuais, bem como a determinação da quebra do sigilo bancário na procura de transações para essas agências.

Em vista disso torna-se premente a necessidade da regulamentação da exequibilidade das criptomoedas, assim como a pacificação do tema pelo judiciário, uma vez que a discordância de entendimento, pelo mesmo tribunal, sobre a mesma questão traz muitas vezes a ausência de clareza no que diz respeito à pretensão da tutela jurisdicional. É claro que nem sempre as situações concretas são subsumidas com exatidão nas normas existentes, todavia a função precípua da lei é acompanhar a dinâmica social, caso contrário se tornará inócua e sem qualquer valia.

Por fim torna-se primordial o atendimento ao princípio da segurança jurídica no que tange à recuperação de créditos. Assim, a concepção de uma legislação tipificada, bem como o entendimento consolidado da questão, impactará em um volume expressivo de processos que discutem relações patrimoniais, sobretudo na fase de execução, e conseqüentemente evitará a prolação de decisões desconexas com a realidade.

7. REFERÊNCIAS

- ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, Presente e Futuro da Criptografia Forte: Desenvolvimento Tecnológico e Regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4869/0>. Acesso em: 06 mai. 2020.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da Penhora de Criptomoedas no Processo de Execução Brasileiro. *Revista de processo, jurisdição e efetividade da justiça*. v. 4, n. 1, 2018. p. 70-90. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojuridicao/article/view/4234>. Acesso em: 26 jun. 2020.
- ARAÚJO, Vitor Eduardo Lacerda de; FERREIRA, Mariana Suzart Paschoas. Regulação das criptomoedas pelo sistema jurídico brasileiro: estudo de direito comparado. In: *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 3, Abr.-Jun./2019.
- BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.
- _____. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.
- BELANDA, Douglas; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Sistema Blockchain e Insegurança Jurídica quanto à Recuperação de Créditos Afetos a Moedas Virtuais na Sociedade da Informação. *Revista dos Tribunais*. vol. 1006, ago. 2019. p. 165-185.
- BRITO, Gabriel Oliveira. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Bitcoins: Considerações Sobre a sua Definição e Natureza Jurídica. In: Encontro Internacional do CONPEDI/GO, Goiânia, 2019. *Anais. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis*, 2019. p. 78-95. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/twsv4bw4/L21IBdU59pvP6XcR.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.
- CAMARA, Maria Amalia Arruda; CRUZ, Lucas Luiz Bezerra da. O Papel das Criptomoedas na Garantia da Liberdade. *Revista Científica Disruptiva*, v. 1, n. 1, Jan.-Jun./2019. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/16>. Acesso em: 15 set. 2021.
- CASTELLO, Melissa Guimarães. Bitcoin é moeda? Classificação das Criptomoedas para o Direito Tributário. *Rev. Direito GV, São Paulo*, v. 15, n. 3, e1931, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300205&lng=en&nrm=iso. Acesso em 27 mai. 2020. Epub Oct 28, 2019. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201931>.
- DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e Agenda 2030. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 121-141. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4938>. Acesso em: 04 mai. 2020.
- GUARAGNI, F. A.; SANTANA, H. L. de S.; MORAES, F. A. Regulação Das Criptomoedas: Política Anti-Lavagem De Dinheiro. *Relações Internacionais no Mundo, [s. l.]*, v. 1, n. 25, 2019. p. 1–18. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=142844056&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 25 mai. 2020.

- GUERRA, G. R.; MARCOS, H. J. B. Legal Remarks on the Overarching Complexities of Crypto Anti-Money Laundering Regulation. *Revista Jurídica (0103-3506)*, [s. l.], v. 4, n. 57, 2019. p. 83–115. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=141690429&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 25 mai. 2020.
- MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A Reconstrução da Jurisdição pelo Espaço Digital: Redes Sociais, Blockchain e Criptomoedas como Propulsores da Mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. p. 142-157. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5028>. Acesso em: 02 mai. 2020.
- MOURA, L. M. F. DE; BRAUNER, F. D; JANISSEK-MUNIZ, R. Blockchain and a Technological Perspective for Public Administration: A Systematic Review. *RAC - Revista de Administração Contemporânea*, [s. l.], v. 24, n. 3, 2020. p. 259–274. DOI 10.1590/1982-7849rac2020190171. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=141855385&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 28 abr. 2020.
- NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin Open Source Implementation of P2P Currency. *P2P Foundation* (Feb. 11, 2009). Disponível em: <http://p2pfoundation.ning.com/forum/topics/bitcoin-open-source>. Acesso em: 28 mai. 2020.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: volume único. 10. ed. Salvador: *Ed. JusPodivm*, 2018.
- REBELO, Maria Paulo. Os Desafios do RGPD Perante as Novas Tecnologias Blockchain. *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 46, 2019. p. 117-131. Epub 01-Oct-2019. Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000200008&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 29 abr. 2020.
- RIBEIRO, Aureo L. M. *Projeto de Lei nº 2.303/2015*, que altera as Leis nº 12.865, de 2013 e 9.613, de 1988. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em: 25 mai. 2020.
- SIERRA, Juan Jorge Almonacid; ÁVILA, Yeisson Coronel. Aplicabilidad de la Inteligencia Artificial y la Tecnología Blockchain en el Derecho Contractual Privado. *Rev. Derecho Privado*, Bogotá, n. 38, 2020. p. 119-142. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662020000100119&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n38.05>.
- SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias. A Impossibilidade de Regulação jurídica Nacional do Blockchain: Rumo à um Direito Criptográfico?. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 13, n. 31, 2018. p. 43-70. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2725>. Acesso em: 29 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2725>.
- SILVA, Carlos Henrique Duarte da. Blockchain: O que é e como Funciona? *IBM*, 2017. Disponível em: <https://www.ibm.com/blogs/systems/br-pt/2017/06/05/blockchain-o-que-e-e-como-funciona/>. Acesso em: 04 mai. 2020. VITORINO, Dhávila Beatriz. A plausibilidade do bitcoin garantir o juízo de execução no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. vol. 6, jan./mar. 2020. p. 11-27.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

Eficácia extraprocessual da estabilização da tutela antecipada antecedente

Extra-procedural efficacy of the preliminary injunctive relief

Juliana Melazzi Andrade

Master's candidate at Rio de Janeiro State University, Brazil

Resumo: As decisões de tutela de urgência se prestam principalmente para que o custo da duração do processo seja mais bem distribuído, evitando-se danos à parte em uma perspectiva endoprocessual. Com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da tutela antecipada antecedente, passamos a ter um instituto com relevância extraprocessual, em razão da estabilidade gerada por esta decisão. O objetivo deste trabalho, portanto, é analisar a eficácia positiva da decisão de tutela antecipada antecedente. Além disso, defende-se a possibilidade de haver a quebra dos efeitos da decisão de tutela antecipada antecedente mesmo após os dois anos previstos em lei para o ajuizamento da ação revisional. Será, ainda, abordada a atribuição de eficácia de coisa julgada material à decisão de estabilização de tutela antecipada antecedente por convenção processual.

Palavras-chave: Tutela antecipada antecedente – Estabilização – Eficácia extraprocessual – Convenções processuais.

Abstract: Injunctive relief decisions are mainly used to ensure better distribution of the cost of the duration of the procedure, thus avoiding damages to the party in an endoprocedural perspective. With the introduction of the preliminary injunctive relief in the Brazilian legal system, we gain an institute with an extra-procedural relevance, due to the stability generated

by it. The purpose of this paper is, therefore, to analyse the positive efficacy of the preliminary injunctive relief. In addition, it is argued to be possible to cease the effects of the preliminary injunctive relief even after the two years established by law for the prosecution of a revisional action. The paper will also discuss the attribution of *res iudicata* to the preliminary injunctive relief decisions by contractual procedure.

Keywords: Preliminary injunctive relief – Stabilization – Extra-procedural efficacy – Contract procedure.

Sumário: 1. Introdução – 2. Estabilização da tutela antecipada antecedente no estudo das estabilidades processuais – 2.1. Meios de impugnação e quebra da estabilidade – 2.2. Ação para revisão, reforma ou invalidação da decisão – 3. Observância da decisão da tutela antecipada antecedente estabilizada em demandas futuras – 3.1. A vinculatividade das razões de decidir – 3.2. Eficácia positiva da decisão de tutela antecipada antecedente – 3.3. Afinal, é possível a quebra dos efeitos da decisão de tutela antecipada antecedente? – 4. Negócio jurídico processual que confere a eficácia de coisa julgada à decisão estabilizada – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Como se sabe, a previsão da tutela de urgência nos arts. 300 a 310 do CPC visa a neutralizar o prejuízo decorrente da duração do processo de cognição plena e exauriente. Trata-se de uma técnica processual diferenciada para obter a inversão do tempo no processo que ocorre em juízo de *probabilidade* em relação ao mérito, e não de *certeza*.¹

Ciente da demora do processo civil brasileiro, o legislador prevê um mecanismo para garantir que a pretensão do autor não se esvazie com o decurso do tempo, desde que evidenciada a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e não haja perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, *caput* e §3º, do CPC). Como o CPC/15 previu como norma fundamental do processo civil o direito de as partes obterem em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), a previsão de tutela de urgência é instrumento que atua em prol desse direito.

A instituição de procedimentos sumários em geral tem o objetivo de escapar do elevado custo e da morosidade dos procedimentos tradicionais, que prejudicam a eficácia concreta dos direitos dos jurisdicionados.² Por isso é que se afirma que são criadas *técnicas de sumarização* para que o custo da duração do processo seja

1 ZANETI JR., Hermes; REGGIANI, Gustavo Mattedi. Estabilização da tutela antecipada antecedente e incidental: sugestões pragmáticas para respeitar a ideologia de efetividade do CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 284, out./2018, p. 213-235.

2 GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. X, p. 276.

melhor distribuído.³ Diante dos requisitos previstos em lei, o autor assume o risco de ver o pedido julgado improcedente ao final do processo e ter que responder pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa (art. 302 do CPC).

Sob esse prisma é que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a tutela antecipada antecedente (arts. 303 e 304 do CPC) para os casos de elevada urgência. Por meio do instituto, admite-se que, inicialmente, a parte postule unicamente a tutela de urgência, limitando-se a tutela final pretendida. Após a apreciação do pedido de tutela antecipada, o autor poderá aditar a petição inicial, com a complementação da argumentação, para, finalmente, prosseguir o processo com a defesa do réu, réplica, fase instrutória e sentença que apreciará a demanda em cognição exaustiva.

Tal como as demais decisões de tutela de urgência, a tutela antecipada antecedente visa a garantir a satisfação de uma pretensão desde logo, ciente da possibilidade do longo trâmite processual. Seu maior reflexo é, sem dúvidas, endoprocessual, mas procuraremos demonstrar os efeitos extraprocessuais dessa decisão.

2. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO ESTUDO DAS ESTABILIDADES PROCESSUAIS

A tutela antecipada antecedente se dá quando a parte vai a juízo requerer apenas o pedido de tutela antecipada com a indicação do pedido de tutela final. Isso ocorre em decorrência da necessidade de se obter uma resposta jurisdicional de imediato quando há “urgência contemporânea à propositura da ação” (art. 303 do CPC). A tutela antecipada antecedente é reconhecida como instrumento que utiliza uma técnica de “monitorização do processo” ou generalização da técnica monitoria para situações de urgência e satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.⁴ Da mesma forma como ocorre na ação monitoria, permite-se ao juiz conceder a pretensão do autor mediante cognição sumária e, em seguida, inverte-se o ônus da instauração de um processo de cognição exauriente, que pesará sobre o réu.⁵

Para que haja a sua estabilização, é necessário que (i) o autor indique expressamente a pretensão de estabilidade ao formular o pedido de tutela antecipada antecedente na petição inicial, não podendo vir a manifestar a intenção de dar prosseguimento ao

3 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 899.

4 Afirma-se que, junto aos arts. 700 a 702 do CPC, integra um “microsistema de técnica monitoria” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, vol. II, p. 685).

5 TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 209, jul./2012, p. 13-34.

processo após a obtenção da tutela;⁶ (ii) o juiz defira o pedido; e (iii) o réu não se insurja contra essa decisão. Heitor Sica apresenta, ainda, um pressuposto negativo, que é não se tratar de casos em que o legislador ressalvou os efeitos materiais da revelia.⁷

De acordo com o art. 304, *caput*, do CPC, a tutela antecipada concedida nos termos do art. 303 torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Na verdade, como melhor será abordado a seguir, não havendo a interposição de recurso ou de outro meio de impugnação contra a decisão que deferiu a tutela antecedente, o processo será extinto sem julgamento do mérito, mas, no prazo de dois anos, quaisquer das partes poderá ajuizar uma ação para a revisão, reforma ou invalidação da decisão, conforme art. 304, §§2º e 5º, do CPC. Isto é, de acordo com o previsto no CPC, será possível rever, reformar ou invalidar, no período de dois anos, a tutela antecipada estabilizada.

Por sua vez, a coisa julgada, nos ensinamentos clássicos de Barbosa Moreira, recai sobre o conteúdo do comando decisório,⁸ de modo que, com o trânsito em julgado de uma decisão, será constituída situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença. A coisa julgada, nesse sentido, é efeito do trânsito em julgado da sentença e obsta que se emita novo comando jurisdicional sobre o mesmo objeto processual.⁹

É possível perceber uma primeira diferença entre a coisa julgada e a estabilização da tutela antecipada antecedente: nesta se atingem apenas os *efeitos da decisão*, de modo que não se declara quem tem o direito, o que possibilita rediscuti-lo em outra ação.¹⁰ Em outras palavras, enquanto a coisa julgada atinge o conteúdo da decisão, a estabilização da tutela limita-se a fazer com que os efeitos da tutela se prologuem no tempo.¹¹

Além disso, afirma-se que a coisa julgada tem efeito positivo, consubstanciado na incorporação do conteúdo estável a outros processos, enquanto a estabilização da tutela provisória não possuiria esse efeito.¹²

6 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, vol. II, p. 686-693. O STJ já entendeu desnecessário o requerimento expresso quando possível depreender da interpretação da petição inicial que o autor se utiliza do procedimento da tutela antecipada antecedente: STJ, REsp 1760966/SP, 3ª T., Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04/12/2018.

7 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. In: Didier Jr, Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (orgs). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, v. 4, 2016, p. 245.

8 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. 81-89.

9 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e a sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 44-46.

10 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 315.

11 MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. *Revista de Processo*, vol. 279, maio/2018, p. 225-243.

12 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 315-317.

Acrescente-se que não há cognição exauriente na decisão da tutela antecedente, como ocorre na coisa julgada,¹³ porquanto se analisa a pretensão do autor somente por uma cognição sumária, sem o aprofundamento do diálogo normalmente existente entre as partes ao longo do trâmite processual que culmina com uma sentença final.

Ainda, defende-se que a estabilidade não incide sobre a resolução da questão prejudicial (art. 503, § 1º, CPC), como pode ocorrer com a coisa julgada, desde que satisfeitos os requisitos do art. 503, §§1º e 2º, do CPC.¹⁴

Outra diferença é que a *causa petendi* da ação autônoma de impugnação voltada a rediscutir a relação de direito material relativa à tutela antecipada antecedente seria de fundamentação livre, ao passo que o rol do art. 966 do CPC, que traz as hipóteses de rescindibilidade, é taxativo.¹⁵ A ideia é que, enquanto na ação rescisória para desconstituir a coisa julgada o autor deve se ater às hipóteses elencadas no CPC, na ação revisional prevista no art. 304 do CPC o objetivo é permitir à parte rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada em cognição exauriente. Tendo havido a previsão pelo legislador de um instrumento específico para revisão, reforma ou invalidação com cognição exauriente e sem limitação dos casos em que isso poderá ocorrer, a compreensão é a de que esse instrumento é bastante amplo, ao contrário das ações rescisórias em que houve a delimitação dos casos que permitem a rescisão.

2.1. Meios de impugnação e quebra da estabilização

Após a vigência do CPC/15, alguns doutrinadores se manifestaram no sentido de que para obstar a estabilização da tutela antecipada antecedente, o réu deveria, necessariamente, interpor agravo de instrumento contra a decisão que a concedeu.¹⁶⁻¹⁷

13 GODINHO, Robson Renault. Comentários ao art. 304 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.), *Comentários ao novo código de processo civil*, 2. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 480-481. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, vol. II, p. 694-695.

14 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Estabilidade Soberana da Tutela Provisória e Coisa Julgada: uma proposta de sistematização. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n° 79, jul.-ago./2017, p. 26-39.

15 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Estabilidade Soberana da Tutela Provisória e Coisa Julgada: uma proposta de sistematização. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n° 79, jul.-ago./2017, p. 26-39.

16 ALVIM, Thereza; CARVALHO, Vinícius Bellato Ribeiro de. Requisitos para a estabilização da tutela antecipada. *Revista de Processo*, vol. 303, maio/2020, p. 183-206; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n° 56, abr.-jun./2015, p. 75-76.

17 Quando há a interposição de recurso, poderá haver a estabilização ainda que ele seja intempestivo. No entender de Ravi Peixoto, mesmo na eventual hipótese de o recurso ser inadmitido pela inobservância da juntada aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso (art. 1.018), deve ser impedida a estabilização, pois o CPC exige apenas a interposição do recurso, não sendo necessário que os requisitos de admissibilidade sejam preenchidos. Assim, apenas o vício da intempestividade do agravo de instrumento permite a estabilização porque, nesse caso, no momento da interposição do recurso, já teria sido preenchido o suporte fático da estabilização, que é a não utilização de qualquer instrumento apto a impedir a estabilização da tutela antecipada

Esse entendimento já foi adotado pelo STJ,¹⁸ mas, na doutrina, a conclusão que tem prevalecido é de que não apenas a interposição de recurso contra a decisão de tutela antecipada antecedente é capaz de obstar a estabilização, como também a contestação,¹⁹ o pedido de reconsideração,²⁰ embargos de declaração com efeitos infringentes,²¹ sucedâneo recursal como a suspensão de segurança, reclamação, reconvenção²² ou qualquer meio de impugnação,²³ no que se inclui uma simples manifestação pela realização da audiência de conciliação ou de mediação.²⁴ De fato, não parece fazer sentido ter que impor à parte o ônus de elaborar um recurso ao tribunal, quando pode se insurgir contra a decisão nos próprios autos, sem precisar recolher custas processuais para tanto ou se submeter à apreciação – por vezes demorada – do recurso pelo tribunal.

Essa impugnação pode ser parcial, sob o aspecto subjetivo ou objetivo. Além disso, é possível que, havendo litisconsórcio passivo, um dos litisconsortes impugne e a decisão não seja estabilizada apenas em relação a esse réu ou, caso a impugnação aproveite

(PEIXOTO, Ravi. Estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência: instrumentos processuais aptos a impedi-la e interpretação da petição inicial – uma análise do Recurso Especial 1.760.966. *Revista de Processo*, vol. 292, jun./2019, p. 357-374).

- 18 STJ, REsp 1797365/RS, 1ª T., Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, julgado em 03/10/2019.
- 19 “(...) se, não recorrendo da liminar, o réu, citado, se defende, o direito à tutela jurisdicional efetiva e as garantias do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição), lhe asseguram a possibilidade de que a revogação seja determinada, caso acolhida a sua defesa” (GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XIV, p. 305).
- 20 GODINHO, Robson Renault. Comentários ao art. 304 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.), *Comentários ao novo código de processo civil*, 2. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 481. Em sentido contrário: PEIXOTO, Ravi. Estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência: instrumentos processuais aptos a impedi-la e interpretação da petição inicial – uma análise do Recurso Especial 1.760.966. *Revista de Processo*, vol. 292, jun./2019, p. 357-374.
- 21 GOUVEIA, Lúcio Grassi. Breves considerações acerca da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. *Revista de Processo*, vol. 280, jun./2018, p. 185-209.
- 22 REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, vol. 244, jun./2015, p. 167-192. Afirmando que a suspensão de segurança não tem o condão de evitar a estabilização: PEIXOTO, Ravi. Estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência: instrumentos processuais aptos a impedi-la e interpretação da petição inicial – uma análise do Recurso Especial 1.760.966. *Revista de Processo*, vol. 292, jun./2019, p. 357-374.
- 23 STJ, REsp 1760966/SP, 3ª T., Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04/12/2018; MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. *Revista de Processo*, vol. 279, maio/2018, p. 225-243; MITIDIERO, Daniel. Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 4, n. 39, abr./2015, p. 17, disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>, acesso em 27/04/2021; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2020, livro eletrônico; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. In: Didier Jr, Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (orgs). *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, v. 4, 2016, p. 239; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 490.
- 24 MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thompson Reuters, 2019, p. 146.

a todos os réus, não haja estabilização para nenhum deles. De forma semelhante, se uma parcela da decisão for impugnada, haverá a estabilização objetiva parcial.²⁵

2.2. Ação para revisão, reforma ou invalidação da decisão

Como já destacado, dispõem os §§ 2º a 6º do art. 304 do CPC que, após a prolação de decisão de tutela antecipada antecedente e de sua estabilização, poderá ser ajuizada ação para “rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”. Referida ação poderá também servir para confirmar a decisão, em cognição exauriente, que passará a fazer coisa julgada.²⁶ Apesar de ter havido o deferimento da tutela de urgência em favor do autor na ação anterior, caberá ao autor na ação revisional provar a existência dos fatos constitutivos do seu direito e o réu deverá provar a existência dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos,²⁷ da mesma forma que aconteceria se houvesse cognição exauriente em continuidade ao processo após o deferimento da tutela antecipada.

Passados os dois anos para o ajuizamento da ação revisional, a doutrina diverge sobre a eficácia dessa decisão.

Uma parte da doutrina entende que a decisão proferida em tutela antecipada antecedente poderia ser rediscutida como qualquer outra decisão de tutela provisória, de maneira que, até mesmo após o prazo de dois anos, poderia ser proposta ação para desfazer a decisão. O problema desse entendimento é tornar letra morta o art. 304, § 5º, do CPC, que prevê expressamente um prazo para o ajuizamento de ação revisional. Por isso, alguns autores passaram a afirmar que haveria a formação de coisa julgada após os dois anos, ao fundamento de que, quando o art. 304, §6º, do CPC prevê que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, essa previsão estaria limitada ao período de dois anos.²⁸

Em contraposição, surgiu um entendimento intermediário, no sentido de que há uma estabilização com caráter de definitividade, mas sem a eficácia da coisa julgada material, o que nos parece mais correto. Por um lado, respeita-se o § 5º do art. 304, ao considerar o prazo bienal para a propositura da ação revisional; por outro lado,

25 TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 209, jul./2012, p. 13-34.

26 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, vol. II, p. 693.

27 BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*, vol. 273, nov./2017, p. 191-253.

28 GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XIV, p. 304; REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, vol. 244, jun./2015, p. 167-192; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. As quatro espécies de coisa julgada no novo CPC. *Revista brasileira de direito processual: RBDPro*, v. 26, n. 101, jan.-mar./2018, p. 247-266.

esse entendimento está de acordo com o § 6º do art. 304, sendo coerente com a expressa exclusão da aptidão do provimento a fazer coisa julgada. Além disso, esse entendimento parece estar mais de acordo com a intenção do legislador brasileiro em relação ao instituto da tutela de urgência antecipada, cujo escopo é aquele de resolver situações momentâneas, em cognição sumária.²⁹

Na verdade, tem sido majoritário o entendimento que afasta a formação de coisa julgada³⁰ e, portanto, o cabimento de ação rescisória contra essa decisão.³¹ Defende-se que a coisa julgada seria incompatível com a cognição meramente sumária que respalda a concessão da medida de urgência.³²⁻³³ Assim, não será mais possível reformar ou invalidar a tutela antecipada, mas as partes poderão discutir em outra ação o direito suposto para conceder a tutela, como, por exemplo, rediscutir a ilicitude sumariamente afirmada para a concessão da tutela antecipada inibitória, não obstante essa tutela não possa mais ser reformada ou invalidada.³⁴

No entender de Roberto Gouveia Filho, Ravi Peixoto e Eduardo Costa, teríamos um novo fenômeno denominado imutabilidade das eficácias antecipadas.³⁵ Os autores apresentam o exemplo em que é ajuizada uma ação para que se determine o desfazimento de um muro e é deferida e estabilizada a tutela antecedente. Passados os

29 Contraopondo-se à formação de coisa julgada material, Giovanni Bonato afirma que “o obstáculo parece ser mais de tipo político e fruto de uma escolha discricionária do legislador infraconstitucional. Contudo, essa escolha legislativa tem que ser levada em conta, pois é necessário interpretar a técnica da estabilização, objeto da presente análise, de acordo com as disposições contidas no CPC” (BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*, vol. 273, nov./2017, p. 191-253).

30 Ver: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, vol. II, p. 694-695; MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. *Revista de Processo*, vol. 279, maio/2018, p. 225-243; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. São Paulo: RT, 2015, livro eletrônico; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 56, abr.-jun./2015, p. 77-81; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. In: Didier Jr, Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (orgs). *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, v. 4, 2016, p. 241-244.

31 Enunciado 33 do FPPC: Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência.

32 “Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo (art. 5.º, LIV, da CF/1988 (LGL\1988\3))”. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 209, jul./2012, p. 13-34

33 Essa limitação cognitiva já foi até mesmo fundamento para que se defendesse que a sentença proferida em juizados especiais não poderia ter a mesma estabilidade da coisa julgada no processo de conhecimento de cognição exaustiva: GRECO, Leonardo. Os juizados especiais como tutela diferenciada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. III, p. 44.

34 MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. *Revista de Processo*, vol. 279, maio/2018, p. 225-243.

35 Em outra oportunidade, Eduardo Costa chama de “superestabilização”: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 431.

dois anos, não será possível determinar o refazimento do muro, mas pode ser proposta ação para que o autor indenize o réu por eventuais danos causados pela demolição.³⁶ Nesse caso, os efeitos do provimento obtido pelo autor em tutela antecipada antecedente estabilizada não poderão mais ser discutidos após os dois anos, mas outras pretensões relativas à mesma causa de pedir poderão ser discutidas em juízo.

Entende-se, dessa forma, que o prazo de dois anos extingue o direito de os interessados voltarem-se contra os efeitos da tutela antecipada antecedente, mas não afeta o direito de questionarem em juízo o ponto sobre a qual versou a tutela antecipada estabilizada.³⁷

De forma diversa, Daniel Mitidiero entende que após os dois anos não haverá a formação de coisa julgada, mas continuará sendo possível “o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supressio*)”. Os impactos da estabilização, para Mitidiero, seriam no plano do ônus da prova: se antes da estabilização o autor tinha o ônus da prova, posteriormente, esse ônus será transferido àquele que tiver interesse no exaurimento da cognição. Há um “efeito processual favorável àquele que obteve a estabilização, sem que se comprometa o direito à adequada cognição do direito material”.³⁸

3. OBSERVÂNCIA DA DECISÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA EM DEMANDAS FUTURAS

Já se afirmou que uma decisão sobre tutela antecipada antecedente não é feita para ter o mesmo nível de estabilidade que uma sentença que fez coisa julgada material. Analisa-se o litígio apresentado pelo autor em cognição sumária, ciente de que poderá ser modificado ou revogado posteriormente, em uma ação revisional. Após o prazo de dois anos para a revisional, teremos uma estabilização mais forte que a existente nas decisões de tutela provisória em geral, mas que não alcança o nível de estabilidade da coisa julgada material – nível mais elevado das estabilidades.

Apesar dessa diferenciação feita em relação à coisa julgada, entendemos que, ao contrário do que vem sendo defendido em doutrina, a decisão de tutela antecipada antecedente estabilizada deve ser observada em demandas futuras. No período de dois anos, o legislador permitiu às partes ajuizar uma ação revisional e nela rever *todos* os aspectos da demanda em que foi deferida a tutela antecedente, porém em

36 GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 10, vol. 17, n. 2, jul.-dez./2016, p. 571-573.

37 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2020, livro eletrônico.

38 MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thompson Reuters, 2019, p. 149.

cognição exauriente. O mesmo raciocínio, contudo, não pode ser adotado em relação às demandas ajuizadas *após* os dois anos.

Para tanto, passa-se a elencar algumas premissas que fundamentam essa observância em demandas futuras.

3.1. A vinculatividade das razões de decidir

Após o deferimento da tutela antecipada antecedente e não havendo a objeção do réu, há a prolação de uma sentença que extingue o processo sem o julgamento do mérito, tendo em vista a estabilização da tutela. Como já destacado, a extinção do processo sem a resolução do mérito não faz coisa julgada material (art. 502 do CPC), o que permite que as partes rediscutam o direito na ação de revisão no período de dois anos ou, ultrapassado esse período, em outra ação judicial.

No entanto, não é porque houve a prolação de uma sentença de extinção do processo sem a resolução do mérito que o magistrado poderá desconsiderar a fundamentação adotada nesta sentença e na decisão que deferiu a tutela antecipada de urgência. Em outras palavras, a extinção do processo sem a resolução do mérito não faz coisa julgada material, mas isso não quer dizer que essas decisões anteriormente proferidas possam ser ignoradas.

É comum que, após ser ajuizada e extinta ação em juizado especial cível pela necessidade de produção de prova complexa, a demanda seja reproposta em vara cível e o juiz normalmente a analisa como se a ação no juizado não tivesse existido, pois, nesses casos, não tem muita relevância o que lá foi decidido. Mas podemos pensar, por exemplo, no que ocorre quando reproposta ação após a extinção do processo na forma do art. 485, I, IV, VI e VII, do CPC ou por litispendência, em que o CPC exige, no art. 486, §1º, que na nova ação haja a correção do vício que levou à extinção sem resolução do mérito. A motivação da sentença anterior terá, sim, relevância na nova ação, pois esta não será admitida se o vício não for corrigido.

Como observado por Antonio do Passo Cabral, a cognição judicial é um raciocínio lógico complexo formado por um entrelaçamento entre os diversos pontos controvertidos no processo, de modo que a explicação racional da decisão do juiz é extraída da fundamentação. E se não é apenas a partir do dispositivo que se pode compreender a decisão, mas sim de toda a fundamentação, deve-se concluir que ela também tem efeitos preclusivos.³⁹

O reconhecimento da vinculação dos motivos da decisão não se limita ao estudo da coisa julgada, como sugere o art. 503 do CPC, mas é própria de qualquer tipo de estabilidade processual. Para entender a conclusão de um julgado, é imprescindível

39 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 473.

ler a sua fundamentação, o que demonstra a necessária vinculação existente entre conclusão e fundamentação. É nesse sentido, inclusive, que o art. 489, §3º, do CPC dispõe que a decisão judicial “deve ser interpretada a partir da *conjugação de todos os seus elementos* e em conformidade com o princípio da boa-fé”. O mesmo raciocínio é empregado para a interpretação da inicial de uma demanda pelo princípio da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, extraído do art. 322, §2º, do CPC, segundo o qual o pedido há de ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação, o que permite, p.ex., que se analise pedidos implícitos, sem que reste configurado julgamento *extra petita*.⁴⁰

Até mesmo para evitar que a atividade do intérprete não ocorra com distorções ou com a extração de sentidos da decisão que não seja a que ela comporta, é que a decisão judicial deve ser interpretada pelo seu inteiro teor, e não a partir de trechos isolados. A regra concreta não pode ser identificada exclusivamente no seu dispositivo, pois é preciso identificá-la mediante a leitura de todos os seus elementos.⁴¹ Por esse prisma, a estabilidade da tutela provisória antecedente se estende para a argumentação, o que confere maior racionalidade operativa ao sistema das estabilidades, ao evitar contradições entre duas ou mais decisões completamente incompatíveis entre si.⁴²

Na tutela antecipada antecedente há uma soma de fundamentações: há a fundamentação da sentença de extinção do processo sem a resolução do mérito e a fundamentação da decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente. Ambas formam um conjunto argumentativo que, ao estabilizar-se, passa a ter efeitos preclusivos extraprocessuais.

3.2. Eficácia positiva da decisão de tutela antecipada antecedente

Diante dos aspectos acima, não podemos concordar com o entendimento de que o conteúdo estável da estabilização da tutela antecipada antecedente não deve ser incorporado a outros processos como ocorre em relação à coisa julgada, na forma defendida por Cabral.⁴³ Também não concordamos com Mitidiero ao afirmar que o único efeito da decisão de tutela antecedente seria em relação ao ônus da prova, admitindo-se que haja toda a rediscussão das questões objeto da tutela, mesmo

40 Esse é o entendimento do STJ sobre o tema: STJ, AgInt no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 106.304/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 17/08/2016, DJe 09/09/2016; STJ, REsp 1.537.996/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., julgado em 21/06/2016; STJ, AgInt nos EDcl no AgInt no REsp 1844770/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., julgado em 08/02/2021; STJ, AgInt no REsp n. 1.795.148/MT, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., julgado em 19/11/2019.

41 TERCEIRO NETO, João Otávio. *Interpretação dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 81 e 111-113.

42 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 475.

43 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 315-317.

após os dois anos para o ajuizamento da ação revisional, ao fundamento de que o “direito à adequada cognição da lide” constitui “corolário do direito ao processo justo” e determina “a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada”.⁴⁴

Considerando a vinculatividade das razões de decidir, a decisão de tutela antecipada antecedente deve ser considerada nas demandas ajuizadas após os dois anos.

Passados os dois anos para a revisional, pode ser proposta uma demanda para discutir o *direito em si*, mas não é mais possível desconstituir os *efeitos* da decisão de tutela, que se estabilizaram. Contudo, isso não faz com que os sujeitos do processo possam agir como se a decisão de tutela estabilizada nunca tivesse existido, quando da apreciação desse *direito*. Essa análise não será totalmente livre, pois a decisão estabilizada terá impactos no decidir de outras questões discutidas nessa nova ação.

Exemplificando: se a parte requer, em tutela antecipada antecedente, a internação em hospital em rede conveniada do plano de saúde e a tutela é deferida com a determinação de internação, o juiz deverá levar em consideração o que foi pleiteado e o que foi decidido em tutela antecedente em outra demanda em que se pleiteie a condenação do plano de saúde ao pagamento de indenização por danos materiais caso o autor tenha decidido se internar em hospital fora da rede conveniada.

Em outro exemplo, pode ser deferida a tutela antecipada antecedente para que o plano de saúde cubra a internação do autor. O plano de saúde, ao ser citado, não impugna a decisão, concorda com a internação, mas afirma não ter havido qualquer requerimento prévio. O autor não apresentou documentos que indiquem a negativa do plano, tampouco impugnou a afirmativa do plano quanto à inexistência de requerimento prévio. O juiz, com base nessa concordância e na inexistência de negativa na via administrativa, profere sentença de extinção do processo sem a resolução do mérito na forma do art. 304, §1º, do CPC, e a decisão de tutela se estabiliza – pois não foi impugnada. Entendemos que isso interferirá na cognição do juiz em demanda futura em que o autor pretenda indenização por danos morais afirmando ter sido necessário o ajuizamento de uma ação para que houvesse a internação. Se não foi demonstrada a negativa do plano de saúde na via administrativa e este, de imediato, disse não ter se negado a cobrir a internação e concordar com ela, como regra, não haverá danos morais a serem compensados. Caso essas circunstâncias tenham constado na decisão de tutela, isso deve ser levado em consideração pelo juiz na demanda posterior.

O direito do autor à indenização por danos morais pode não ter sido discutido na primeira demanda. Entretanto, se chegou a ser discutida nessa primeira demanda a inexistência de negativa na via administrativa e isso constou na fundamentação da sentença que extinguiu o processo sem a resolução do mérito, nos parece que esse ponto da decisão não pode ser ignorado em demanda futura. Isso se dá em razão da

44 MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thompson Reuters, 2019, p. 149-150.

vinculação às razões de decidir, o que, repita-se, também ocorre nas sentenças que extinguem o processo sem a resolução do mérito, como se verifica no já citado art. 486, §1º, do CPC.

Assim, a decisão de tutela antecipada antecedente tem, sim, eficácia positiva, porquanto deverá ser levada em consideração para se analisar pretensões pleiteadas em outras demandas, mesmo após o período legal da ação revisional. A eficácia positiva diz respeito à absorção do conteúdo da decisão em demandas futuras. Nesse sentido, e na esteira do afirmado no tópico anterior, as razões de decidir constantes da decisão de tutela antecipada antecedente deverão ser observadas por outros juízos em demandas futuras, considerando a estabilidade conferida pelo ordenamento jurídico a essas decisões.

Também as afirmações feitas pelas partes na demanda da tutela antecipada antecedente não podem ser contrariadas em demanda futura. O *venire contra factum proprium* no âmbito processual ocorre quando há um ato incompatível a outro praticado fora do processo ou em processo diverso.⁴⁵ Essa contradição de comportamentos é que é considerada inadmissível em aplicação do *nemo post venire contra factum proprium*, por violar expectativas despertadas em outrem.

Dessa maneira, a *eficácia positiva da decisão de tutela antecipada antecedente* defendida neste artigo – que não se confunde com a eficácia positiva da coisa julgada –⁴⁶ reflete em demandas futuras também pelas afirmações feitas pelas partes nos autos. Ou seja, mesmo que o direito da parte possa ser apreciado em demanda futura, não se pode ignorar o que já fora afirmado pelas partes, desde que considerado pelo juiz no âmbito da demanda relativa à tutela antecipada antecedente por meio da soma de fundamentações já mencionada.

3.3. Afinal, é possível a quebra dos efeitos da decisão de tutela antecipada antecedente?

Ao longo deste artigo foi ressaltado que, após o deferimento da tutela antecipada antecedente e de sua estabilização, se decorridos dois anos para o ajuizamento da ação revisional, não será mais possível “desfazer” a decisão de tutela, pois os *efeitos* da decisão não poderão mais ser modificados. Essa é a lógica da decisão de tutela antecipada antecedente, que admite a rediscussão do *direito em si* da parte, mas não a modificação dos *efeitos* da decisão de tutela. Entretanto, entendemos que ela comporta exceções.

45 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 308.

46 Defendendo uma manifestação de eficácia negativa e de eficácia positiva da coisa julgada nas decisões de tutela antecipada antecedente: GOMES, Frederico Augusto. *A estabilização da tutela antecipada*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 107-110.

No exemplo apresentado de uma obrigação de fazer, se a decisão de tutela antecipada antecedente foi proferida para que o réu destruía o muro e ele cumpre, não poderá, decorridos os dois anos, reconstruí-lo, mas, no máximo pleitear uma indenização caso se conclua que a destruição foi indevida, na linha do defendido por Roberto Gouveia Filho, Ravi Peixoto e Eduardo Costa.

Todavia, parece ilógico que essa conclusão seja adotada para os casos em que se mostra inviável a compensação do réu, pois, posteriormente, em demanda futura, há a certificação do direito de forma contrária ao que foi decidido em tutela antecipada antecedente. Sempre que se concluir que o autor da demanda não tinha o *direito* e o réu não puder ser indenizado após essa certificação, não poderemos admitir a manutenção dos efeitos da decisão, como vem sendo defendido em doutrina.

A mesma conclusão deve ser adotada em situações absurdas em que a decisão de tutela antecipada antecedente imponha uma obrigação de trato sucessivo. Nesses casos, o réu continua a cumprir com uma obrigação de dar ou de fazer em favor do autor, mas, ao mesmo tempo, deve ser indenizado pelo autor. Cria-se, nesse caso, uma situação ilógica: o réu continua a cumprir com a decisão mês a mês e o autor o indeniza mês a mês por isso. No fundo, a decisão não está mais sendo cumprida, pois o autor é beneficiado por uma obrigação de dar ou fazer, mas tem que pagar por ela.

Alguns exemplos podem auxiliar a compreensão do que ora se defende.

Uma pessoa ajuíza uma ação em face do Estado, obtém em tutela antecipada antecedente o ingresso em uma universidade pública e a decisão se estabiliza. Após os dois anos para o ajuizamento da ação revisional, a pessoa conclui o curso, mas o Poder Público consegue em juízo o reconhecimento de que aquele autor da demanda não tinha direito a cursar a universidade. Nesse caso, será possível pleitear uma indenização pelos gastos que o Estado teve com a manutenção da pessoa na universidade pública – a dificuldade de estipular esse valor e de o aluno conseguir pagá-lo são problemas mais práticos que dependerão do caso concreto, mas que, por si só, não impedem que seja pleiteada uma indenização.

Em outro exemplo, uma pessoa ajuíza uma ação e pede em tutela antecipada antecedente a nomeação em cargo público. A tutela é concedida e se estabiliza. Decorridos os dois anos da ação revisional, é ajuizada nova demanda e é decidido, com trânsito em julgado, que aquela pessoa não tinha direito a ocupar o cargo público. Caso a decisão de tutela continue a produzir efeitos, a pessoa continuará ocupando o cargo público e o Estado deverá pagar a sua remuneração mensal. Ao mesmo tempo, essa pessoa teria que indenizar o Estado por ocupar o cargo público, já que se decidiu que ela não tem direito de ocupá-lo, mas, caso isso ocorresse, teríamos uma situação absurda em que uma pessoa trabalha sem receber remuneração. Por isso, pode-se reconhecer a quebra dos efeitos da decisão de tutela estabilizada para que haja apenas a demissão do cargo.

Se deferida tutela antecipada antecedente para obrigar o plano de saúde a cobrir o tratamento contínuo por *home care*, caso o plano de saúde descubra que o autor da demanda anterior teria falsificado o laudo médico que embasou o pedido de tutela, poderá ajuizar nova demanda para discutir o direito desse autor à cobertura do plano. Caso se conclua que, de fato, o laudo médico era falso e que o autor da demanda não tem direito à internação contínua ou ao *home care*, da mesma forma que no exemplo anterior, teríamos um caso em que o plano de saúde é obrigado a continuar a cobrir o *home care*, mas pode ser indenizado por isso. O plano de saúde cobre o tratamento e o autor da demanda o reembolsa. Diante dessa situação incongruente, é possível perceber que esse fato nos permite afastar os efeitos da decisão de tutela antecipada antecedente anteriormente proferida.

Em mais um exemplo, imagine-se que é ajuizada uma demanda com pedido de tutela antecipada antecedente em que o autor requer que o réu cubra o pagamento de medicamentos de uso contínuo indispensáveis à sua sobrevivência, ao fundamento de que ele teria sido responsável por acidente que lhe causou severas sequelas. O juízo cível defere a tutela antecipada antecedente, que se estabiliza em razão da inércia do réu. Em seguida, o Ministério Público ajuíza ação criminal em face do mesmo réu em que lhe imputa a prática do crime de lesão corporal grave pelo mesmo fato. Posteriormente, o réu é absolvido no juízo criminal por ter sido concluído que ele não seria o autor do crime, mas sim um terceiro.

Por óbvio, a sentença proferida no juízo criminal interfere no que foi decidido no juízo cível, considerando que, nos termos do art. 935 do CC, a responsabilidade civil é independente da criminal, “não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Mais uma vez, não haveria sentido em que o réu continuasse a cobrir pelos medicamentos de uso contínuo e, ao mesmo tempo, fosse indenizado por isso.

Isso também ocorre quando deferido o fornecimento de alimentos provisórios. De acordo com o Enunciado 500 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o regime da estabilização da tutela antecipada antecedente “aplica-se aos alimentos provisórios previstos no art. 4º da Lei 5.478/1968, observado o §1º do art. 13 da mesma lei”. Se após concedidos os alimentos provisórios e tornada estável a decisão, for proferida sentença em ação investigatória de paternidade reconhecendo que o réu da ação de alimentos não é pai, essa sentença também será capaz de quebrar a estabilização da decisão de tutela antecipada antecedente que deferiu os alimentos provisórios.

Em todos esses exemplos podemos chegar à mesma conclusão: (i) havendo o ajuizamento de uma demanda após a estabilização da tutela antecipada antecedente, em que haja a certificação do direito de forma contrária ao que foi decidido na decisão de tutela antecipada antecedente estabilizada e (ii) não sendo possível a indenização do réu ou sendo a solução do pagamento de uma indenização contraditória com o próprio cumprimento da decisão de tutela, essa decisão não deverá ser mantida. Será

possível, nesses casos, obstar a produção de efeitos da decisão de tutela antecipada antecedente, apesar da estabilidade conferida pelo ordenamento jurídico.

Nos casos de obrigações de trato sucessivo ou continuado, temos uma situação semelhante à que ocorre na revisão de sentenças acobertadas pela coisa julgada. De acordo com o art. 505, I, do CPC, em se tratando de relação jurídica de trato continuado, ao sobrevir modificação no estado de fato ou de direito, poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença. Ou seja, a modificação no estado de fato ou de direito permite a revisão da sentença, porquanto há uma alteração da causa de pedir da demanda. A coisa julgada e a imutabilidade do direito se mantêm, mas surge uma nova demanda, diferente da primeira, que impossibilita a produção de efeitos da decisão acobertada pela coisa julgada.⁴⁷

Na estabilização da tutela antecipada antecedente, o surgimento de uma situação que modifique o estado de direito, em decorrência do que é decidido em demanda posterior, é capaz de impedir que os seus efeitos se produzam. Contudo, na revisão de sentença que fez coisa julgada, o juiz julgará uma demanda diferente, pautada em nova causa de pedir e pedido e haverá nova certificação de um direito e coisa julgada. Na decisão de tutela antecipada antecedente, não temos uma nova causa de pedir ou pedido, mas sim a impossibilidade de a decisão de tutela antecipada antecedente continuar a produzir os seus efeitos, em razão da certificação do direito em sentido contrário em outro processo.

A revisão do que foi decidido em sentença acobertada pela coisa julgada e a interrupção dos efeitos da tutela antecipada antecedente estabilizada se assemelham pelo fato de haver em ambas as situações obrigações de trato sucessivo, que se renovam a cada novo período. Por conseguinte, as obrigações já concluídas não serão atingidas pela modificação no estado de fato ou de direito. É apenas a partir dessa modificação que a decisão não produzirá mais os seus efeitos. Incide a cláusula *rebus sic stantibus*, que significa que a decisão atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da sua prolação; uma vez alteradas essas situações, essa alteração interferirá nos efeitos da decisão.

Todavia, nas decisões de tutela antecipada antecedente, embora mantidas as obrigações já constituídas, admite-se a cobrança de uma indenização, quando possível, visto que não houve a certificação de um direito como na coisa julgada. Ainda que a decisão de tutela antecipada antecedente possa se estabilizar, esse fato, como já destacado, diz respeito aos *efeitos da decisão*, e não ao *direito em si*. Havendo a certificação do direito em sentido contrário ao decidido em tutela antecipada antecedente, os efeitos não poderão perdurar e os efeitos produzidos anteriormente, porquanto indevidos, deverão ser indenizados, apesar de não poderem ser desconstituídos.

47 ASSIS, Araken de. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris*, v. 16, n. 46, jul./1989, p. 77-96.

4. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL QUE CONFERE A EFICÁCIA DE COISA JULGADA À DECISÃO ESTABILIZADA

De acordo com o Enunciado 32 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente, com base no art. 190 do CPC. Admite-se que as partes prevejam, antes ou durante o processo, que a decisão que deferir a tutela antecipada antecedente se estabilizará, de maneira que nenhum meio de impugnação será capaz de obstar essa estabilização. Reconhece-se que as partes podem convencionar sobre os efeitos de uma decisão judicial contra si mesmas, e, ainda que interposto agravo de instrumento contra a decisão de tutela, esta manterá o efeito da estabilização.

As convenções processuais permitem uma ampla negociação sobre o procedimento. Fala-se em ampla porque, ainda que haja limites para a celebração, têm sido pensadas e defendidas em doutrina diversas convenções atípicas. Nesse sentido, pode-se questionar se as partes poderiam, por meio de uma convenção processual, determinar que a decisão da tutela antecipada antecedente, além de se estabilizar, poderá ter os mesmos efeitos da coisa julgada material.

Como regra, para a formação da coisa julgada material, terá havido uma cognição exauriente, em decorrência da maior profundidade da atividade cognitiva, ao contrário das decisões sobre tutela provisória, em que a análise do juiz sobre a pretensão do autor é mais superficial, pelo que há cognição sumária.⁴⁸ Apesar disso, sendo as partes da convenção capazes e versando o processo sobre direitos que admitam a autocomposição,⁴⁹ não vemos óbice à celebração de uma convenção que vincule as partes à eficácia da decisão de tutela antecipada antecedente como houvesse, concretamente, a formação de coisa julgada material.

Essa cláusula também não esbarraria em limites gerais apontados em doutrina para as convenções processuais: as partes não estariam derrogando uma norma legal, pelo que não violariam o limite da reserva legal;⁵⁰ a priori, não se viola a boa-fé ou a cooperação, desde que as informações sejam prestadas de norma clara e precisa, tendo as partes pleno conhecimento do conteúdo do acordo a previsibilidade do vínculo assumido; deve ser observada a isonomia entre os convenientes; e não há a transferência de externalidades econômicas para o Poder Judiciário ou para terceiros.⁵¹

48 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 83-84.

49 O que não se confunde com a indisponibilidade do direito, a qual não obsta a celebração de convenções processuais, conforme Enunciado 135 do FPPC (“A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”) e como já defendemos em outra oportunidade: ANDRADE, Juliana Melazzi. Negócios jurídicos processuais na execução fiscal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 2, p. 569-586.

50 Na verdade, as partes estão acrescentando algo não previsto pelo legislador, e não derrogando.

51 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 360-378.

Em relação aos limites específicos das convenções processuais atípicas, notadamente a colisão de direitos fundamentais,⁵² não nos parece que haveria violação aos princípios e garantias fundamentais do processo, pois as partes estariam livremente dispondo sobre uma prerrogativa que lhes é própria. Se elas são as titulares das situações processuais, não há por que vedar que possam delas dispor.⁵³

Mesmo que a convenção processual interfira na cognição do juiz, ela deve ser admitida por dizer respeito ao interesse exclusivo das próprias partes e, pois, ao autorregramento das partes no processo. É equivocado vedar uma convenção processual nesse sentido com fundamento na limitação da atividade do juiz nessa nova demanda. Na realidade, a celebração de todo e qualquer negócio jurídico processual repercute inexoravelmente na atividade do juiz, o que, por si só, não atinge (ou, ao menos, não deveria atingir) a sua admissibilidade.⁵⁴

O objetivo principal da estabilização da tutela antecipada é a racionalização da atuação judiciária, encerrando processos em que, ao se produzir um resultado prático contra o réu, este não se insurgiu.⁵⁵ Por isso, parece interessante que as partes queiram se valer desse encerramento do processo para que a estabilização possa ter eficácia de coisa julgada, em observância à tutela dos seus interesses. As partes, nesse sentido, estão em melhor condição para definir o procedimento de acordo com seus interesses e com a importância que o conflito a elas se apresenta.

Essa eficácia da coisa julgada conferirá às partes maior segurança jurídica ao impedir que o direito seja rediscutido em outra demanda. Isso obsta, evidentemente, a possibilidade de ser ajuizada a ação revisional prevista pelo legislador como forma típica de revisão da tutela antecipada antecedente, pois a questão já terá sido decidida

52 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 378-390.

53 Pense-se, por exemplo, no *pactum de non petendo*, definido como “negócio jurídico processual por meio do qual determinada parte compromete-se, de forma temporária ou definitiva, a não exigir determinado direito ou parte dele, podendo também prometer não se valer de um mecanismo processual ou procedimental a que teria direito para satisfação da obrigação” (TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular: o pactum de non petendo* reinterpretado. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 58). Nessas convenções processuais, as partes deliberam sobre suas prerrogativas de agir em juízo, ensejando a obrigação de se abster de ajuizar uma demanda judicial, de reconvir, de formular pedido contraposto ou exigir algum contradireito correlato (CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. *Revista de Processo*, vol. 305, jul./2020, p. 17-44).

54 GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antonio do Passo. *Grandes temas do novo CPC - Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, vol. 1, 2019, p. 550. De forma semelhante, admite-se que a cognição do juiz acerca do ônus da prova possa ser disposta pelas partes (GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, vol. III, p. 576-590) e que a cognição do juiz sobre as questões de fato e de direito sejam delimitadas pelas partes consensualmente (art. 357, §2º, do CPC).

55 TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. *Revista de Processo*, vol. 246, ago./2015, p. 455-482.

com a imutabilidade característica da coisa julgada. E, dirigindo-se à tutela da segurança jurídica das *partes*, e não do estado-juiz, não há razão para se impedir a celebração dessa convenção processual.⁵⁶⁻⁵⁷

Não há dúvidas dos benefícios para o autor da ação, pois uma das vantagens da tutela antecipada antecedente é que poderia ser “inutilmente custoso prosseguir com a demanda de cognição plena e exauriente”.⁵⁸ Além disso, ao se convencionar para que haja a incidência da coisa julgada na tutela provisória estabilizada, o autor verá sua pretensão não apenas “estabilizada” em seus efeitos, como também decidida em definitivo, sem que possa ser surpreendido com uma ação posterior do réu buscando reverter o que foi decidido.

O réu, por sua vez, garante que aquele será o pior cenário possível da condenação, pois o autor não poderá mais rediscutir o mesmo pedido em outra ação judicial. Por isso, a atribuição convencional da eficácia da coisa julgada a este tipo de estabilidade daria maior proteção à situação jurídica decidida.

Tradicionalmente, afirma-se que para que haja coisa julgada deve haver cognição exauriente. A coisa julgada, que tem por essência a imutabilidade, seria “constitucionalmente incompatível com a decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação”.⁵⁹ Esse é justamente um argumento apontado para afastar a coisa julgada após o período de dois anos para o ajuizamento de demanda visando à desconstituição da tutela estabilizada, considerando que decisões baseadas em cognição sumária não poderiam ter o mesmo *status* das decisões baseadas na cognição exauriente, em razão do déficit de investigação dos fatos nas primeiras.⁶⁰ Defende-se, ainda, que seria de duvidosa constitucionalidade equiparar os efeitos da coisa julgada existente após o contraditório, ampla defesa e

56 De modo semelhante, sugere-se a celebração de convenção processual para mitigar a estabilidade da preclusão, considerando que “não importa contradizer qualquer ato de império estatal, mas sim suprimir as consequências da exclusão de um direito processual das partes, que é cominada em atenção, sobretudo, às garantias fundamentais da segurança jurídica e da duração razoável do processo, e não a interesses públicos” (TOSCAN, Anissara. Convenção processual mitigatória de preclusão. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 416).

57 Em favor das convenções processuais sobre coisa julgada, defendem Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria que o poder de controlar *ex officio* a existência de coisa julgada é feito pelo órgão jurisdicional “para a solução de um problema concreto que lhe foi submetido, e não em benefício ou interesse próprio; não há interesse do juiz (estado-juiz, *rectius*) a ser tutelado; como todo poder, deve estar vinculado ao exercício de alguma função; no caso, a função jurisdicional” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, vol. II, p. 592).

58 BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*, vol. 273, nov./2017, p. 191-253.

59 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e a sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 54-55.

60 NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 56, abr.-jun./2015, p. 82.

direito à prova com os efeitos de um procedimento pautado na sumariedade, como ocorre na estabilização da tutela.⁶¹

Concordamos que, após o período de dois anos da decisão de tutela antecipada antecedente, não há coisa julgada, mas entendemos que a cognição sumária não é incompatível com a coisa julgada. Além de o art. 332 do CPC prever o julgamento de improcedência liminar do pedido a partir de uma cognição sumária, com a formação de coisa julgada material,⁶² deve ser admitida a autonomia privada das partes em convencionar a eficácia da decisão como semelhante à da coisa julgada material.

Com isso, deve ser afastada a ideia de que a garantia da tutela jurisdicional efetiva está intrinsecamente relacionada a que as partes tenham a mais ampla possibilidade de demonstrar a existência do direito e à cognição exauriente.⁶³ Na verdade, a própria visão de que a cognição exauriente é melhor do que a cognição sumária é hoje questionada. Atualmente se reconhece como insuficiente a noção de que a cognição sumária é deficiente ao ponto de ser substituída pela cognição exauriente, considerando que não se pode generalizar que uma decisão sumária será necessariamente deficitária em termos de participação e influência das partes. Poderá a cognição sumária, no caso concreto, ser a adequada para as partes.⁶⁴

Desse modo, discordamos de Leonardo Greco ao sustentar que se a lei exige para determinada causa um procedimento de cognição exauriente, não podem as partes instituir um procedimento que não preencha tais requisitos. Para Greco, as partes não podem ter nenhuma possibilidade de dispor de um procedimento de cognição exauriente em benefício de um procedimento de cognição sumária, quando aquele for exigido pela lei, “porque o procedimento legal e previsível, embora flexível, é uma garantia não só da plenitude de defesa das partes, mas também da cognição adequada do juiz, que não pode ser objeto de atos de disposição, ainda que justificados pela economia processual ou pela celeridade”.⁶⁵

Em realidade, aqui não se defende que as partes disponham sobre o procedimento impedindo a cognição exauriente ao longo de seu trâmite, mas sim que as partes possam optar por se contentar com a cognição sumária.

A negociação processual que confere eficácia de coisa julgada material à decisão de tutela antecedente é uma concreção do princípio da adequação do procedimento,

61 MITIDIERO, Daniel. Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 4, n. 39, abr./2015, p. 18-19, disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>, acesso em 27/04/2021.

62 O art. 17, §8º, da Lei nº 8.429/92 também previa hipótese de julgamento de improcedência liminar do pedido, mas o dispositivo foi revogado pela Lei nº 14.230/2021.

63 GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. X, p. 280-281.

64 VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 249-253.

65 GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. X, p. 280-289-292.

que, por sua vez, é corolário do acesso à justiça e do devido processo legal, os quais se legitimam se a tutela jurisdicional estiver adequada à realidade em que atua.⁶⁶ Nesse contexto, reconhecendo as convenções processuais como mecanismos de gestão da cognição, diante de uma realidade contemporânea de processo civil flexível, a vontade das partes deve ser levada em consideração para as modificações cognitivas.⁶⁷

Isso parece ainda mais possível no caso das decisões de tutela antecipada antecedente, visto que o ordenamento jurídico já reconhece um grau de estabilidade maior em comparação às decisões de tutela cautelar, tutela antecipada incidental e tutela de evidência. Se a tutela antecipada antecedente deve até mesmo ser levada em consideração pelo juiz em outras demandas, como já destacamos, por que não vincular o magistrado a ponto de ensejar a extinção do processo, sem a resolução do mérito, pela atribuição convencional da eficácia da coisa julgada?

A questão muda de figura com relação aos terceiros que não fizeram parte da demanda ou da convenção processual.

Quando celebrado um negócio jurídico processual como o ora estudado, as partes não poderão suprimir, restringir ou modificar situações jurídicas titularizadas por terceiro não negociante; este, por seu turno, deverá respeitar o acordo válido. De acordo com Marília Siqueira, devem ser observados alguns requisitos em relação a terceiros à convenção processual, a saber: (i) conhecimento acerca da existência e conteúdo da convenção, pois não é possível impor o respeito a algo que o sujeito sequer sabe que existe ou, se sabe, desconhece seus termos; (ii) encontrar-se o objeto dentro da esfera de liberdade das partes, considerando-se a incidência dos princípios da boa-fé, função social dos contratos e solidariedade; e (iii) a não criação de obrigações para o terceiro nem disposição de situações jurídicas por ele titularizadas (ficando ressalvada a criação de posições de vantagem).⁶⁸

Mesmo que Marília Siqueira tenha elaborado suas ideias especificamente a respeito da negociação sobre intervenção de terceiros, suas ponderações sobre os impactos da convenção processual em relação a terceiros são extremamente relevantes para o que aqui se propõe. Quando se dá eficácia de coisa julgada de forma negocial, as ponderações da autora ganham bastante relevância, já que o art. 506 do CPC prevê que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Nesse sentido, Siqueira defende que quando alguém não é parte no negócio processual, poderá a ele se opor (i) ao criar obrigações para ele, terceiro, ou dispuser sobre situações jurídicas de que seja titular; (ii) se o objeto não estiver no espaço de liberdade das partes; ou (iii) se gerar prejuízos ao terceiro e este tiver poderes para

66 SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 241, mar./2015, p. 95-108.

67 VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 254.

68 COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenções de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 261-262.

se opor em razão da sua posição no processo, a qual deverá ser conjugada com a sua posição no direito material, quando isso afetar o espaço de disposição do sujeito negociante acerca do objeto da demanda.⁶⁹ Em sentido contrário, não se enquadrando nessas hipóteses, esses outros sujeitos processuais, que não fizeram parte da convenção atributiva de eficácia de coisa julgada à decisão de tutela estabilizada, podem a ela se submeter ou, eventualmente, anuir à convenção.

5. CONCLUSÃO

Tendo em vista os efeitos positivos da tutela antecipada antecedente, procuramos evidenciar como essa estabilidade impacta na reanálise feita nas pretensões discutidas em ações ajuizadas após os dois anos previstos no art. 304, §5º, do CPC. A vinculatividade das razões de decidir interfere na rediscussão da questão, ainda que a demanda em que foi deferida a tutela antecipada antecedente tenha sido extinta por sentença sem a resolução do mérito. Isso se dá pelo fato de que a fundamentação da sentença que extingue o processo sem resolução do mérito também deve ser considerada em demandas futuras, como deixa claro o art. 486, §1º, do CPC. Além disso, há uma soma da fundamentação da sentença de extinção do processo sem a resolução do mérito e a fundamentação da decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente. A decisão de tutela antecipada antecedente tem, portanto, eficácia positiva.

Ademais, ao contrário do que parte da doutrina vem defendendo, é perfeitamente possível a quebra dos efeitos da decisão de tutela antecipada antecedente mesmo após o prazo legal de dois anos para o ajuizamento de ação revisional. Havendo a certificação do direito em demanda futura em sentido contrário ao que foi decidido em tutela, com a modificação do juízo de certeza que havia embasado o seu deferimento, a decisão de tutela deixará de produzir efeitos. Isso ocorrerá sempre que não for possível a indenização do réu ou quando a indenização se mostrar incompatível com o próprio cumprimento da decisão em obrigações de trato sucessivo.

Por fim, considerando que a cognição exauriente nem sempre é melhor do que a cognição sumária e que não só ela é capaz de levar à formação da coisa julgada, defendeu-se a possibilidade de as partes conferirem eficácia de coisa julgada às decisões de tutela antecipada antecedente por negócio jurídico processual, elevando convencionalmente a intensidade da estabilidade prevista em lei.

Em todas essas abordagens, pôde-se ver como as decisões de tutela antecipada antecedente estabilizadas têm uma eficácia extraprocessual, que não pode ser desprezada pelo juiz em processo posterior. Tendo em vista que hoje questionamos a ideia de que coisa julgada é a única forma de estabilidade, devemos compreender o

69 COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenções de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 267.

que essas outras estabilidades significam, e quais são seus efeitos, a fim de facilitar a aplicação prática desses institutos.

6. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Thereza; CARVALHO, Vinícius Bellato Ribeiro de. Requisitos para a estabilização da tutela antecipada. *Revista de Processo*, vol. 303, maio/2020, p. 183-206.
- ANDRADE, Juliana Melazzi. Negócios jurídicos processuais na execução fiscal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 2, p. 569-586.
- ASSIS, Araken de Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris*, v. 16, n. 46, jul./1989, p. 77-96.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. 81-89.
- BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*, vol. 273, nov./2017, p. 191-253.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2020, livro eletrônico.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2018.
- _____. *Convenções processuais*. 2. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2018.
- _____. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. Pactum de *non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 305, jul./2020, p. 17-44.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenções de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, vol. II.
- GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, vol. III, p. 557-590.
- _____. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antonio do Passo. *Grandes temas do novo CPC - Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, vol. 1, 2019, p. 545-554.

- _____. Comentários ao art. 304 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.), *Comentários ao novo código de processo civil*, 2. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GOMES, Frederico Augusto. *A estabilização da tutela antecipada*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. Estabilidade Soberana da Tutela Provisória e Coisa Julgada: uma proposta de sistematização. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, nº 79, jul.-ago./2017, p. 26-39.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 10, vol. 17, n. 2, jul.-dez./2016, p. 571-573.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi. Breves considerações acerca da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. *Revista de Processo*, vol. 280, jun./2018, p. 185-209.
- GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XIV, p. 296-330.
- _____. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. X, p. 275-301.
- _____. Os juizados especiais como tutela diferenciada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. III, p. 29-47.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, vol. 121, mar./2005, p. 11-37.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. *Revista de Processo*, vol. 279, maio/2018, p. 225-243.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. São Paulo: RT, 2015, livro eletrônico.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thompson Reuters, 2019.
- _____. Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 4, n. 39, abr./2015, p. 15-29, disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>, acesso em 27/04/2021.
- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. As quatro espécies de coisa julgada no novo CPC. *Revista brasileira de direito processual: RBDPro*, v. 26, n. 101, jan.-mar./2018, p. 247-266.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 56, abr.-jun./2015, p. 77-81.

- PEIXOTO, Ravi. Estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência: instrumentos processuais aptos a impedi-la e interpretação da petição inicial – uma análise do Recurso Especial 1.760.966. *Revista de Processo*, vol. 292, jun./2019, p. 357-374.
- REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, vol. 244, jun./2015, p. 167-192.
- SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 241, mar./2015, p. 95-108.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. In: Didier Jr, Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (orgs). *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, v. 4, 2016, p. 233-254.
- TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. *Revista de Processo*, vol. 246, ago./2015, p. 455-482.
- _____. *Coisa julgada e a sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.
- _____. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 209, jul./2012, p. 13-34.
- TERCEIRO NETO, João Otávio. *Interpretação dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TOSCAN, Anissara. Convenção processual mitigatória de preclusão. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 395-428.
- TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.
- ZANETI JR., Hermes; REGGIANI, Gustavo Mattedi. Estabilização da tutela antecipada antecedente e incidental: sugestões pragmáticas para respeitar a ideologia de efetividade do CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 284, out./2018, p. 213-235.





ÉTICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO: COMENTÁRIOS À RESOLUÇÃO Nº 332/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

ETHICS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE JUDICIAL BRANCH: COMMENTS
ON RESOLUTION Nº 332/2020 OF THE NATIONAL JUSTICE COUNCIL

Marcus Seixas Souza

Professor at Faculdade Baiana de Direito, Brazil.

Resumo: Esse artigo comenta a Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário, contribuindo para sua interpretação e comparando suas disposições com os princípios da Carta Ética da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ), do Conselho da Europa sobre o uso da inteligência artificial em sistemas judiciais e seus ambientes.

Palavras-chave: inteligência Artificial; Ética; Poder Judiciário

Abstract: This paper comments on Resolution n. 332/2020 of the National Council of Justice, which provides for ethics, transparency and governance in the production and use of artificial intelligence in the Judicial Power, contributing to its interpretation and comparing its provisions with the principles instituted by the Ethical Charter of the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), of the Council of Europe, on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environments.

Keywords: Artificial intelligence; Ethics; Judicial Branch.

SUMÁRIO: • 1. Introdução; • 2. O uso de inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro; • 3. A Resolução no 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça; • 3.1. Respeito aos direitos fundamentais; • 3.2. Não discriminação; • 3.3. Publicidade e transparência; governança e qualidade; prestação de contas e responsabilização; • 3.4. Segurança; • 3.5. Controle do Usuário; • 3.6. Pesquisa, desenvolvimento e implantação de serviços de inteligência artificial; • 4. Notas finais; • 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A inteligência artificial é uma tecnologia que, em maior ou menor escala, faz parte da vida de bilhões de pessoas. Fatos triviais, como o recebimento de recomendações de filmes ou músicas em serviços de *streaming* ou a recusa de uma compra por meio de cartão de crédito, são exemplos de acontecimentos que podem resultar da tomada de decisão por meio da inteligência artificial.

Diante tamanha multifuncionalidade, novas aplicações para essa tecnologia são constantemente pesquisadas, inclusive no setor público. Nesse contexto, não podem ser negligenciados os ganhos de rapidez e eficiência para a administração da Justiça que decorrem da utilização da inteligência artificial no aperfeiçoamento das atividades jurisdicionais – tema que, nos últimos anos, tem atraído o interesse da doutrina no Brasil¹ e no mundo.²

- 1 Algumas das principais obras publicadas no Brasil sobre o tema são: FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik. “Arbitrium ex Machina: Panorama, Riscos e a Necessidade de Regulação das Decisões Informadas por Algoritmos”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Vol. 995, p. 635-655, 2018; NUNES, Dierle. “A Technological Shift in Procedural Law (from Automation to Transformation): Can Legal Procedure be Adapted through Procedure?”. *Civil Procedure Review*. Salvador, Vol. 11, N. 3, 2020; SANCTIS, Fausto Martin de. *Inteligência Artificial e Direito*. São Paulo: Almedina, 2020. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; NUNES, Dierle; WOLKART, Erik (orgs.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio; FRAZÃO, Ana (orgs.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética Regulação e Responsabilidade*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020; RODRIGUES, Bruno Alves. *A Inteligência Artificial no Poder Judiciário...* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; BARCAROLLO, Felipe. *Inteligência Artificial: Aspectos Ético-Jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2021. BARBOSA, Mafalda Miranda et al (orgs.). *Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. FORNASIER, Mateus de Oliveira. *Cinco Questões Ético-Jurídicas Fundamentais sobre a Inteligência Artificial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- 2 Algumas das principais obras estrangeiras publicadas sobre o tema são: NAVARRO, Susana Navas (org.). *Inteligencia Artificial: Tecnología Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017; FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018. SOURDIN, Tania. “Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making”. *UNSW Law Journal*. Sydney, Vol. 41, N. 4, p. 1114-1133, 2018; RE, Richard M.; SOLOW-NIEDERMAN, Alicia. “Developing Artificially Intelligent Justice”. *Stanford Technology Law Review*. Stanford, Vol. 22, N. 2, p. 242-289, 2019; CAMPBELL, Ray Worthy. “Artificial Intelligence in the Courtroom: the Delivery of Justice in the Age of Machine Learning”. *Colorado Technology Law Journal*. Boulder, Vol. 18, N. 2, p. 323-350, 2020; CONTINI, Francesco. “Artificial Intelligence and the Transformation of Humans, Law and Technology Interactions in Judicial Proceedings”. *Law, Technology and Humans*. s/d, Vol. 2, N. 1, p. 4-18, 2020; DEEKS, Ashley. “The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence”. *Columbia Law Review*. New York, Vol. 119, N. 7, p. 1829-1850, 2020; REILING, A. Dory. “Courts and Artificial Intelligence”. *International Journal for Court Administration*. Williamsburg, Vol. 11, N. 2, 2020.

As pesquisas de inteligência artificial no meio jurídico, que se originaram de iniciativas do setor privado (p. ex., grandes empresas, *legaltechs* e escritórios de advocacia interessados em obter soluções que os colocassem em posição de vantagem sobre concorrentes ou contrapartes) agora passaram a ser conduzidas também no interior dos tribunais, com o objetivo de construir modelos de inteligência artificial capazes de auxiliar os servidores do Poder Judiciário na prestação das atividades jurisdicionais.

Não há dúvidas de que a inteligência artificial é uma tecnologia apta a tornar a administração da Justiça mais rápida e eficiente, trazendo assim benefícios diretos a todos os profissionais da carreira jurídica, como advogados, juízes, servidores da Justiça, membros do Ministério Público e oficiais de serventias extrajudiciais.

Por outro lado, efeitos negativos podem eventualmente decorrer do uso acrítico da inteligência artificial, sem que esteja submetido a um conjunto de normas éticas sobre o desenvolvimento e utilização dessa tecnologia no contexto do Poder Judiciário. Falta de transparência, vieses algorítmicos e insegurança tecnológica são alguns dos problemas que podem estar associados à utilização da inteligência artificial sem uma estratégia de gestão séria a respeito de como se valer de tão relevante tecnologia.

2. O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Durante muito tempo, a gestão autônoma dos tribunais brasileiros favoreceu o surgimento de iniciativas descentralizadas de utilização da tecnologia de inteligência artificial. Apenas a partir de 2018, quando o Conselho Nacional de Justiça passou a intensificar as ações de gestão no tocante à utilização dessa tecnologia no Poder Judiciário brasileiro, passou a haver um olhar sistêmico para tais ações.

O relatório “Inteligência Artificial no Poder Judiciário”, publicado em 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça, apresenta um resumo das principais iniciativas de inteligência artificial nos tribunais brasileiros, em diferentes estágios de desenvolvimento e aplicação, àquela altura.³

Um mapeamento mais completo saiu publicado pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, ligado à Fundação Getúlio Vargas, contemplando a identificação dos projetos e suas respectivas funcionalidades; a avaliação da situação atual da tecnologia; a apreciação do impacto produzido pelo uso da inteligência artificial; a consideração dos resultados esperados e alcançados e a análise cruzada desses dados para verificação da repercussão da inteligência artificial sobre a celeridade, eficiência e produtividade dos tribunais. Foram abrangidos pela pesquisa o Supremo Tribunal

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, p. 29. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf, acesso em 1º de agosto de 2021.

Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça. A coleta desses dados foi realizada por meio do preenchimento de formulário, o qual teve um retorno de 98% de respostas.⁴

Outras iniciativas de inteligência artificial no Poder Judiciário também são referidas na Portaria nº 4.617/2021, mais atual, que institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial.

São exemplos de algumas das tecnologias em desenvolvimento ou já operacionais no Poder Judiciário, entre inúmeras outras:

- a) “Triagem de grande massa”, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia: examina as petições iniciais protocolizadas perante o tribunal para automaticamente classificá-las em conformidade com uma biblioteca de temas pré-estabelecidos, como energia, bancos, companhia aérea etc.
- b) “Movimento processual inteligente”: desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, sugere qual movimento será aplicado no ato do magistrado (p. ex., arquivamento do processo, proferimento de despacho de mero expediente etc.), em conformidade com a Tabela processual unificada do Conselho Nacional de Justiça;
- c) “Análise de prevenção”, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Tribunal de Justiça de Rondônia e pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região: varre bases processuais e identifica possíveis casos de prevenção;
- d) “Similaridade processual”, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia: varre bases processuais e identifica similaridade entre documentos, com aplicações diversas (otimiza, p. ex., a tomada de decisão para assinatura de documentos semelhantes e em grande número).
- e) “Gerador de texto magistrado”, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia: produz automaticamente sugestões de textos (“*autocomplete*”) com base no que já foi escrito.
- f) “Sumarizador”, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia: produz resumos customizados de textos, reduzindo conforme o parâmetro recebido.

Diante da multiplicidade de iniciativas e da ausência de governança tecnológica sobre elas, o Conselho Nacional de Justiça, em cooperação institucional com o Tribunal de Justiça de Rondônia, disponibilizou a todos tribunais um ambiente virtual integrado ao PJe,⁵ com característica de plataforma de microserviços e com ampla utilização

4 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: https://ciapi.fgv.br/sites/ciapi.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf, acesso em 1º de agosto de 2021.

5 O PJe é uma plataforma digital desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com diversos tribunais e com a participação consultiva do Conselho Nacional do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil, da advocacia pública e das Defensorias Públicas brasileiras.

de APIs, potencializando, assim, a construção de novas funcionalidades, o trabalho colaborativo e evoluções constantes. A primeira ferramenta colocada à disposição desse ambiente virtual é o Sinapses, uma solução tecnológica que permite a pesquisa e a produção de serviços inteligentes para auxiliar na construção de módulos para o PJe e no seu aprimoramento.

Considerando o potencial de crescimento do uso da inteligência artificial no Poder Judiciário, e, sobretudo, o cenário em que uma regulação tardia do tema pudesse não ter um resultado adequado (evitando, por outro lado, o indesejado fenômeno da paralisação por análise⁶), o Conselho Nacional de Justiça instituiu, por meio da Portaria nº. 197/2019, um grupo de trabalho formado por integrantes do seu colegiado, servidores do órgão, membros do Poder Judiciário integrantes de diversos tribunais, acadêmicos e consultores legislativos para elaboração de estudos e propostas voltadas à ética na produção e uso da inteligência artificial no Poder Judiciário.

O resultado desse trabalho foi a edição da Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre “a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário”. Essa Resolução, por sua vez, adotou como marcos balizadores os princípios da Carta Ética da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ), do Conselho da Europa sobre o uso da inteligência artificial em sistemas judiciais e seus ambientes.⁷

A Carta Ética europeia, acima referida, instituiu cinco princípios que devem ser observados no âmbito do Conselho da Europa por partes interessadas (públicas e privadas) responsáveis pelo desenho e lançamento de ferramentas e serviços de inteligência artificial que envolvam o processamento de dados e decisões judiciais, incluindo aprendizagem de máquina ou quaisquer outros métodos derivados da ciência de dados – especialmente agentes políticos e públicos responsáveis pelo marco regulatório da inteligência artificial e/ou desenvolvimento, auditoria e uso de tais ferramentas e serviços.

A análise conjunta da Carta Ética europeia e da Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça revela uma inegável influência da primeira sobre a segunda. Por outro lado, claro está que a regulação presente na Resolução ultrapassou em profundidade e minúcia o conteúdo da exposição dos princípios presentes na Carta Ética europeia.

Com o objetivo de cumprir a proposta de trabalho desta breve pesquisa, doravante proceder-se-á a uma análise sistemática da referida Resolução, com comentários pontuais sobre algumas das suas principais disposições e, quando pertinente, comparações com a Carta Ética europeia.

6 BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. “Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Vol. 273, p. 123-163, 2016, p. 146.

7 COUNCIL OF EUROPE. *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*. Strasbourg: Council of Europe, 2019.

3. A RESOLUÇÃO Nº 332/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

O texto da Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça é precedido por um relevante conjunto de *consideranda*. São alguns de seus aspectos mais importantes:

- a) a indicação da melhoria da agilidade e da coerência no processo de tomada de decisão como finalidades da aplicação de inteligência artificial nas atividades do Poder Judiciário;
- b) o compromisso com os direitos fundamentais no desenvolvimento e implantação de inteligência artificial;
- c) a referência ao conteúdo da Carta Ética sobre o uso de inteligência artificial em sistemas judiciais e seus ambientes, da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ) do Conselho da Europa, como fonte material para o conteúdo da Resolução – com menção expressa a princípios elencados no referido documento;
- d) a referência à existência de inúmeras iniciativas envolvendo inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário e a necessidade de observância de parâmetros para sua governança e desenvolvimento e uso éticos.

A referida Resolução deve ser compreendida como um “regulamento autônomo”,⁸ isto é, que retira seu fundamento diretamente da Constituição (art. 103-B, § 4º, I). Afinal, o Conselho Nacional de Justiça é autorizado a expedir atos regulamentares no âmbito e sua competência (que o texto constitucional refere como: “controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”).

A Resolução em comento, portanto, inovou o sistema jurídico, que não contemplava, até o momento de sua edição, normas específicas quanto à governança e aos parâmetros éticos para o desenvolvimento e uso da inteligência artificial – como, aliás, expressamente ficou consignado no texto de seus *consideranda*.

O seu texto está organizado em dez Capítulos, incluindo um de Disposições Gerais e outro de Disposições Finais. É um documento mais robusto e minucioso que a Carta do Conselho da Europa, anteriormente referida – a qual, por outro lado, claramente influenciou o seu conteúdo jurídico.

No Capítulo I, das Disposições Gerais, se notabiliza o art. 2º, que estabelece que a inteligência artificial, no âmbito do Poder Judiciário, visa promover o bem-estar dos jurisdicionados e a prestação equitativa da jurisdição, bem como descobrir métodos e práticas que possibilitem a consecução desses objetivos.

8 PIZZOL, Ricardo Dal. “Limites do Poder Regulamentar do Conselho Nacional de Justiça. Estudo de um Caso: Resolução CNJ nº 236/16”. In: PRETTO, Renato Siqueira de et al (eds.). *Federalismo e Poder Judiciário*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019, p. 311-330.

Associados a esse compromisso finalístico estão o dever de compatibilidade com os direitos fundamentais e diversos critérios éticos que devem orientar a concepção e operação da inteligência artificial no Poder Judiciário (refletidos nos Capítulos seguintes). Esses critérios refletem parcialmente as políticas da Carta ética do Conselho da Europa, anteriormente citada.

3.1. Respeito aos direitos fundamentais.

O art. 4º da Resolução determina que no desenvolvimento, implantação e uso da inteligência artificial, os tribunais devem observar sua compatibilidade com os direitos fundamentais – especialmente aqueles previstos na Constituição ou em tratados de que o Brasil seja parte.⁹

A eficácia dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos modelos de inteligência artificial utilizados pelo Poder Judiciário significa, na prática, que devem ser aplicadas limitações à liberdade de instituir qualquer modelo desse tipo de tecnologia. Seria vedado, por exemplo, o desenvolvimento de um robô-julgador programado para proferir decisões sobre determinados tipos de casos ou praticar atos processuais (como, por exemplo, decidir sobre a admissibilidade de recursos) e cujas decisões vinculassem diretamente os jurisdicionados – isso porque a aplicação da inteligência artificial de uma tal forma (sem a interveniência de um juiz na confirmação ou modificação das decisões projetadas automaticamente) violaria os princípios do juiz natural e do devido processo legal (arts. 5º, XXXVII e LIV da Constituição Federal).

Seguindo essa mesma *ratio*, a Carta Ética europeia estabelece que quando ferramentas de inteligência artificial são usadas para resolver uma disputa ou como uma ferramenta para auxiliar na tomada de decisões judiciais ou para dar orientação ao público, é essencial para garantir que não prejudiquem as garantias do direito de acesso ao juiz e o direito a um julgamento justo (igualdade de armas e respeito ao processo adversarial).¹⁰ Ferramentas e serviços que utilizem inteligência artificial também devem respeitar, portanto, o Estado de Direito¹¹ e a independência dos juízes no processo decisório.

A Carta Ética europeia ainda determina que, em decorrência deste princípio, sejam adotados preferencialmente ferramentas e serviços que considerem, desde o desenho

9 Essa disposição se assemelha à constante da Carta Ética europeia, que institui o princípio do respeito aos direitos fundamentais, segundo o qual o desenho e a implementação de ferramentas e serviços que utilizem a inteligência artificial devem atender propósitos claros, em conformidade com os direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e a Convenção sobre a Proteção de Indivíduos no tocante ao Processamento Automático de Dados Pessoais de 1981.

10 COUNCIL OF EUROPE. *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, cit., p. 8.

11 No original: “*rule of law*” (COUNCIL OF EUROPE. *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, cit., p. 8).

e construção das tecnologias de inteligência artificial, a necessidade de respeito aos direitos fundamentais – que sejam *ethical-by-design* ou *human-rights-by-design*.¹² Isso significa que as escolhas éticas a serem feitas no tocante ao modo como a inteligência artificial pode ser utilizada em determinada ferramenta ou serviço deve ser feita pelos designers/construtores da tecnologia, em vez de pelo usuário.

3.2. Não discriminação

Em prestígio aos princípios da isonomia e do devido processo legal (previstos, respectivamente, no *caput* e inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal) e, ainda, a proibição constitucional de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI c/c art. 3º, IV, da Constituição Federal), a Resolução determina, em seu art. 5º, que a utilização de modelos de inteligência artificial deve buscar garantir a segurança jurídica e colaborar para que o Poder Judiciário respeite a igualdade de tratamento aos casos absolutamente iguais.

É evidente, portanto, que o Poder Judiciário está obrigado a tentar evitar a concretização dos efeitos danosos da discriminação algorítmica promovida por modelos de inteligência artificial mal desenhados e desenvolvidos – tal qual a Carta Ética europeia igualmente determina.

O princípio da não discriminação, previsto na Carta Ética europeia, proíbe o desenvolvimento ou a intensificação de qualquer discriminação entre indivíduos ou grupos de indivíduos. A Carta menciona a aptidão dos métodos de processamento para revelar eventual discriminação existente por meio do agrupamento ou classificação de dados relativos a indivíduos ou grupos de indivíduos, razão pela qual as partes interessadas (públicas e privadas) devem garantir que a inteligência artificial empregada não reproduza ou agrave discriminações, e não conduza a análises ou usos determinísticos.¹³

O art. 7º da Resolução vincula o Poder Judiciário brasileira a adotar providências para evitar esse resultado indesejado, determinando que as decisões judiciais apoiadas em ferramentas de inteligência artificial preservem a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos.

Vieses discriminatórios nos resultados obtidos pelo modelo de inteligência artificial podem decorrer de vários fatores. É possível que eles resultem de erros involuntários na programação, como quando, por exemplo, se atribui uma variável que deveria ser

12 COUNCIL OF EUROPE. *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, cit., p. 8.

13 COUNCIL OF EUROPE. *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, cit., p. 9.

irrelevante algum peso na tomada de decisão da tecnologia – sendo esta responsável por conduzir a análise a um resultado discriminatório. Os vieses podem decorrer, também, não de um defeito na programação do algoritmo, mas na seleção dos dados a serem analisados pelo software – os quais, se forem selecionados por um humano, podem conter enviesamentos movidos por preconceitos incidentes de forma inconsciente ou intencional.¹⁴

Toda essa preocupação com os resultados danosos de sistemas de inteligência artificial possivelmente enviesados se reflete nos arts. 20 e seguintes, constantes do Capítulo VIII da Resolução, sobre a pesquisa, o desenvolvimento e da implantação dos serviços de inteligência artificial. Tais disposições estabelecem que a composição de equipes para pesquisa, o desenvolvimento e a implantação de tais soluções devem ser orientadas pela busca da diversidade em seu mais amplo espectro, incluindo gênero, raça, etnia, cor, orientação sexual, pessoas com deficiência, geração e demais características individuais.

A participação representativa deverá existir em todas as etapas do processo, tais como planejamento, coleta e processamento de dados, construção, verificação, validação e implementação dos modelos; e devem participar profissionais de tecnologia da informação e de outras áreas, cujo conhecimento científico possa contribuir para pesquisa, desenvolvimento ou implantação do sistema inteligente, tanto nas áreas técnicas como negociais.

A diversidade na participação apenas poderá ser dispensada mediante decisão fundamentada, dentre outros motivos, pela ausência de profissionais no quadro de pessoal dos tribunais – e, com o objetivo de evitar um tal cenário, o § 3º do art. 20 da Resolução determina que as vagas destinadas à capacitação na área de inteligência artificial serão, sempre que possível, distribuídas com observância à diversidade.

Para a segurança dos jurisdicionados, a disposição do § 1º do art. 7º da Resolução determina que modelos de inteligência artificial somente podem ser colocados em produção após homologação prévia – durante a qual o modelo será investigado no tocante à existência de preconceitos ou generalizações que eventualmente influenciem seu desenvolvimento, acarretando tendências discriminatórias no seu funcionamento.

Na eventualidade de serem identificados vieses discriminatórios ou outras incompatibilidades com os princípios previstos na Resolução, os §§ 2º e 3º do art. 7º determinam a adoção de medidas corretivas – que, se forem ineficazes, devem resultar na descontinuidade de utilização do respectivo modelo no âmbito do Poder Judiciário.

Ademais, o art. 6º estabelece que quando o desenvolvimento e treinamento de modelos de inteligência artificial exigir a utilização de dados, as amostras devem

14 Sobre o assunto, cf.: NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiz Pinto Coelho. “Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses Algorítmicos e os Riscos de Atribuição de Função Decisória às Máquinas”. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 285, p. 421-447, 2018; TUNES, Suzel. “Algoritmos Parciais”. *Revista Pesquisa Fapesp*. São Paulo, N. 287, p. 62-67, 2020.

ser representativas, de forma a diminuir as chances de serem alcançados resultados potencialmente discriminatórios, como os que resultaram de experiências conduzidas em outros países.

A referida disposição também determina que sejam observadas as cautelas necessárias quanto aos dados pessoais sensíveis e ao segredo de justiça na utilização de dados para desenvolvimento da tecnologia – especialmente em razão da necessidade de publicidade e transparência na utilização de tais funcionalidades, como se verá a seguir.

Um aspecto interessante da ideia de não discriminação conforme apresentada na Carta Ética europeia é a necessidade de atenção aos dados pessoais considerados sensíveis (p. ex., origem racial ou étnica, opiniões políticas, dados de saúde, entre outros): na hipótese de se verificarem discriminações no tocante a esses dados, medidas corretivas para limitar ou, se possível, neutralizar esses riscos devem ser seriamente consideradas. Para tanto, uma das estratégias é o uso de aprendizado de máquina e de análises científicas multidisciplinares, que devem ser encorajados para combater tais discriminações¹⁵ – preocupação essa que não foi, aparentemente, refletida na Resolução acima referida.

De um modo geral, todavia, é notável quão mais robusta e minuciosa é a regulamentação brasileira sobre esse importante assunto, relativamente ao documento europeu, que, no tocante aos cinco princípios que menciona, é bastante econômico.

3.3. Publicidade e transparência; governança e qualidade; prestação de contas e responsabilização.

A Resolução também inclui um Capítulo (IV) sobre Publicidade e Transparência. Embora a nomenclatura do Capítulo faça referência a dois conceitos, o art. 8º, único deste Capítulo IV, se limita a discriminar em que consiste “transparência”, para os efeitos da Resolução. As disposições do Capítulo não distinguem o que é que se entende por publicidade (ou se, para os efeitos da Resolução, publicidade e transparência podem ser tomados como conceitos sinônimos).

O Capítulo IV também não contém uma disposição normativa que determine que as iniciativas de inteligência artificial do Poder Judiciário devam sempre adotar os padrões de publicidade e transparência ali estabelecidos – se limitando, o art. 8º, a estabelecer o que se entende por transparência para os fins de que trata a Resolução. Essa parece ser uma omissão indesejada.

Embora nos *considerada* da Resolução esteja declarado que a “a inteligência artificial aplicada nos processos de tomada de decisão deve atender a critérios éticos

15 COUNCIL OF EUROPE. *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, cit., p. 9.

de transparência...” e essa passagem possa ser útil à interpretação da Resolução como um todo (ou, ainda, de disposições específicas) não se trata, tal consideração, de norma jurídica vinculante. Por sua vez, o art. 24, III da Resolução estabelece que os modelos de inteligência artificial devem utilizar, preferencialmente (portanto não necessariamente), softwares de código aberto que permitam maior transparência.

Por fim, o art. 25, *caput* (no Capítulo IX, da prestação de contas e da responsabilização) estipula que qualquer solução computacional do Poder Judiciário que utilizar modelos de inteligência artificial deverá assegurar total transparência “na prestação de contas”.

Essa última disposição pode ser interpretada como um comando para que todo e qualquer uso de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário adote os critérios de transparência previstos no art. 8º (ressalte-se que isto não está escrito explicitamente na disposição em comento). Todavia, a expressão restritiva “na prestação de contas” pode ser interpretada como excludente da incidência da norma, por exemplo, em relação às fases de concepção e desenvolvimento das soluções de inteligência artificial, restringindo-se esse dever tão-somente à fiscalização social da operação de sistemas de inteligência artificial já implementadas pelo Poder Judiciário.

Diante desse cenário, é possível concluir que a Resolução poderia se beneficiar de uma disposição que expressasse diretamente a necessidade das iniciativas de inteligência artificial (especialmente aquelas ainda em desenvolvimento) de atenderem aos requisitos estipulados no art. 8º desde a sua concepção e elaboração.

Como se mencionou anteriormente, a transparência no uso de modelos de inteligência artificial consiste em atendimento a parâmetros elencados nos incisos do art. 8º da Resolução, sendo o primeiro deles, I, a “divulgação responsável, considerando a sensibilidade própria dos dados judiciais”. Esse trecho da Resolução, apresenta alguns problemas.

Em primeiro lugar, a palavra “sensibilidade” parece ter sido utilizada de forma atécnica na redação do inciso, especialmente se se levar em conta que a expressão “dato sensível”, constante da Lei Geral de Proteção de Dados – a qual foi inclusive referida nos *consideranda* da Resolução – institui um conceito de dato sensível no qual não se enquadram, necessariamente, os dados judiciais. Afinal, dato pessoal sensível é conceituado, no art. 5º, II da referida Lei, como “dato pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dato referente à saúde ou à vida sexual, dato genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. Por isso, nem todo dato judicial é, por definição, dato sensível, já que os dados judiciais podem versar sobre outro tipo de informação que não um dos exaustivamente elencados na disposição transcrita acima.

Além disso, o texto do referido inciso não indicou o que seria objeto de divulgação responsável (a disposição poderia se referir expressamente aos dados utilizados para teste e desenvolvimento do modelo de inteligência artificial; ao software utilizado para

funcionamento da tecnologia; a cada uso da inteligência artificial nos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário etc.). A redação final desse inciso apresenta, portanto, um vazio normativo que precisa ser sanado por uma atualização do texto da Resolução, de forma a deixar mais claro o seu conteúdo regulatório pretendido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Os incisos II, III e IV do art. 8º, por sua vez, estabelecem que a transparência dos modelos de inteligência artificial será atingida: por meio da indicação dos objetivos e resultados pretendidos pelo uso do modelo; pela documentação dos riscos identificados e indicação dos instrumentos de segurança da informação e controle para seu enfrentamento; e pela possibilidade de identificação do motivo em caso de dano causado pela ferramenta de inteligência artificial.

Por fim, os incisos V e VI do art. 8º estabelecem como desdobramentos da transparência a necessidade de apresentação dos mecanismos de auditoria e certificação de boas práticas e o fornecimento de explicação satisfatória e passível de auditoria por autoridade humana quanto a qualquer proposta de decisão apresentada pelo modelo de inteligência artificial, especialmente quando essa for de natureza judicial.

Esses conjuntos de informações a ser objeto de transparência por parte dos desenvolvedores da tecnologia se relaciona diretamente à necessidade de controle interno sobre tais iniciativas, e à demonstração da adequação dos modelos de inteligência artificial que venham a ser adotados por órgãos do Poder Judiciário.

O regramento da transparência está intimamente relacionado, portanto, às disposições sobre governança e qualidade dos modelos de inteligência artificial (cf. art. 10 e seus incisos) que instituem parâmetros para o desenvolvimento comunitário de soluções de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário – p. ex., sendo vedado o desenvolvimento paralelo de solução quando a iniciativa possuir objetivos e resultados alcançados idênticos a modelo de inteligência artificial já existente ou com projeto em andamento.

Outros aspectos de governança sobre as iniciativas de inteligência artificial desenvolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário são a obrigatoriedade de depósito do modelo de inteligência artificial no Sinapses e a utilização obrigatória de interface de programação de aplicativos (API) com padrão especificado pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 12, *caput*, e parágrafo único).

Todos esses elementos de transparência referidos nos incisos do art. 8º são, assim, dirigidos ao público interno do Poder Judiciário (o art. 3º da Resolução se refere a “usuário interno”: membro, servidor ou colaborador do Poder Judiciário que desenvolva ou utilize o sistema inteligente). São os usuários internos os responsáveis por promover transparência, atender aos critérios de governança na concepção, desenvolvimento e implantação de soluções de inteligência artificial.

Por outro lado, o “usuário externo” dessas tecnologias (definido no art. 3º, VI, como a “pessoa que, mesmo sem ser membro, servidor ou colaborador do Poder

Judiciário, utiliza ou mantém qualquer espécie de contato com o sistema inteligente, notadamente jurisdicionados, advogados, defensores públicos, procuradores, membros do Ministério Público, peritos, assistentes técnicos, entre outros”) também deve ser destinatário da transparência e da publicidade em torno da utilização de modelos de inteligência artificial.

Os usuários externos, como partes e advogados, devem ser destinatários da transparência no tocante à inteligência artificial desenhada, desenvolvida e/ou aplicada nas atividades do Poder Judiciário. Essa transparência não se faz necessária apenas nos casos em que a inteligência artificial é utilizada para apoiar o proferimento de uma decisão judicial (como determina o art. 18 da Resolução), mas também em outros contextos em que a tecnologia seja utilizada na execução de atividades jurisdicionais de qualquer natureza, especialmente quando ela se utilizar de dados pessoais dos jurisdicionados.

Essa “transparência externa” se destina não apenas à proteção dos direitos individuais dos titulares de terem seus dados pessoais tratados em conformidade os parâmetros legais, mas também no interesse público que emana do controle externo (inclusive popular) sobre a operação dos modelos de inteligência artificial que são utilizados no âmbito do Poder Judiciário – o que só é possível quando os responsáveis por tais tecnologias publicizam os objetivos e resultados pretendidos, os riscos envolvidos na utilização dos modelos, o resultado das auditorias realizadas, entre outras informações relevantes.

Nesse contexto se destaca, no Capítulo V da Resolução, a disposição do art. 9º, que estipula que qualquer modelo de inteligência artificial que venha a ser adotado pelos órgãos do Poder Judiciário deverá observar, entre outros parâmetros, a Lei Geral de Proteção de Dados e o segredo de justiça.

Especificamente no tocante à conformidade de tais iniciativas de inteligência artificial com a referida Lei, deve haver transparência por parte do Poder Judiciário no tocante à utilização ou não de dados pessoais (provenientes de processos judiciais ou de outras fontes) para a concepção, desenvolvimento e aplicação das tecnologias de inteligência artificial. É importante que os titulares de dados pessoais (p. ex., os jurisdicionados) possam tomar conhecimento a respeito de como os seus dados pessoais inseridos nos processos judiciais são utilizados por tais tecnologias – com que finalidades e legitimados sob que bases legais, entre aquelas previstas nos arts. 7º e 11 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Faz-se necessário, portanto, que tais ferramentas divulguem Políticas de Privacidade dirigidas ao público externo, proporcionando, assim, a transparência exigida pela referida Lei e pela Resolução em comento.

Ainda no contexto da extensão da transparência sobre a utilização de modelos de inteligência artificial, o art. 25 da Resolução, anteriormente referido, define que qualquer solução computacional do Poder Judiciário que utilizar modelos de inteligência

artificial deverá assegurar total “transparência na prestação de contas”, com o fim de garantir o impacto positivo para os usuários finais e para a sociedade.

A prestação de contas sobre os modelos de inteligência artificial deverá sempre incluir, nos termos do parágrafo único do art. 25, informações como os nomes dos responsáveis pela execução das ações e pela prestação de contas; os custos envolvidos na pesquisa, desenvolvimento, implantação, comunicação e treinamento; a existência de ações de colaboração e cooperação entre os agentes do setor público ou desses com a iniciativa privada ou a sociedade civil; os resultados pretendidos e os que foram efetivamente alcançados; a demonstração de efetiva publicidade quanto à natureza do serviço oferecido, técnicas utilizadas, desempenho do sistema e riscos de erros.

Todos esses dados são relevantes para o controle social exercido sobre as atividades de inteligência artificial pelos usuários externos, bem como pela sociedade civil em geral. O desenvolvimento ou a utilização de sistema inteligente em desconformidade aos princípios e regras estabelecidos na Resolução será objeto de apuração e, sendo o caso, punição dos responsáveis.

O controle social externo sujeita as soluções de inteligência artificial à possibilidade de virem a ser auditadas. A transparência comanda que os métodos de processamento de dados sejam tornados acessíveis e compreensíveis, viabilizando auditorias externas sobre as operações realizadas.

A Carta Ética europeia indica a necessidade de se alcançar um equilíbrio entre, de um lado, a propriedade intelectual sobre os métodos de processamento, e, do outro, a necessidade de transparência (acesso ao processo de desenho da tecnologia), imparcialidade (ausência de vieses), justiça e integridade intelectual (priorização dos interesses da justiça) de forma a assegurar o controle social necessário sobre a utilização dessas tecnologias nas atividades jurisdicionais.¹⁶

Esse contexto é compatível com a realidade brasileira, na qual a pretensão dos usuários externos de tomar conhecimento aprofundado dos aspectos técnicos dos modelos de inteligência artificial (especialmente dos algoritmos empregados), suportados pela regra de transparência, pode chocar com a necessidade de proteção da propriedade intelectual sobre a invenção (seja ela uma criação da administração pública ou do setor privado, ou, ainda, uma criação conjunta).

A Resolução parece ter seguido a linha adotada na Carta Ética europeia: uma vez constatada a inviabilidade prática e jurídica da alternativa de promover uma completa transparência técnica (por exemplo, por meio da abertura do código-fonte e documentação da tecnologia), optou-se por instituir um dever de transparência sobre aspectos-chave das funcionalidades desenvolvidas, como a divulgação da performance da solução, os riscos de erros, as finalidades pretendidas, os riscos detectados e os resultados alcançados etc.

16 COUNCIL OF EUROPE. *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, cit., p. 11.

3.4. Segurança

Para evitar o risco de acidentes ou ações intencionais que possam destruir, modificar, extraviar ou expor a acessos e transmissões não autorizadas os dados utilizados no treinamento dos modelos de inteligência artificial, o Capítulo VI da Resolução, sobre a segurança dos modelos de inteligência artificial utilizados pelo Poder Judiciário, determina que sejam adotadas providências necessárias e suficientes, a exemplo do armazenamento e execução dos modelos de inteligência artificial em ambientes aderentes a padrões consolidados de segurança da informação (art. 16).

Outra medida de segurança a ser adotada é o impedimento de que os dados recebidos sejam alterados antes de sua utilização no treinamento dos modelos, bem como a manutenção de cópia de segurança (*dataset*) para cada versão de modelo desenvolvida (art. 14).

Na regulamentação europeia, o princípio da qualidade e segurança exige o processamento de decisões e dados judiciais por meio de fontes certificadas e dados intangíveis com modelos concebidos de forma multidisciplinar e em um ambiente tecnologicamente seguro.¹⁷ Com o objetivo de assegurar a confiabilidade dos resultados obtidos por meio do uso da inteligência artificial, dados baseados em decisões judiciais que são inseridos em um software que implementa um algoritmo de aprendizado de máquina devem vir de fontes certificadas, e não devem ser modificados até que tenham sido realmente usados pela aprendizagem mecanismo. Todo o processo deve, portanto, ser rastreável para garantir que nenhuma modificação ocorreu para alterar o conteúdo ou significado da decisão sendo processada.

Essa diretriz é replicada na Resolução – que, no art. 13, determina que os dados utilizados pelos modelos de inteligência artificial devem ser provenientes de fontes seguras, preferencialmente governamentais.

3.5. Controle do Usuário

“Controle do usuário” é a expressão que designa um dos princípios instituídos Carta Ética europeia, anteriormente referida. Nesse documento, a ideia de controle do usuário está associada à necessidade de aumento, e não diminuição, da autonomia dos usuários de ferramentas e serviços que empreguem inteligência artificial.

Nessa linha, os juízes devem, a qualquer momento, ser capazes de revisar as decisões judiciais e os dados usados para produzir um resultado; além disso, não devem ser necessariamente vinculados a tais decisões, à luz das características específicas de um caso particular.

17 COUNCIL OF EUROPE. *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, cit., p. 10.

A Carta Ética europeia estipula que o usuário deve ser informado em linguagem clara e compreensível sobre: a) se as soluções oferecidas pelas ferramentas de inteligência artificial são vinculantes ou não; b) quais são as diferentes opções disponíveis; c) que ele tem direito a aconselhamento jurídico e de acesso à justiça; d) que ele tem direito a ser informado antes ou durante o processamento de um caso por meio de inteligência artificial, e que ele tem a prerrogativa de objetar, para que seu caso seja apreciado diretamente por um órgão julgador, nos termos do art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹⁸

O tema do controle do usuário foi igualmente disciplinado na Resolução, embora em alguns aspectos o referido regulamento divirja dos parâmetros adotados na Carta Ética europeia. O art. 17 da Resolução, por exemplo, assegura a autonomia dos usuários internos (membros, servidores ou colaboradores do Poder Judiciário que desenvolvam ou utilizem o sistema inteligente) ao determinar que apenas sejam utilizados modelos de inteligência artificial que possibilitem a revisão da proposta de decisão e dos dados utilizados para sua elaboração.

Dessa forma, diferentemente do modelo europeu, está descartada, no sistema judiciário brasileiro, a possibilidade de modelos de inteligência artificial cujas decisões automatizadas sejam vinculativas em face dos jurisdicionados.

Nesse particular, a Resolução segue as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados, anteriormente referida, a qual expressamente assegura aos titulares de dados pessoais direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses (art. 20, *caput*, da referida Lei). Para tanto, o controlador dos dados deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial (§ 1º do art. 20 da referida Lei).

Por sua vez, os usuários externos, como partes e advogados, também são dotados de prerrogativas de controle externo. Por isso, eles devem ser informados, em linguagem clara e precisa, quanto à utilização de sistema inteligentes nos serviços que lhe forem prestados, destacando-se sempre a ressalva de que a proposta de solução apresentada pela inteligência artificial não vincula a autoridade competente para a prática do ato processual.

Além disso, os sistemas que se utilizem de inteligência artificial como ferramenta auxiliar para a elaboração de decisão judicial devem explicitar ao público externo os passos (etapas) que conduziram ao resultado sugerido – de forma a possibilitar algum nível de controle externo sobre os sistemas (e sobre as decisões). O parágrafo único do art. 19 (que dispõe nesse sentido) estipula ainda que tais sistemas deverão, necessariamente, permitir supervisão do magistrado competente para a prática dos atos.

18 COUNCIL OF EUROPE. *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, cit., p. 12.

3.6. Pesquisa, desenvolvimento e implantação de serviços de inteligência artificial

O Capítulo VIII da Resolução contém disposições que tratam sobre as práticas que devem ser adotados após o início da pesquisa, o desenvolvimento ou a implantação de modelos de Inteligência artificial.

Uma das diretrizes mais importantes, também associada à governança sobre as atividades, é a previsão de comunicação imediata ao Conselho Nacional de Justiça quando do início da pesquisa com inteligência artificial, para que o órgão possa “velar por sua continuidade” (art. 22, *caput*). Por outro lado, tais atividades de pesquisa poderão ser encerradas (espontaneamente ou por determinação do Conselho Nacional de Justiça) quando, mediante manifestação fundamentada, for reconhecida sua desconformidade com os preceitos éticos estabelecidos nesta Resolução ou em outros atos normativos aplicáveis ao Poder Judiciário e for inviável sua readequação (§ 1º).

O Capítulo também inclui disposições que tratam de forma excepcional determinados modelos de inteligência artificial voltados a finalidades específicas: a) determina que modelos que utilizem técnicas de reconhecimento facial não possam ser implementados sem prévia autorização do Conselho Nacional de Justiça (art. 22, § 2º); e b) indica que a utilização de modelos de inteligência artificial em matéria penal “não deve ser estimulada” (o que não se confunde com serem tais sistemas proibidos), sobretudo com relação à sugestão de modelos de decisões preditivas (art. 23, *caput*).

Quanto a esta última restrição, o § 1º do art. 23 expressamente exclui da regra do *caput* a utilização de soluções computacionais destinadas à automação e ao oferecimento de subsídios destinados ao cálculo de penas, prescrição, verificação de reincidência, mapeamentos, classificações e triagem dos autos para fins de gerenciamento de acervo.

Por fim, o art. 24 da Resolução determina que os modelos de inteligência artificial a serem utilizados pelo Poder Judiciário devem adotar, preferencialmente, software de código aberto que atenda alguns requisitos, como a) promoção de interoperabilidade entre os sistemas utilizados pelos órgãos do Poder Judiciário; b) possibilitem o desenvolvimento colaborativo da tecnologia; c) promovam transparência; e d) proporcionem cooperação entre outros seguimentos e áreas do setor público e a sociedade civil.

4. NOTAS FINAIS

A Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça construiu um conjunto de parâmetros seguros para o desenvolvimento de modelos de inteligência artificial pelo Poder Judiciário brasileiro.

Embora algumas passagens específicas da Resolução precisem ser aperfeiçoadas, não se pode deixar de reconhecer a qualidade e importância desse regulamento administrativo para a mais eficiente e veloz administração da Justiça.

Apesar de inspirado materialmente nos princípios da Carta Ética europeia, é possível constatar que a Resolução é mais robusta e minuciosa que o documento europeu no tocante à temática da utilização da inteligência artificial pelos órgãos do Poder Judiciário, e é um documento normativo apto a apontar um norte seguro e eticamente adequado para o emprego de tão importante tecnologia no cenário presente e futuro das atividades jurisdicionais brasileiras.

5. REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. “Por que, Quando e Como Regular as Novas Tecnologias? Os Desafios Trazidos pelas Inovações Disruptivas”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Vol. 273, p. 123-163, 2016.
- BARCAROLLO, Felipe. *Inteligência Artificial: Aspectos Ético-Jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2021. BARBOSA, Mafalda Miranda et al (orgs.). *Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.
- CAMPBELL, Ray Worthy. “Artificial Intelligence in the Courtroom: the Delivery of Justice in the Age of Machine Learning”. *Colorado Technology Law Journal*. Boulder, Vol. 18, N. 2, p. 323-350, 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, p. 29. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf, acesso em 1º de agosto de 2021.
- CONTINI, Francesco. “Artificial Intelligence and the Transformation of Humans, Law and Technology Interactions in Judicial Proceedings”. *Law, Technology and Humans*. s/d, Vol. 2, N. 1, p. 4-18, 2020.
- COUNCIL OF EUROPE. *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment*. Strasbourg: Council of Europe, 2019.
- DEEKS, Ashley. “The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence”. *Columbia Law Review*. New York, Vol. 119, N. 7, p. 1829-1850, 2020.
- FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- SOURDIN, Tania. “Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making”. *UNSW Law Journal*. Sydney, Vol. 41, N. 4, p. 1114-1133, 2018.
- FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik. “Arbitrium ex Machina: Panorama, Riscos e a Necessidade de Regulação das Decisões Informadas por Algoritmos”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Vol. 995, p. 635-655, 2018.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira. *Cinco Questões Ético-Jurídicas Fundamentais sobre a Inteligência Artificial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf, acesso em 1º de agosto de 2021.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio; FRAZÃO, Ana (orgs.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética Regulação e Responsabilidade*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- NAVARRO, Susana Navas (org.). *Inteligencia Artificial: Tecnología Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiz Pinto Coelho. “Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses Algorítmicos e os Riscos de Atribuição de Função Decisória às Máquinas”. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 285, p. 421-447, 2018.
- NUNES, Dierle; WOLKART, Erik (orgs.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- NUNES, Dierle. “A Technological Shift in Procedural Law (from Automation to Transformation): Can Legal Procedure be Adapted through Procedure?”. *Civil Procedure Review*. Salvador, Vol. 11, N. 3, 2020.
- RE, Richard M.; SOLOW-NIEDERMAN, Alicia. “Developing Artificially Intelligent Justice”. *Stanford Technology Law Review*. Stanford, Vol. 22, N. 2, p. 242-289, 2019.
- REILING, A. Dory. “Courts and Artificial Intelligence”. *International Journal for Court Administration*. Williamsburg, Vol. 11, N. 2, 2020.
- RODRIGUES, Bruno Alves. *A Inteligência Artificial no Poder Judiciário...* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Inteligência Artificial e Direito*. São Paulo: Almedina, 2020. LUCON, Paulo Henrique dos Santos.
- TUNES, Suzel. “Algoritmos Parciais”. *Revista Pesquisa Fapesp*. São Paulo, N. 287, p. 62-67, 2020.





Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

7

Impact of the ELI/UNIDROIT European Model Rules for Civil Procedure on national law – the case of Norway

Halvard Haukeland Fredriksen

Professor at the University of Bergen, Norway

Magne Strandberg

Professor at the University of Bergen, Norway

Abstract:

The article offers a first analysis of the potential impact of the new ELI/UNIDROIT European Model Rules for Civil Procedure at the national level. Taking one of the Nordic/Scandinavian countries as an example, the article suggests that the Model Rules will come to influence Norwegian civil procedure in three different ways: i) Influence on the interpretation and application of the existing national law, ii) influence on future legal reforms and iii) influence via the law of the European Union. In general, the openness and pragmatism of the Nordic/Scandinavian legal culture is likely to facilitate the Model Rules' impact. Still, the extent of the impact in concrete cases will depend on the perceived fit of the Model Rules to the existing Code on Civil Procedure and its underlying aims and values.

Key-words: ELI/UNIDROIT European Model Rules for Civil Procedure, Scandinavian legal culture, Norway, European Union.

I. INTRODUCTION

The European Model Rules for Civil Procedure¹ is the result of a joint project of the International Institute for the Unification of Private Law (*Institut international pour l'unification du droit privé*, UNIDROIT) and the European Law Institute (ELI). The aim was, as suggested by the project's name, to develop model rules for civil procedure in Europe. It built upon an instrument produced jointly by the American Law Institute (ALI) and UNIDROIT, the *Principles of Transnational Civil Procedure* of 2004,² adapting those principles to the European context in the light of: (a) the European Convention on Human Rights³ and the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁴; (b) secondary EU legislation; (c) common traditions in the European countries; (d) the Storme Commission's work⁵; and (e) other pertinent European sources.

The project, which started in October 2013, was managed by a Steering Committee with representatives from both ELI and UNIDROIT. The work was organized by Working Groups that each had members from the various European legal families. The Working Groups were entrusted to propose model rules for all the main topics covered by the ALI/UNIDROIT Principles. Additionally, the Steering Committee decided to develop rules on appellate proceedings. Eight Working Groups were thus established, with their fields of responsibility clearly mirrored in their respective names:⁶

- Access to information and evidence
- Provisional and protective measures
- Service of documents and due notice of proceedings
- *Lis pendens* and *res judicata*
- Obligations of the parties and lawyers
- Judgments
- Parties and collective redress

1 Available online at <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules>. Published in 2021 as ELI/UNIDROIT: *From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure. Model European Rules of Civil Procedure*, Oxford University Press, 2021.

2 Available online at <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles>. Published in 2005 as ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press 2005.

3 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.1950.

4 Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 202, 7.6.2016, p. 389–405.

5 Marcel Storme (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de L'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1994.

6 For a complete list of the members of the Working Groups: see *From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure. Model European Rules of Civil Procedure*, p. vii-x. One of the authors of this article, Strandberg, was a member of both the working group on obligations and the working group on appeals. The working group on appeals was organized somewhat differently from the other groups. It had only four members, was established in the latest parts of the project and worked under a tighter schedule than the other groups.

- Costs
- Appeals

All drafts from the working groups were discussed in plenary sessions where all members of the project and all observers were invited. In the very last phase of the project, an overarching ‘Structure Group’ was established with the task to consolidate the texts from the various working groups, to establish a common structure, and to ensure coherence and avoid gaps where aspects might not be covered by any of the designated working groups. The Structure Group was also in charge of writing the introductory chapters to the rules. The Model Rules, in English and French, were approved by both ELI and by UNIDROIT in 2020.

For any assessment of the outcome of the project, it is important to stress that the aim was not to devise a set of rules articulating common practices, i.e. a “restatement” of European civil procedure, nor was it to devise a set of rules based on the predominance of approaches across European jurisdictions, or based on compromise.⁷ Rather, the aim was to devise a set of best practice rules for the future development of European civil procedure.⁸ Thus, the working method of the project was not one of traditional comparative law. Instead, the project was based on the optimum approach, which means the working groups, taking as their starting point the ALI/UNIDROIT Principles and considering the different approaches present in different European legal traditions, EU law and the European Convention on Human Rights, sought after the optimum European model rules of civil procedure for the future.⁹

A self-evident ambition of the Model Rules is to influence the development of civil procedural law in Europe, both on the level of supranational European law and within the different national jurisdictions. The aim of this contribution is to discuss how the Model Rules might come to fulfil this ambition in a small Nordic country: Norway. Although our analysis will be limited to Norway, parts of it may be relevant also for the other Nordic countries and perhaps even other European countries with a comparable legal culture. As the other Nordic countries, Norway has an open legal culture that is receptive to new ideas from abroad, although the impact of foreign rules depends very much upon their perceived fit and added value to the existing body of Norwegian law.¹⁰ The civil procedure

7 Preamble, para. 9.

8 Ibid.

9 The methodological approach taken resembles the one that has always been taken by the Court of Justice of the European Union when developing general principles of Union law, see e.g. the acknowledgment of this by Advocate General Lagrange in his Opinion in Case 14/61 *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V. v High Authority of the European Coal and Steel Community*, ECLI:EU:C:1962:19: “the case law of the Court, insofar as it invokes national laws (as it does to a large extent) to define the rules of law relating to the application of the Treaty, is not content to draw on more or less arithmetical ‘common denominators’ between the different national solutions, but chooses from each of the Member States those solutions which, having regard to the object of the Treaty, appear to it to be the best or, if one may use the expression, the most progressive”.

10 For a brief introduction to the Nordic legal family, see Zweigert and Kötz, *An introduction to comparative law*, third revised edition, translated from the German by Tony Weir, Oxford University Press 1998, pp. 277-285.

of Norway is historically heavily influenced by Germanic law (German and, in particular, Austrian law), but has later sought inspiration from others, in particular Anglo-American law, to such an extent that it today is justified to classify it as a distinct procedural order, placed somewhere between the Germanic and the Anglo-American model.¹¹ As in the other Nordic countries, the Norwegian civil justice system is relatively well funded, giving judges the time required to stay updated on legal developments, including at the international level.¹² The costs of civil litigation in Norway are worryingly high, but this does at the same time allow for the lawyers to search for and include foreign legal material in their pleadings, at least in bigger cases. The knowledge of English is generally good whereas as the knowledge of other foreign languages (French, German etc.) is much lower, thus heavily favouring consideration of legal sources and literature in the English language. Despite the level of the costs, the Norwegian civil justice system, like those of the other Nordic countries, enjoys a very high degree of trust from the public.¹³

Norway is also an interesting test case because the country is not a member of the European Union but associated to it through several agreements. This is a status Norway shares with Iceland as well as, although to varying degrees, Liechtenstein, Switzerland and now also the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. It complicates, but does not hinder, indirect influence of the Model Rules via Union law, as will be explained further in section IV below.

In the following, we will discuss the potential influence of the Model Rules on Norwegian civil procedure, highlighting three different paths for such influence: Influence on existing national law (section II), influence on future legal reforms (section III), and influence via EU law (section IV).

We will only discuss the Model Rules potential impact upon the general 2005 Code of Civil Procedure¹⁴, i.e. for civil proceedings before the state courts. Hence, we will not deal with the Norwegian rules on arbitration or any other sort of private out-of-court conflict-solving mechanisms.¹⁵ Arbitration is outside the scope of the Model Rules.¹⁶ Nor will we discuss the potential influence from Model Rules via a contract between the parties. Outside the scope of arbitration, rules of Norwegian procedural

11 See Halvard Haukeland Fredriksen, 'German influence on the development of Norwegian civil procedural law', in: Lipp/Fredriksen (eds.), *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Mohr Siebeck 2011, pp. 19 ff.

12 The by far most important factor is the generally manageable workload, but in addition all Norwegian judges are entitled to one month paid leave of absence for the purpose of study every fourth year.

13 In the 2020 Rule of Law index from the World Justice Project, the first four places are taken by Nordic countries: Denmark as no. 1, Norway as no. 2, Finland as no. 3 and Sweden as no. 4 (The last of the Nordic countries, Iceland, is not included in the ranking). See <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global>.

14 Act 17 June 2005 No 90 relating to mediation and procedure in civil disputes (hereinafter: the Code of Civil Procedure). Unofficial English version: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-06-17-90>.

15 In Norway, there is a separate Arbitration Act (act 14 June 2004 no 25). Unofficial English version: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2004-05-14-25>.

16 Rule 1, 2 litra d

law cannot be replaced by such a contract.¹⁷ Procedural contracts are partly dealt with by the Model Rules in Rule 58, which takes a more flexible approach than the tradition in the Nordic countries.¹⁸

II. INFLUENCING EXISTING NORWEGIAN LAW

A first route of influence for the ELI/UNIDROIT Model Rules is as a matter of inspiration for the interpretation of existing Norwegian procedural law. Due to the general openness of the Norwegian legal method, no formal recognition by parliament or the government is required for Norwegian courts to be able to pay account to the Model Rules. However, as a soft law instrument, the Model Rules will only be considered relevant for the interpretation of the Code of Civil Procedure if the latter's provisions leave a gap, provide the judge with discretionary powers or at least leave room for interpretation.

As already alluded to in the introduction, several characteristics of the Norwegian legal tradition suggest that the Model Rules might be able to influence the interpretation and application of the Code of Civil Procedure in this way. The Nordic legal tradition is not only open to foreign influence, but also of a rather pragmatic nature.¹⁹ The historical roots goes long back in time, but of particular importance was the development of Scandinavian (or Nordic) legal realism, in particular by the Swedish philosopher Axel Hägerström and the Danish philosopher and jurist Alf Ross, from the first half of the 20th century.²⁰ A common ground for all versions of Scandinavian/Nordic legal realism is the stripping away of metaphysical aspects of legal thinking, concentrating instead on the societal effect of law as the way in which a legal system or a legal rule could be justified. Interestingly, key figures of Scandinavian/Nordic legal realism dealt with procedural law and gained massive influence on the theoretical development of procedural concepts and theories. In Sweden, where the Uppsala-school of legal philosophy was a dominating force, Karl Olivecrona and Per-Olof Ekelöf were both instrumental for the philosophical development and authored classical books of Swedish procedural law.²¹ In Norway,

17 As stated in the *travaux préparatoires* to the current Code of Civil Procedure, see NOU 2001: 32.

18 Rule 58 on "Related agreements" reads as follows: "In so far as procedural rules are subject to party disposition, parties may agree on any procedural matter, such as the jurisdiction of the court, provisional measures, and publicity of hearings".

19 This may also be explained under the label of "Norwegian legal culture". For such an approach, see Marius Mikkjel Kjølstad, Sören Koch and Jørn Øyrehagen Sunde, "An Introduction to Norwegian Legal Culture", in *Comparing Legal Cultures* (Koch/Sunde eds), 2nd ed, Bergen/Fagbokforlaget p. 125.

20 See Jes Bjarup, "The Philosophy of Scandinavian Legal Realism", *Ratio Juris* (vol. 18) p. 1–15. See also the texts concerning legal philosophy in the Scandinavian/Nordic countries in *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World* (Pattaro/Roversi eds.), Springer 2016. For a contemporary view from the outside, see the two chapters in part III of H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon/Oxford 1983/2001.

21 Olivecrona dealt in particular with the burden of proof (*Beviskyldigheten och den materiella rätten*, Uppsala 1930) and *res judicata* (*Rätt och dom*, Stockholm 1960). Ekelöf dealt with general procedural law especially in his series of six books called "Rättegång" which is still updated and among the leading books on Swedish

Torstein Eckhoff is both the most important figure of legal methodology and he a key figure of Norwegian civil procedure law from 1940s till the 1960s before he re-entered the scene when contributing to the theories of evidence in the 1980s and early 1990s.²²

Even though the philosophical underpinnings of Scandinavian/Nordic legal realism have been challenged,²³ core elements of realism or pragmatism are still characteristic for Nordic law and legal thinking. Nordic law is not based on grand theories, there is no such thing as the constructive or system-building traditions of many civil law countries, and there is not a heavy tradition of developing abstract concepts.²⁴ These aspects of Nordic legal thinking prepare the ground for input from abroad,²⁵ and they fit well with the ELI/UNIDROIT-project. That Model Rules do not try to introduce a grand theory or a complete system with abstract concepts, rather it is based on a quite pragmatic best practice-approach which take the quality of expected consequences as the guiding principles for the preferred solutions.

In line with Scandinavian/Nordic legal realism, the Norwegian doctrine of legal sources, and the guidelines for interpretation of such sources, is open and rather flexible.²⁶ Norwegian legal methodology consists of a rather long list of generally accepted sources of law, which includes not only hard sources as statutes and case-law, but also softer policy considerations, comparative arguments based on the law in other countries and international sources of law.²⁷ Soft law of foreign origin may be relevant even if it has not been formally approved by parliament or the government. Within contract law, both the *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)*, the *Principles of European Contract Law (PECL)*, and the *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* are in general regarded as relevant sources of

procedural law. He also established an original theory of evidence, which is found in a simplified English version in "My thoughts on evidentiary value", *Evidentiary value: philosophical, judicial and psychological aspects of a theory. Essays dedicated to Sören Halldén on his sixtieth birthday*, Lund 1983.

- 22 His first book was on the burden of proof (*Tvilsrisikoen (Bevisbyrden)*, Oslo 1943), and his doctoral thesis was on *res judicata (Rettskraft)*, Oslo 1945). His contributions to the theory of evidence are: "Temametode eller verdimetode i bevisvurderingen", *Svensk Juristtidning* 1988 p. 321–339 og "Temametode og bevisverdimetode på ny», *Festskrift till Per Olof Bolding* (Heuman ed.), Stockholm 1992 p. 85–103.
- 23 Svein Eng, «Legal Philosophy in Norway in the 20th Century», *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World* (Pattaro/Roversi eds.), Springer 2016 p. 761-783.
- 24 See the view from the outside provided by Zweigert and Kötz, *An introduction to comparative law*, third revised edition, translated from the German by Tony Weir, Oxford University Press 1998, p. 285: "the tendency to undue conceptualism and the construction of large-scale integrated theoretical systems have never really been followed in the North, thanks to the realism of the Scandinavian lawyers and their sound sense of what is useful and necessary in practice."
- 25 Similarly, from the perspective of contract law, Amund Bjøranger Tørum, *Interpretation of Commercial Contracts*, Oslo/Universitetsforlaget p. 15: «The absence of grand theories and abstract concepts in Norwegian law on the interpretation of contracts makes it particularly open and well suited for such imports."
- 26 Kjølstad/Koch/Sunde i *Comparing Legal Cultures*, 2nd ed, Bergen/Fagbokforlaget 2020 p. 126–135.
- 27 International legal sources were not included in the list set up by Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5th ed Oslo/Universitetsforlaget 2000 p. 23, but he still regarded these factors as relevant, see p. 283 ff. Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2nd ed, Oslo/Universitetsforlaget, 2004 p. 51–55 explicitly includes such factors.

law.²⁸ Most scholars include such soft law in their analysis of Norwegian contract law even in textbooks designed for students. As one of many examples, Amund Tørum makes several references to these soft law instruments when dealing with the Norwegian rules for interpretation of commercial contracts.²⁹ In the field of tort law both the aforementioned DCFR and the European Principles of Tort Law (PETL) are generally regarded as relevant,³⁰ and these soft law instruments are routinely included in academic analysis and in textbooks. For example did Bjarte Askeland make extensive use of ECTL when elaborating the requirement of causation in Norwegian tort law.³¹ Critical voices are heard, of course, but most of the criticism relate either to the content or the quality of a soft law project, or highlights certain conditions that must be fulfilled for European soft law to be relevant to Norwegian courts.³² Arguably, the ELI-UNIDROIT Model Rules of civil procedure will play a similar role for any future theoretical analysis of Norwegian civil procedure law.

Nevertheless, there may very well be a difference of theory and practice in these matters. While European soft law instruments will be expected to be included in any thorough scholarly analysis, that may not so readily be the case for the courts' reasoning. Again, a parallel is found in contract law as well as tort law, where a very small number of court decisions include references to European soft law. Recent case-law of the Supreme Court provides just one example where a European soft law instrument was explicitly mentioned in the reasoning. The judgment from 2014 referred to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.³³ The Supreme Court stressed that the principles were used only as an additional support, meaning that the court would have reached the same result anyway.³⁴

If the Model Rules get a similar role in Norwegian civil procedure law, the courts will primarily refer to them when they provide support to a solution which already has a legal basis in the Code of Civil Procedure or established case-law. However, it is also possible that the Model Rules will be invoked in cases where a corresponding rule of Norwegian civil procedure has yet to be fully established. That is arguably the case for the principle of cooperation, which is perhaps the most prominent principle of the Model Rules. It is fairly well developed both in a general way in Rules 2, 6 and 9 and in greater detail in the subsequent chapters of the Model Rules.

28 Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2nd ed, Oslo/Universitetsforlaget 2011, p. 61–70, Kåre Lilleholt, *Kontraksrett og obligasjonsrett*, Oslo/Cappelen Damm 2017 p. 38–41.

29 Tørum p. 14–15.

30 Viggo Hagstrøm and Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 2nd ed, Oslo 2019 p. 49–50.

31 Bjarte Askeland, «Om hypotetisk, hendelig skadeårsak i erstatningsretten», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2017 p. 347–388.

32 E.g. Birgitte Hagland, *Erstatningsbetingende medvirkning*, Oslo/Gyldendal Juridisk 2012 p. 53–59.

33 HR-2014-247-A, case no. 2013/1839, para. 37. There is a remarkable contrast here between Norway and Sweden, as the Swedish Supreme Court regularly makes references to European soft law.

34 Lilleholt p. 40.

In Norway, there is no general principle of cooperation, neither in any statutory provision nor in the case-law. Still, some rules in the Code of Civil Procedure can be regarded as expressions of a general principle of cooperation between the parties. The law commission that prepared the Code regarded the duty of truthfulness and completeness in section 21-4 as a concrete expression of such a principle.³⁵ Even though the *travaux préparatoires* are important sources of law in the Nordic legal family, the lone statement from the law commission does not suffice to establish a general principle of Norwegian procedural law. It thus remains unclear whether there is sufficient support in traditional legal sources to establish such a principle, either in general or for specific situations. Consequently, it is also unclear what such a principle would mean in practice. Here, the Model Rules prepare the ground for further debate and, potentially, the development of a principle of cooperation as part of Norwegian civil procedure.

Another, albeit related example, is the Model Rules' repeated emphasis on sanctions of non-compliance with the duty to cooperate. There is a general lack of available sanctions of non-compliance in Norwegian civil procedure law, and the Model Rules' rich variety of such sanctions and emphasis of their importance, may prepare the ground for a further development of Norwegian law.³⁶ A deep change in this direction requires a legal reform, because of a need for a formal legal basis for new sanctions. However, at least the use of damages in tort as a sanction may be developed by the courts.

A further example where the Model Rules may be a source of inspiration concerns third party funding of civil litigations. In Norway, various versions of such funding have become more frequent during the last years, but the problematic sides of this development have not yet been properly recognized, neither in the doctrine nor in the case-law. Rule 245 of the Model Rules, requiring third-party funding to be disclosed to the court and the other party at the commencement of proceedings, and requiring such funding not to provide for inadequate compensation for the funder or enable the funder to exercise any undue influence on the conduct of the proceedings, ought to be taken into account in this debate. This also includes the approach to the question of sanctions for violations of the requirements for third party funding, as set out in Rule 245(4): Violations ought not to constitute a defence against the claim of the party availing itself of third party funding, but it should be taken into account when the court renders its final decision on costs determining the part of the claimant's costs to be reimbursed.

In general, the weight of an argument based on the Model Rules will depend on its perceived quality, i.e. the ability of the relevant rule to fit into the existing Norwegian Code on Civil Procedure and the underlying aims and values of Norwegian

35 NOU 2001: 32 p. 946–947.

36 See Model Rules 7, 27, 28, 99, 104, 110, and 191.

civil procedure. Nevertheless, a more extensive impact of the Model Rules might be required in cases that concern the application of substantive EU law in situations where there are no specific EU procedural rules involved. However, the potential impact of the Model Rules in such settings will be indirect, via general principles of EU law, in particular the principle of effective judicial protection of rights stemming from EU law, see further section IV below.

III. INFLUENCING LEGAL REFORMS

Another route of influence for the Model Rules is as a matter of inspiration for legal reforms. Historically, Norwegian civil procedure law has been shaped under international influence. The two main reforms of the last century, the old Code of Civil Procedure of 1915 and the current one from 2005, were both inspired by developments in other European countries. Whereas the old Code was highly influenced by Austrian law after the Franz Klein-reforms,³⁷ the current Code draws inspiration from English civil procedure after the Woolf-reform.³⁸ Thus, both reforms took specific jurisdictions as their main foreign source of inspiration. Still, the 1915-reform was the result of a much more thorough process than the 2005-reform, including many years of studies and discussions. The then accepted importance of knowledge about the state of affairs in other jurisdictions was reflected in the fact that parliament awarded two of the scholars entrusted with the drafting of the new code generous scholarships to enable them to go abroad and report in detail on recent reforms of civil procedure in several European countries. In contrast, the studies of foreign law before the 2005-reform were rather more limited, primarily focused on English and US law.

In today's impatient political culture, committees preparing law reforms are rarely given enough time to explore and utilize foreign law. New reforms of civil procedure tend to be initiated by isolated and more or less urgent problems, with the Ministry of Justice looking for quick solutions. Consequently, the appetite for systematic analysis of foreign law as a source of inspiration for proper reforms is much smaller than it once was. Somewhat paradoxically, however, this development in the legislative culture could actually facilitate the impact of the Model Rules on

37 See Jørn Øyrehagen Sunde, "Der organische Zusammenhang des Rechts: How the reception of Savigny came to influence legal reception in Norwegian law in the 19th century", *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway* (Lipp/Fredriksen eds.), Mohr Siebeck 2011 p. 7–18. Further reading on Franz Klein's ideology for civil procedure law: C. H. van Rhee, "Introduction", in *European Traditions in Civil Procedure* (van Rhee ed.), Intersentia 2005 on p. 3–23. See also: [THE DEVELOPMENT OF CIVIL PROCEDURAL LAW IN TWENTIETH CENTURY EUROPE: A RETROSPECTIVE VIEW \(harvard.edu\)](#)

38 See NOU 2000: 32 p. 183–184. The influence did inter alia concern case management and the preparatory stages, see Anna Nylund, "Preparatory Proceedings in Norway: Efficiency by Flexibility and Case Management", *Current Trends in Preparatory Proceedings. A Comparative Study of Nordic and Former Communist Countries* (Ervo/Nylund eds.), Springer 2016 p. 57–80. Further reading on the Woolf reform: *Reform of Civil Procedure* (Zuckerman/Cranston eds.), Oxford 1995, John Sorabji, *English Civil Procedure after the Woolf and Jackson Reforms. A Critical Analysis*, Cambridge 2016.

future reforms of civil procedure in Norway. The Model Rules and the accompanying comments are easily available online, and in a language that most Norwegian lawyers master quite well (English). Whilst contemporary law commissions may not have the time to consider foreign law, it will be easy for them to consult the Model Rules. Of course, comparative lawyers will rightly object that the Model Rules, as a soft law instrument that has yet to be tested in practice, cannot fully replace the knowledge one can get from comparative studies of ‘living’ procedural systems. Still, if the realistic alternative is superficial studies of more or less random national systems, recourse to the Model Rules is surely preferable.

The potential impact of the Model Rules is further strengthened by their making. Unlike the situation before the 1915-reform, Norway has a comprehensive and mostly coherent Code of Civil Procedure that generally works fairly well. There is and will presumably always be a need for further reforms, but arguably not one that allows for a complete makeover, inspired by the system of another country. One of the reasons why the law commission preparing the current Code of Civil Procedure thought German law to be of little help, was the view that the various parts of German procedural law are all interconnected in ways that makes it difficult to draw inspiration from them without taking over the entire thinking of German procedural law. This is much less so with the Model Rules, given their making and the fact that they are just Model Rules and not fully operational procedural rules embedded in a specific legal culture.

In general, there is therefore reason to believe that the Model Rules will be taken into consideration when the Ministry of Justice or a future law commission struggles with a legal question that the Model Rules provides a possible solution for. Whether the solution suggested by the Model Rules will be followed, will depend on the perceived fit of the solution into existing Norwegian civil procedure and the aims and values upon which it is based. Nevertheless, the pragmatic and down to earth style of Norwegian law, as described in section I and II, should allow for the Model Rules to be taken into consideration. Any law commission that is given a mandate to suggest new rules for Norwegian civil procedure law, will be expected to consider Model Rules and to include them in their reasonings.

An example of this is to be found in an important reform proposed by the Court Commission in 2020. The Commission worked from August 2017 till October 2020 with a broad mandate which first and foremost concerned the structure of the Norwegian court system, including the number of courts and the relationship between the different instances. The commission was empowered to suggest new areas for reform and were invited to bring forward concrete suggestions for new legislation. Interestingly, when analysing the system for first appeals, the commission made several references to the Model Rules.³⁹

39 The comparative analysis is based on Magne Strandberg and Anna Nylund, «Utsikt til innsikt: En komparativ tilnærming til reform av reglene om anke lagmannsretten over dommer i sivile saker», *Lov og Rett* 2020 p. 84–

On a general level, the commission underlined that the Norwegian rules for first appeal differs rather fundamentally from the approach found in the Model Rules.⁴⁰ While Norwegian law, at least in practice, follow the *de novo* principle, the Model Rules limit the competence of the appellate courts considerably.⁴¹ In accordance with recent trends of European procedural law, the Model Rules takes the view that an appellate proceeding should not be a ‘new’ trial. Rather, the appellate courts job is primarily to test the legality of the proceedings in the first instance court. The commission noticed these differences, acknowledged the old-fashioned and rather ineffective character of the Norwegian rules on appeal and pointed out this area of Norwegian procedural law as ripe for reform.

Based on this analysis, the Commission suggested a reform of the rules concerning challenges to procedural decisions (decisions regarding legal standing or jurisdiction, case management decisions, decisions regarding access to evidence or admissibility of evidence, etc). The status of Norwegian civil procedure is that a procedural decision may be challenged separately and invoked as a ground for appeal against a final judgment.⁴² In sharp contrast, the Model Rules follow the final judgment rule: in order to promote procedural efficiency and proportionality, a procedural decision cannot be the subject of a separate appeal except in certain specific situations, see Rule 179:

Rule 179. Separate Appeal Against the Review of Procedural Orders by the Court

- (1) Unless otherwise provided for in Rule 179(2), a decision on a challenge to a procedural error cannot be made the subject of a separate appeal.
- (2) A separate appeal is available against decisions made in respect of
 - (a) a stay of proceedings;
 - (b) the transfer of proceedings to another court;
 - (c) security for costs;
 - (d) the exclusion of a party from a hearing or the imposition of a fine on a party;
 - (e) a refusal to disqualify a judge or court-appointed expert; and
 - (f) if provided for in a specific rule.
- (3) A separate appeal must be filed with the court within two weeks of notice of the decision.

102. Strandberg and Nylund also functioned as consultants for the Court Commission on matters concerning first appeal.

40 NOU 2020: 11 *Domstolene i endring* p. 324.

41 Rule 169.

42 F ex the Dispute Act §§ 29-2, 29-3 and 29-21.

The Court Commission quoted this Rule and discussed whether Norwegian should be reformed in the line suggested by the Model Rules.⁴³ The commission concluded that there are good reasons to reform Norwegian law on this matter and proposed a provision quite similar to the one found in Rule 179 of the Model Rules.

Another important suggestion made by the Court Commission was a rule called “preclusion between instances”,⁴⁴ which means that procedural steps cannot be taken before the appeal court if they were not taken before the first instance court. At present, a party to appellate proceedings before a Norwegian court can present any source of evidence and rely on any fact even if they were not included in the first instance procedure. In sharp contrast, a rule on preclusion between instances is found in Model Rule 168:

Rule 168. New facts and taking evidence

(1) Within the relief sought, the appellate court shall consider new facts alleged by the parties

(a) in so far as those facts could not have been introduced before the first instance court, or (b) in so far as the first instance court failed to invite the parties to clarify or supplement facts that they had introduced to support their claim or defence under Rules 24(1) and 53(3).

(2) Within the relief sought, the appellate court shall take evidence offered by the parties only if

(a) the evidence could not have been offered to the first instance court;

(b) the evidence was offered to the first instance court and was erroneously rejected or could not be taken for reasons outside the party’s control; or

(c) the evidence concerns new facts admissible according to Rule 168(1).

The justification of this rule in the accompanying comments are rather telling: New facts may, and must, be considered only insofar as they could not have been introduced before the first instance court or insofar as the first instance court failed to invite parties to clarify or supplement facts. The limitation ensures that parties cannot withhold facts and evidence as part of their litigation strategy. It also ensures that parties take proper account of, and comply with, the concentration principle.⁴⁵

A similar, but not identical, rule was suggested by the Court Commission.⁴⁶ However, in the consultation round following the suggestion, the Lawyers Association,

43 NOU 2020: 11 p. 332–334 and 365–366.

44 NOU 2020: 11 p. 328–330 and 364.

45 Comments to Rule 168, para. 2.

46 NOU 2020: 11 p. 364.

various courts and other instances voiced their scepticism towards the suggested rule on preclusion between instances. The Supreme Court, for instance, considered the rule too strict and opined that such a reform would diminish the chances of having a materially correct solution to the conflict.⁴⁷

Even though the consultation round revealed some resistance towards the latter reform proposal, the work the Court Commission does demonstrate the importance of the Model Rules as a source of inspiration for reforms of Norwegian civil procedure law. Even if the end result should be that Rule 168 will not get an offspring in the Norwegian Code of Civil Procedure in this round, it will surely continue to inform future debates about this matter in Norway.

IV. INFLUENCING NATIONAL LAW VIA EU LAW

A third route for the Model Rules to influence the national civil procedure of European countries is through the European Union. For those countries that are members of the Union, this route requires little explanation. If the EU legislators draw inspiration from the Model Rules, the ensuing EU legislation will naturally result in the relevant parts of the Model Rules affecting the respective parts of the national procedural law of the member states. The same is true if the Union's Court of Justice draws inspiration from the Model Rules in its further elaboration of the general principles of Union law, in particular the principle of effective judicial protection of substantive EU law rights and obligations. Both ifs are considerable, however, as it remains to be seen whether the EU legislators (the European Commission, the European Parliament and the Council of Ministers) and/or the Court of Justice will take the Model Rules into consideration, see further on this towards the end of this section.

For the European countries that are not members of the Union, the picture is more complicated. Many of them are, in different ways and to various extent, associated to the EU, through bi- or multinational agreements with the Union. Especially close ties exist between the EU and the four remaining member states of the European Free Trade Association (EFTA) – Iceland, Liechtenstein, Norway and Switzerland.⁴⁸ Among those four, Iceland and Norway are even closer to the EU than Liechtenstein and Switzerland, as they are parties both to the 1992 Agreement on the European Economic Area (EEA) and to the 2007 Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.⁴⁹ In many situations, the

47 Consultation response from the Supreme Court to the Ministry of Justice, 26 March 2021.

48 Following Brexit, it should not be ruled out that the UK might want to rejoin EFTA, even though the preference so far has been for traditional free trade agreements with the four EFTA States.

49 Liechtenstein is a party to the EEA Agreement, but not to the Lugano Convention. Switzerland is a party to the Lugano Convention (as indeed suggested by its name), but not to the EEA Agreement. Both countries are also tied to the EU through several other agreements.

combined effect of the EEA Agreement and the Lugano Convention is that Norwegian judges find themselves in a situation very similar to that of their colleagues from EU Member States.⁵⁰ Still, parts of the EU's interventions into the procedural law of its member states fall outside the scope of the EEA Agreement. As the Agreement was negotiated in 1990–1991, its scope essentially reflects the scope of the EU law as it stood prior to the 1992 Treaty of Maastricht.⁵¹ Thus, the EEA Agreement knows of no parallel to Article 81 TFEU⁵² on judicial cooperation in civil matters. As a result, none of the EU legal acts based on Article 81 TFEU have been incorporated into the EEA Agreement. As far as the Brussel I Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters is concerned, this is largely remedied by the above-mentioned Lugano Convention, but Norway's interest in similar agreements concerning certain other parts of the EU rules on judicial cooperation in civil matters has so far not been acted upon by the EU. Neither has the proposition to update and widen the scope of the Lugano Convention been followed up.⁵³

As a result of this peculiarities, the indirect EEA law impact of the Model Rules in Norway (and Iceland) depends not only on the EU institutions openness to the Model Rules, but also in what ways the EU lets future EU legislation be influenced by them. If the European Commission were to follow up the European Parliament's proposal of 2017 for a general directive on common minimum standards of civil procedure in the European Union⁵⁴ the directive is unlikely to be incorporated into the EEA Agreement due to its expected EU law legal basis being Article 81 TFEU. However, based upon the Commission's response to similar propositions from Parliament to propose general directives harmonizing entire fields of national law, such as the initiatives towards an EU Civil Code or an EU Administrative Code, there is little reason to believe that the proposal will be followed up in its current form. For political reasons, the Commission prefers a more limited, low-key incremental approach, based on the Union's competences to regulate the internal market (in particular Article 114 TFEU).⁵⁵ Thus, any impact of the Model Rules on EU law is, at least in the short and

50 See Halvard Haukeland Fredriksen and Magne Strandberg, 'Norwegian Civil Procedure Under the Influence of EU Law', in: Uzelac/van Rhee, *Transformation of Civil Justice – Unity and Diversity*, Springer 2018, pp. 41-62.

51 In order to maintain a level playing field with equal conditions, the Annexes to the EEA Agreement are continuously updated with new EU legal acts of EEA relevance, but the scope of the Agreement has not been widened to include new fields of EU law.

52 Treaty on the Functioning of the European Union, who got its current name through the 2007 Treaty of Lisbon.

53 In 2020, the UK applied to (re-)join the Lugano Convention as an independent party. UK accession to the Convention would have provided an opportunity to update and broaden it, but the European Commission opposes the UK's accession, citing the UK's status as a third country with an "ordinary" Free Trade Agreement facilitating trade but not including any fundamental freedoms and policies of the internal market, see COM(2021) 222 final, 4 May 2021, *Assessment on the application of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to accede to the 2007 Lugano Convention*.

54 European Parliament resolution of 4 July 2017 with recommendations to the Commission on common minimum standards of civil procedure in the European Union (2015/2084(INL)).

55 The calls for an EU Civil Code or an EU Administrative Code has not been followed up by the Commission.

medium long range, likely to be on sectorial internal market legislation, e.g. rules which harmonize national procedural law on topics – such as EU consumer protection law. Incidentally, this approach will cause any such impact of the Model Rules to be of EEA-relevance, and therefore to apply to the EEA/EFTA States in the same way as to the EU member states.





Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Apêndice

Anteprojeto de Código de Processo de Controle Externo do Estado de Mato Grosso¹

Fredie Didier Jr.

Full Tenured Professor of Civil Procedure at the Full Tenured Professor of Civil Procedure at the Federal University of Bahia, Brazil.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

I - HISTÓRICO DA ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO.

1. Em março de 2022, fui procurado pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso com uma provocação: o que eu achava de uma lei estadual que disciplinasse o processo perante a Corte de Contas?

2. Este anteprojeto concretiza a minha resposta.

3. A ideia partiu do Conselheiro Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, Doutor José Carlos Novelli, muito bem assessorado pela sua Consultoria Jurídica, que identificou a importância de se regulamentar, em diploma normativo adequado à Constituição Federal e aos novos paradigmas do Direito Público e do Direito Processual, as normas que deverão reger os processos instaurados para o exercício das funções de controle externo.

¹ Este anteprojeto, após poucas modificações feitas pelo Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, veio a transformar-se na Lei Complementar do Estado do Mato Grosso n. 752, de 19 de dezembro de 2022.

4. Os trabalhos iniciaram em 26.04.2022, quando visitei o TCE-MT e assinei o Contrato Administrativo n. 21/2022, cujo objeto é a realização de “*estudo e elaboração de minuta de Anteprojeto de Lei Estadual para criação do Código de Processo de Controle Externo*”.

5. Na referida reunião, que contou com a participação de todos do Conselheiros do Tribunal de Contas de Mato Grosso, foi ressaltado o caráter pioneiro da iniciativa, de forma a garantir uma maior eficiência e segurança na atuação do Tribunal de Contas. No mesmo dia, foi publicada a Portaria n. 082/2022, por meio da qual foi constituída Comissão Especial que, sob a coordenação do Conselheiro Vice-Presidente Valter Albano da Silva, teve como atribuição prestar apoio institucional e técnico-científico para elaboração deste anteprojeto. A Comissão foi integrada pelo Dr. Alisson Carvalho de Alencar (Procurador-geral de Contas), Dr. Marco Antônio Castilho Rockenbach (Secretário Geral da Presidência), Dr. Grhegory Paiva Pires Moreira Maia (Consultor Jurídico Geral do TCE-MT), Dr. Flávio de Souza Vieira (Chefe de Gabinete do Conselheiro Presidente), Dr. Carlos Brito de Lima (Secretário da Assessoria Parlamentar e pelo professor Dr. Welder Queiroz dos Santos (Professor da Universidade Federal de Mato Grosso).

6. Em 09.05.2022, às 18h (horário de Cuiabá), realizamos a primeira reunião tele-presencial do Grupo de Trabalho, pela plataforma zoom. Além de mim, estavam presentes Luiz Seixas, Grhegory Maia, Marco Rockenbach, Alisson Alencar, Welder Queiroz, Flavio Vieira, Lisandra Barros, Carlos Brito de Lima e Laís Lyra. O objetivo da reunião foi definir temas a serem pesquisados e propostos e criar subgrupos de trabalho para estudo e apresentação de proposta legislativa sobre dois temas relevantes, sendo eles (i) a prevenção, conexão e julgamento de casos repetitivos no Tribunal de contas e (ii) poder decisório do Conselheiro Relator no Tribunal de Contas.

7. Em 15.05.2022, foi publicado edital de consulta pública para sugestões de propostas normativas com vistas à elaboração do anteprojeto, cujo prazo se encerrou em 30.06.2022.

8. Em 13.06.2022, às 17h (horário de Cuiabá), ocorreu a segunda reunião tele-presencial do grupo de trabalho, pela plataforma zoom. Presentes, além de mim, Luiz Seixas, Grhegory Maia, Alisson Alencar, Welder Queiroz, Flavio Vieira e Laís Lyra. Essa reunião teve por objeto a apresentação de propostas normativas elaboradas pelos subgrupos de trabalho definidos na primeira reunião telepresencial.

9. Em 05.07.2022 enviei as primeiras sugestões de dispositivos normativos ao Grupo de Trabalho.

10. Em 11.07.2022, às 17h (horário de Cuiabá), realizamos a terceira reunião tele-presencial do grupo de trabalho, pela plataforma zoom. Presentes, além de mim, Luiz Seixas, Grhegory Maia, Alisson Alencar, Flavio Vieira, Carlos Brito de Lima, Laís Lyra. Nesse encontro, discutimos a primeira minuta apresentada.

11. Em 12.07.2022 recebi o resultado da Consulta Pública.

12. Em 27.07.2022 recebi as propostas enviadas pela OAB Subseção do Mato Grosso, subscrita por Gisela Alves Cardoso (Presidente da OAB/MT), José Carlos de Oliveira Guimarães Júnior (Vice-presidente da OAB/MT), Thiago França Cabral (Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB/MT) e Rosana Laura Faria Ramires (Presidente do Grupo de Trabalho do Código de Processo de Contas). A proposta trouxe quatorze sugestões: (1) alteração do nome da legislação estadual de Código de Processo de Contas, para Código de Processo de Controle Externo, caso o objeto de regulamentação sejam as demais medidas processuais existentes, para além das Contas Anuais; (2) previsão do efeito suspensivo nos Pedidos de Revisão do Parecer Prévio, como regra; (3) participação dos Denunciantes e dos Representantes em todas as fases processuais dos processos de fiscalização por eles deflagrados; (4) assunção da autoria/legitimidade ativa pelo Ministério Público de Contas, de representações e denúncias objeto de desistência ou de abandono por seus originais autores; (5) expressa vedação de inovação dos fundamentos decisórios, pelo Relator e demais Conselheiros votantes, no voto para homologação plenária de decisão monocrática (liminar ou decisão concessiva/negativa de admissibilidade de Agravo); (6) possibilidade de antecipação da tutela recursal, mesmo em agravo (com base no poder geral de cautela reconhecida no STF); (7) regulamentação dos efeitos das determinações e das recomendações expedidas em processos de Auditorias sobre terceiros que não participam desses processos; (8) regulamentação acerca da possibilidade e do procedimento de utilização de prova emprestada; (9) regulamentação e criação de forma de acesso aos autos no TCE/MT (digitalização dos autos), intimação eletrônica e garantia do livre acesso aos advogados habilitados, independente de reiterados pedidos de vista virtual, conforme novos anexos processuais; (10) pedido de rescisão (adequação da redação equiparando a rescisória do CPC); (11) previsão e regulamentação do princípio da oralidade no processo de contas; (12) previsão e regulamentação da possibilidade de produção de prova pericial e de uso de prova pericial produzida extrajudicialmente; (13) regulamentação do uso da palavra pelo advogado, para suscitar questão de ordem, para esclarecimento de fato e de direito, mesmo após início da fase de deliberação do processo; (14) ilegalidade da intimação de servidores/gestores via PUG, mantendo apenas para o ente fiscalizado.

13. Em 02.08.2022 enviei a versão, tão completa quanto possível até aquele momento, do anteprojeto ao Grupo de Trabalho.

14. Em 29.08.2022, recebi dois conjuntos de sugestões, pelo Auditor de Controle Externo Flávio de Souza Vieira e pelo Consultor Jurídico Geral Gregory Paiva Pires Moreira Maia, ambos membros da Comissão Especial. Boa parte das sugestões foi acolhida.

15. Em 31.08.2022, entreguei este documento ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

II - A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA ESTADUAL EM TEMA DE PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO.

16. Se há alguma dúvida sobre a extensão da competência legislativa estadual em tema de processo em geral, ninguém nega que, sobre processo administrativo, o Estado tem amplíssima competência legislativa: o membro da Federação tem o poder de auto-organizar-se administrativamente, como decorrência do princípio federativo².

17. Mesmo que se considere que o Tribunal de Contas exerce função distinta da administrativa, entre ela e a jurisdicional (função de controle), a competência legislativa estadual também é ampla. Especificamente sobre os tribunais de contas dos Estados, o art. 75 da Constituição é claro ao remeter aos constituintes estaduais a competência para regulação. O art. 45, parágrafo único, XI, da Constituição do Estado de Mato Grosso delega à lei complementar a tarefa de regulamentar a organização do respectivo Tribunal de Contas. Não é por acaso que este é um anteprojeto de lei *complementar*, e não lei ordinária.

18. Este anteprojeto foi, então, elaborado em observância a seis diretrizes dogmáticas, que justificam a sua constitucionalidade e reforçam a sua importância, inclusive como legítima manifestação (decisão) política do Estado de Mato Grosso como ente federativo: *a)* ampla competência legislativa estadual para tratar da organização do respectivo Tribunal de Contas; *b)* ampla competência estadual para regular o respectivo processo administrativo; *c)* indiscutível permissão de o Estado seguir, em lei estadual, o modelo federal de processo – como ocorre, por exemplo, com as reproduções de dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e da Lei Federal n. 9.784/1999, e as diversas remissões feitas para aplicação subsidiária, que aparecem neste anteprojeto; *d)* permissão de o Estado escolher *um* dos modelos federais de processo já existentes, em atenção ao princípio da adequação da lei processual³, como, por exemplo, a não atribuição de efeito suspensivo automático aos recursos; *e)* possibilidade de o Estado inspirar-se em modelo processual previsto em lei federal e, com adaptações, criar regra processual própria, como, por exemplo, a previsão de procedimento para julgamento de processos repetitivos no TCE-MT, proposto neste anteprojeto; *f)* possibilidade de a lei estadual densificar ou concretizar as regras federais processuais, como, por exemplo, o dever de motivação para o específico caso de julgamento de contas, como visto neste anteprojeto⁴.

2 A propósito, com ampla pesquisa, BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 404-406.

3 Sobre o princípio da adequação legislativa da regra processual, DIDIER Jr., Fredie. “Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2001, n. 21, p. 530-541.

4 Sobre as amplas possibilidades de lei estadual regular matéria processual, BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

19. Cabe ainda mais um registro: leis estaduais podem dispor de maneira mais pormenorizada a respeito de institutos processuais previstos em lei federal, funcionando como espécie de laboratórios legislativos⁵, propícios à experimentação de novas técnicas e arranjos processuais.

20. As soluções construídas a partir do diálogo entre as leis locais e a lei federal podem contribuir para o surgimento de uma perspectiva do federalismo cooperativo existente no Brasil em tema de justiça multiportas⁶.

III - INTEGRAÇÃO E DIÁLOGO COM OUTRAS FONTES NORMATIVAS.

21. Ao exigir o contraditório no processo administrativo (art. 5º, LV), pode-se dizer que, em alguma medida, e talvez com algum (justificável) exagero retórico, Constituição de 1988 fundou a processualidade administrativa – a ponto de a ideia de uma Teoria Geral do Processo aplicável ao processo administrativo se ter espalhado com alguma desenvoltura no Brasil⁷.

22. Desde então, um conjunto de leis federais foi sendo montado a respeito do processo administrativo, tudo em consonância com a Constituição e os avanços teóricos e dogmáticos do Direito Público no Brasil. Há dois grandes marcos: a excelente Lei Federal n. 9.874/1999, que traz a disciplina geral do processo administrativo federal, e evidente modelo para a lei mato-grossense de processo administrativo (Lei n. 7.692/2002), e a Lei Federal n. 13.655/2018, que acrescentou à LINDB uma parte sobre o Direito Público, com diversas regras relacionadas ao processo administrativo – e com a novidade de ter destacado o “processo controlador”, entre o processo administrativo e o processo jurisdicional.

23. Cabe abrir parênteses. A natureza jurídica das funções de um Tribunal de Contas fica, muitas vezes, numa zona cinzenta entre a “administração” e a “jurisdição” (o art. 73 da Constituição, por exemplo, fala em “jurisdição”, ao tratar do Tribunal de Contas da União). A LINDB não pretendeu resolver essa questão e optou pelo caminho da clareza: “função controladora”, entre as outras duas. O certo é que, administrativas,

5 A possibilidade de atuação dos Estados como laboratórios legislativos é, aliás, uma das virtudes do federalismo, como destacado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ADI n. 2.922, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes (STF, Pleno, ADI n. 2.922, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 03.04.2014, publicado em 30.10.2014).

6 DIDIER Jr., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. “Contribuições da decisão administrativa coordenada para o sistema brasileiro de justiça multiportas”. Antonio do Passo Cabral e José Vicente Mendonça (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2022, p. 155-186.

7 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2008; FRANCO, Fernão Borba. “Processo administrativo, Teoria Geral do Processo, imparcialidade e coisa julgada”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2008; DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

jurisdicionais ou “de controle”, as funções do Tribunal de Contas devem ser exercidas *processualmente*. Quanto a isso, não pode haver dúvidas. Essa é outra premissa importante deste anteprojeto.

24. Há mais um pilar na estruturação dogmática do processo administrativo ou de controle externo: o Código de Processo Civil brasileiro (CPC), cujo art. 15 expressamente exporta sua força normativa para esse pedaço do exercício das funções do Estado. Os incontáveis e inequívocos avanços trazidos pelo CPC, para o aperfeiçoamento da estrutura do processo no Brasil, têm de ser levados em consideração na elaboração de uma lei estadual sobre o processo do controle externo.

25. Este anteprojeto é claramente inspirado nessa estrutura normativa tecida pelo Brasil nas últimas décadas, que impõe a organização de um processo estatal – o que inclui, obviamente, o processo de controle externo – que leve em consideração os direitos fundamentais processuais, a boa-fé, a segurança jurídica, a flexibilidade, a eficiência e um dos seus principais corolários: o desenvolvimento de um sistema de precedentes obrigatórios também no contexto de um tribunal de contas. Daí que, em muitas passagens, há remissões expressas a disposições de lei federal, o que ajuda a reforçar a constitucionalidade do anteprojeto.

26. Ao lado deste “quarteto de diplomas normativos” (Constituição, LINDB, Lei Federal n. 9.784/1999 e CPC), também não é desprezível, e, por isso, deve ser observado, o impacto que a nova Lei da Improbidade Administrativa – Lei n. 14.230/2021 causa no processo de controle, sobretudo pela consagração, em lei, da ideia de um Direito Administrativo sancionador, com todos os seus desdobramentos.

27. A legislação do Estado de Mato Grosso também foi levada em consideração, evidentemente: a Lei n. 7.692, de 1º de julho de 2002, que disciplina o processo administrativo em âmbito estadual, e a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso – Lei Complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007, com quem este anteprojeto dialoga permanentemente.

28. Há, ainda, ao menos um dispositivo claramente inspirado em *soft law*: a regra sobre integridade e dever de aparentar imparcialidade é inspirada nos Princípios de Bangalore. As referências às “boas práticas”, ao longo do texto, são, também, produtos da influência que a *soft law* processual tem exercido sobre o Direito processual contemporâneo, e sobre mim, em particular.

29. Procurei seguir os padrões da Legística, atento à Lei Complementar 95/1998, e adotar uma ortografia jurídica de acordo com os avanços mais recentes da Teoria Geral do Direito, especialmente da Teoria Geral do Processo.

30. Tentei, enfim, promover intenso diálogo deste anteprojeto de lei estadual com essas diversas fontes normativas, com o propósito de produzir uma lei atenta ao que de mais contemporâneo e valioso possa haver em tema de processo estatal, no Brasil.

IV - PANORAMA DO ANTEPROJETO – NOTAS EXPLICATIVAS.

a) Das normas processuais fundamentais – capítulo I

31. Este Capítulo inspirou-se no Código de Processo Civil e na Lei Federal n. 9.784/1999.

32. A opção pelo sintagma “normas processuais fundamentais” tem uma razão de ser: de um lado, valho-me do termo genérico “norma”, que abrange as “regras”, os “princípios” e até os “postulados”, para quem admite essa espécie normativa; de outro, o adjetivo “fundamentais” qualifica e bem comunica (observe que já adotado, por exemplo, pelo Código de Processo Civil, arts. 1º a 12) a importância dessas normas para a estruturação do processo de contas e para a interpretação dos dispositivos e aplicação de outras normas processuais (art. 2º, §1º).

33. Além de a apresentar a definição de “norma processual fundamental” para este anteprojeto (conceito jurídico-positivo de norma fundamental, sem qualquer relação com a noção *kelseniana* de norma fundamental), propus duas outras regras importantes para a conformação dogmática deste tipo de norma jurídica: amplitude subjetiva da sua incidência (as normas fundamentais devem ser observadas por todos aqueles que participam do processo) e a não-exaustividade do rol apresentado neste Capítulo (essas normas fundamentais previstas não excluem outras decorrentes das demais disposições deste Código ou de outra lei) – (art. 2º, §§ 2º e 3º).

34. Pareceu-me muito importante, também, apresentar a constelação normativa que disciplina o processo de controle externo perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, reconhecendo a força normativa das Constituições – Federal e Estadual – e sua posição hierárquica (art. 1º), além dos importantes papéis da lei estadual de processo administrativo (Lei n. 7.692, de 1º de julho de 2002), do Código de Processo Civil e das Leis Federais n. 8.443/1992 (por ser o modelo federal para processos em tribunais de contas), 9.784/1999 (já amplamente referida nesta Exposição) e 8.429/1992 (essa última para o processo de controle externo de caráter sancionador).

35. Optei por reunir as principais normas fundamentais processuais em um único dispositivo, em redação mais singela e direta, de modo a facilitar a consulta (art. 2º).

36. No inciso I, há referência, sem rodeios, ao conjunto das normas processuais fundamentais previstas na Constituição Federal. Não deve haver dúvidas quanto a isso: o processo de controle externo é processo de produção do Direito que deve observar o *devido processo legal* e todos os seus desdobramentos, explícitos e implícitos.

37. O inciso II apresenta outra base do anteprojeto: a segurança jurídica e seus corolários – proteção da confiança legítima e proibição de decisão-surpresa (a propósito desse último, o art. 10, CPC). Simbolicamente é o inciso II, pois são normas que, a despeito de não encontrarem texto expresso na Constituição Federal, embora dela possam ser extraídas, merecem grande destaque neste anteprojeto.

38. A óbvia relação entre segurança jurídica, confiança legítima e boa-fé justificou a inclusão, logo no inciso III, deste último princípio, dando-lhe o destaque merecido, em razão da importância que a sua dimensão vem angariando nas últimas décadas aqui no Brasil⁸.

39. É notável a expansão da consensualidade no Direito Público brasileiro nas últimas décadas⁹. Não há razão para o processo de controle externo, que já conta com

8 A propósito, DIDIER Jr., Fredie. “Princípio da boa-fé processual no Direito Processual Civil brasileiro e seu fundamento constitucional”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2018, n. 70, p. 179-188.

9 Sobre a consensualidade e o Direito Público no Brasil, há diversas e importantes manifestações: ALMEIDA, Natália Silva Mazzutti; MELO, Luiz Carlos Figueira de. “A consensualidade como elemento do processo administrativo federal brasileiro”. *Interesse Público*, n. 75, 2012; AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012; AVELINO, Murilo Teixeira. “A regulação dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Nacional”. *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 2: mai.-ago. 2020; AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Consensualidade e Poder Público*. Salvador: Juspodivm, 2022; AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. “Transação Tributária – Novo paradigma da autocomposição a partir da Lei nº 13.988/2020”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a 59, n. 233, p. 61-82, jan./mar. 2022; CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado (coords). *Transação tributária na prática da Lei n. 13.988/2020*. São Paulo: RT, 2020; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017; BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018; CABRAL, Thiago Dias Delfino. “Os comitês de resolução de disputas (dispute boards) no sistema multipartidas do código de processo civil”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 59, 2018, versão eletrônica; COSTA FILHO, Venceslau Tavares; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Ana Beatriz Ferreira de Lima. “Uma reflexão sobre a autocomposição e indisponibilidade dos direitos do Estado”. *Conjur*, 13/01/2020. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-13/reflexao-autocomposicao-direitos-estado> > Acesso em 26/05/2020; DE PAULA, Débora Giotti. *Desafios culturais na implantação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020; SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier et alii (coords). *Comentários sobre a transação tributária: à luz da Lei 13.988/20 e outras alternativas de extinção do passivo tributário*. São Paulo: RT, 2021; FARIA, Luzardo. “O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público”. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (coords.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; FACCI, Lucio Picanço. “A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela administração pública e o novo código de processo civil”. CUNHA, Leonardo Carneiro da; ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coleção Repercussões do Novo CPC - Advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3; FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *Transação em matéria tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação do crédito público à luz do modelo norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2014; FERRAZ, Beatriz Biaggi. *Transação em matéria tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigância habitual: a necessária mudança da culta jurídica de tratamento dos conflitos*. Londrina: Toth, 2021; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária: introdução à justiça fiscal consensual*. Belo Horizonte: Fórum, 2010; GRECO-SANTOS, Bruno. *Transação extrajudicial na administração pública*. São Paulo: RT, 2019; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015; GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. “Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública”. *Revista de Direito Administrativo*. Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov.-2018; MARINHO, Daniel Octávio Silva; ARAÚJO, José Henrique Mouta; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BECKER, Rodrigo Frantz (orgs.). *Fazenda Pública – atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas*. Londrina: Thoth, 2022; MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019; NEIVA, Geisa Rosignoli. *Conciliação e mediação pela Administração Pública: parâmetros para sua efetivação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos; NAKAMURA, Bruna Laís Sousa Tourinho; LONGA,

instrumentos de solução consensual tradicionais, como o termo de ajustamento de gestão, não se alinhar ainda mais a essa tendência. Daí a previsão do inciso IV, que traz importante cláusula geral a respeito do assunto, permitindo, inclusive, a celebração de negócios jurídicos processuais¹⁰.

40. O inciso V ratifica a *instrumentalidade* e a *simplicidade* das formas, marcas do processo contemporâneo, sobretudo o administrativo (art. 2º, parágrafo único, IX, Lei Federal n. 9.784/1999). Agrega-se a elas a *flexibilidade* das formas, fundamental para a adequação do processo, intimamente ligada à possibilidade de negócios processuais e ao estímulo à inovação, também normas fundamentais. Não se ignora, aliás, que a flexibilidade é também uma maneira de reforçar a segurança jurídica, por mais isso que pareça um paradoxo¹¹.

41. A primazia da decisão de mérito¹², como diretriz normativa sobre o processo, se estabeleceu com o Código de Processo Civil de 2015. De acordo com esse princípio, deve

Daniel Pinheiro. "A utilização de dispute boards como método adequado de solução de conflitos no Brasil". *Revista de Processo*. São Paulo, RT, v. 300; TANNURE, Stela. *Consenso na advocacia pública municipal: pesquisa empírica sobre culturas e práticas*. Londrina: Thoth, 2021; VENTURI, Elton. "Transação de direitos indisponíveis". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 251, jan.-2016; WALD, Arnaldo. "Dispute resolution boards: evolução recente". *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 30, jul.-set./2011, p. 139-151 (versão eletrônica).

- 10 Sobre negócios processuais em geral, no Brasil: DIDIER Jr., Fredie. *Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020; REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022; FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019; REBELO, Maria Paulo. *Negócios processuais trabalhistas*. Salvador: Juspodivm, 2021; MAFFESSONI, Behlue. *Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz*. Salvador: Juspodivm, 2021; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020; MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2020; RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: RT, 2020; COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018; MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017; CORDEIRO, Adriano C. *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento*. Curitiba: Juruá, 2017; GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015; e ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015. Sobre negócios processuais e o Poder Público, tema evidentemente correlato. BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções processuais e o Poder Público*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- 11 Como percebeu, argutamente, OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo – da rigidez à flexibilidade processual*. São Paulo: RT, 2018.
- 12 A propósito, na doutrina, DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28-41; DIDIER Jr., Fredie. "Editorial 53". Disponível em <https://www.frediedidier.com.br/editorial-53/>; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, v. 1, p. 136-137; CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Comentários ao art. 4º". In: STRECK, Lênio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36; SILVA, Ticiano Alves e. *Princípio da superabilidade dos vícios dos recursos: fundamentos, medidas de superação e dinâmica de aplicação*. Dissertação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017; LINS, Artur Orlando. *A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019;

o Tribunal priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. O mérito de qualquer postulação deve ser decidido. Trata-se de subprincípio que reforça a instrumentalidade do processo e que, em razão da sua recente disseminação, merece o destaque de ter um inciso para chamar de seu (art. 2º, VI).

42. O princípio da eficiência é um dos pilares do Direito Administrativo brasileiro (art. 37, *caput*, Constituição Federal). Ele dirige-se a toda a Administração Pública, o que inclui, obviamente, o Tribunal de Contas. Há uma dimensão processual deste princípio – como bem percebeu o Código de Processo Civil (art. 8º, parte final). Nessa dimensão, o princípio impõe a condução eficiente de um determinado processo. O princípio, aqui, dirige-se ao órgão decisor, responsável pela gestão de um processo específico. Os poderes do Tribunal deverão ser exercidos de modo a dar ao processo o máximo de eficiência. O princípio da eficiência é uma versão contemporânea (e, também, atualizada) do conhecido princípio da economia processual.

43. Embora se aproximem (e, por isso, reunidas no art. 2º, VII), *eficiência* não se confunde com *efetividade*. *Efetivo* é o processo que realiza a situação jurídica reconhecida. *Eficiente* é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório (quantitativos, qualitativos e probabilísticos). Um processo *pode ser efetivo sem ter sido eficiente* – atingiu-se o fim “realização do Direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas *jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo*: a não realização do Direito é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo.

44. A devida fundamentação das decisões é inafastável para o devido processo de controle externo. Este anteprojeto pretende levar isso muito a sério, como se poderá constatar no capítulo sobre a decisão, mais à frente. Por tudo isso, não poderia ser diferente: a devida fundamentação das decisões é norma fundamental, prevista no inciso VIII do art. 2º.

45. O inciso IX repete o art. 2º, parágrafo único, XII, Lei Federal n. 9.784/1999, confirmando que o processo de controle externo, assim como os processos estatais de um modo geral, é regido pelo impulso oficial.

46. Finalmente, no inciso X, acrescentei o estímulo à inovação como norma fundamental processual. O art. 218 da Constituição Federal determina que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Não há razão para excluir o Tribunal de Contas do Estado de Mato

RAMOS NETO, Said. “O princípio da primazia da decisão de mérito e o interesse recursal do réu”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019, n. 260; AGUIAR, Sandir Chaves de. “Considerações a respeito da teoria da causa madura e sua relação com o princípio da primazia da decisão de mérito”. In: Pereira, MAPURUNGA, Lara Dourado; NOLETO, Janaina Soares (coord.) *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões no CPC*. Fortaleza, 2018. Há inúmeras decisões, colegiadas e monocráticas, no STJ, valendo-se deste princípio; uma simples consulta na página do tribunal na rede mundial de computadores revela isso; seguem alguns exemplos: Corte Especial, REsp n. 1.813.684/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. em 02.10.2019, DJe 18/11/2019; 2ª T., REsp n. 1.773.776/GO, rel.Min. Herman Benjamin, j. em 27.11.2018, DJe de 17.12.2018; STJ, 3ª T., REsp n. 1.766.376/TO, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. em 25.08.2020.

Grosso dessa abrangência, nem devemos cometer o erro de achar que isso nada tem a ver com processo. A inovação não costuma ser catalogada pela doutrina processualista como um tema específico de sua reflexão. Sucede que temas como a flexibilização do processo e a adaptação da estrutura ou do funcionamento do órgão decisor para atender a determinadas necessidades sociais também dizem respeito ao mesmo fenômeno, embora normalmente não se utilize o termo “inovação” para identificá-lo¹³.

47. Encerrando o capítulo, e na linha do que recomendam os Princípios de Bangalore (arts. 2.2 e 25), preveem-se expressamente, para os Conselheiros, o dever de aparentar imparcialidade e o dever de revelação, ambos concretizadores do devido processo legal igualmente aplicáveis ao processo de controle externo.

b) Da competência – capítulo II

48. Inicialmente, estabelecem-se as fontes normativas da competência do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, realçando o papel do respectivo Regimento Interno. Este anteprojeto supõe que se estende, aos tribunais de contas, a previsão do art. 96, I, “a”, da Constituição, que confere papel normativo importante aos regimentos internos dos tribunais na disciplina do processo.

49. Preveem-se, também, as hipóteses de conexão entre os processos de modo mais flexível, com o propósito de concretizar os princípios da segurança jurídica e da eficiência.

50. Para concretizar a regra da conexão, era preciso definir o critério de prevenção: primeira distribuição do processo, salvo quando um dos processos estiver sob relatoria de auditor substituto – nesse caso, a prevenção será sempre do Conselheiro. Era necessário, ainda, esclarecer aspecto importante do regime jurídico da prevenção: até quando se pode alegá-la e quem pode fazer isso.

51. Não se pode ignorar que regras de prevenção e conexão dizem respeito a hipóteses legais de modificação de competência e, por isso, se encaixam bem num capítulo dedicado à competência

52. Inspirado na regulação do tema no Código de Processo Civil, e atento à necessidade de regular problemas concretos que têm acontecido mais frequentemente na prática, propõe-se uma disciplina mais detalhada para o conflito de competência.

c) Da articulação institucional – capítulo III

53. Inicialmente, cria-se um dever geral de cooperação entre os diversos órgãos que compõem o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. A ideia, aqui, é estimular a cooperação interna entre os órgãos do Tribunal.

13 A propósito da “inovação” como categoria relevante para o Direito Processual, DIDIER Jr., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. “Introdução às boas práticas na administração da justiça: a relevância dogmática da inovação”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 15, n. 45, 2021, p. 175 e segs.

54. A articulação institucional não se dá apenas internamente. É preciso prever e estimular a articulação com outras instituições por meio de uma cooperação interinstitucional – incluindo câmaras e tribunais arbitrais, cada vez mais utilizadas pelo Poder Público, e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. A disciplina sugerida inspira-se no Código de Processo Civil e na Resolução 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

55. A utilização de ato de cooperação para a definição da prevenção ou a solução de conflitos de competência (art. 8º, § 7º) **foi inspirada no enunciado n. 712 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.**

d) Da ordem dos processos no tribunal – capítulo IV

56. A tramitação de processos perante um órgão colegiado embute particularidades que exigem regulamentação expressa. Não é por acaso que o Código de Processo Civil dedica à ordem do processo nos tribunais um capítulo específico (arts. 929-946). Daí a inclusão deste capítulo, no caso ainda mais importante: sem prejuízo das hipóteses em que se admite decisão de relator, é certo que todos os casos de controle externo são trazidos para uma decisão colegiada.

57. Proponho regras sobre os seguintes temas, todos relacionados à ordem do processo em um tribunal: *a)* a distribuição imediata (art. 11, inspirado no art. 93, XV, da Constituição Federal), alternativa, pública e por sorteio eletrônico (art. 12); *b)* permissão para sessões presenciais (mediadas ou não por tecnologia) ou virtuais (art. 14, §1º); *c)* a definição de quórum qualificado para instalação e para decisão, deixando claro que caberá à lei (como, por exemplo, no art. 15 deste anteprojeto) ou ao Regimento Interno definir os casos em que esse tipo de quórum será exigido (art. 14, §§2º e 3º); *d)* que se observem as normas do Código de Processo Civil, que são bem detalhadas, sobre colheita de votos, proclamação do resultado e redação do acórdão (art. 16); *e)* a garantia da sustentação oral e do pedido de esclarecimento de fato, durante a sessão de julgamento, cuja disciplina ficará para o Regimento Interno (art. 17).

e) Forma, tempo e lugar dos atos processuais – capítulo V

58. Há *duas* grandes marcas neste capítulo.

59. A *primeira* é a opção pelo processo em autos eletrônicos e pela prática de atos por meio eletrônico, inclusive os de comunicação (art. 27). Era preciso, ainda, que o anteprojeto estivesse em consonância com as atuais diretrizes internacionais sobre automação processual e proteção de dados (arts. 19-20).

60. O parágrafo único do art. 20, por exemplo, foi claramente inspirado no art. 29, V, da Lei Federal n. 14.129/2021. A disciplina do momento em que se considera realizado o ato processual em meio eletrônico (art. 21, § 1º) segue o art. 8º dessa mesma Lei, e a permissão de acesso à íntegra dos autos pelo interessado por sistema eletrônico ou

documento eletrônico (art. 22, parágrafo único), o respectivo art. 9º. O §2º do art. 21 incorpora o comando do art. 213, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e tem especial importância para um Estado que está em fuso-horário distinto do de Brasília.

61. A previsão de prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico (art. 23) adota o padrão do Código de Processo Civil (art. 236, § 3º) e do art. 7º da Resolução n. 354/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que debulha com cuidado a prática dos atos de instrução.

62. A proteção da pessoa com deficiência (art. 24) combina o art. 199 do CPC e com os arts. 2º e 4º, § 1º, da Resolução n. 401/2021 do Conselho Nacional de Justiça.

63. Adota-se o modelo, que se vem estabelecendo no Brasil nos últimos anos, de contagem dos prazos processuais apenas em dias úteis (art. 25).

64. O poder de o relator ampliar os prazos processuais tendo em vista as peculiaridades do caso (art. 26, *caput*) densifica a flexibilidade processual, encampando a previsão existente no art. 139, VI, do Código de Processo Civil.

65. A *segunda* é concretização da instrumentalidade e da simplicidade das formas, com a reprodução de clássico dispositivo da legislação processual brasileira no art. 18. A menção à Lei Federal n. 13.276/2018 (lei de racionalização, simplificação e desburocratização da atividade administrativa) não foi por acaso, portanto.

f) Da participação no processo – capítulo VI

66. Inicialmente, há as regras gerais para a postulação perante o Tribunal de Contas. “Postulação”, aqui, serve para designar qualquer ato de provocação para a atuação do Tribunal, inclusive em âmbito recursal.

67. Os requisitos gerais para a postulação são apresentados, destacando-se a necessidade de clareza e de uma adequada argumentação – supõe-se, aqui, a natureza argumentativa do fenômeno jurídico. Cabe destacar, também, a previsão do *dever geral de prevenção*, previsto no §1º do art. 28, que concretiza o princípio da primazia da decisão de mérito.

68. Deixa-se claro que a postulação deve ser interpretada de acordo com as diretrizes normativas gerais para interpretação das manifestações de vontade, em linha com o que está previsto no Código de Processo Civil e no Código Civil.

69. Reproduz-se o §2º do art. 74 da Constituição federal, que dá legitimidade a cidadão, partido político, associação ou sindicato para provocar o Tribunal de Contas. Neste ponto, esmiuça-se a previsão constitucional, deixando claro que o “denunciante” se torna parte do processo instaurado a partir de sua provocação e que essa legitimação, por ser extraordinária para a tutela de direito difuso, justifica a sucessão pelo Ministério Público de Contas, em caso de desistência injustificada ou abandono.

70. A revelia foi regulada mais detalhadamente, mantendo o entendimento tradicional de que ela não produz o seu efeito material (“presunção de veracidade das afirmações de fato”) nos processos de controle externo.

71. Previu-se, ainda, expressamente, a intervenção de *amicus curiae*, em linha com a expansão do instituto para além do processo jurisdicional, já percebida doutrinariamente¹⁴.

72. Acompanhando uma tendência de permissão da *desconsideração da personalidade jurídica* no âmbito do processo de controle externo, o anteprojeto prevê expressamente essa possibilidade, uma vez observado o regramento processual previsto no Código de Processo Civil, com a única diferença, justificável pelas peculiaridades da atuação do Tribunal de Contas, de o incidente poder ser instaurado *ex officio*.

73. Cria-se uma regra geral de intervenção de terceiro interessado no processo. A ideia foi, realmente, criar uma hipótese mais flexível – e, portanto, mais adaptável às peculiaridades do caso concreto – de participação de terceiros.

74. A flexibilidade é percebida tanto na forma de ingresso (a pedido do próprio interessado, da parte ou do Ministério Público de Contas, ou por determinação do relator, espécie de intervenção *iussu iudicis*), quanto nas suas hipóteses de cabimento, forjadas em conceitos indeterminados (“utilidade de sua atuação para a solução do processo” e “interesse jurídico relevante”), nos poderes processuais do interveniente e nas possibilidades de adoção da posição processual que seja mais conveniente (§§ 2º e 4º, art. 34).

75. A identificação dos “interessados” é feita a partir da integração com a lei estadual de processo administrativo (art. 8º da Lei n. 7.692, de 1º de julho de 2002).

76. Há, também, previsão de comunicação obrigatória da agência, órgão ou ente regulador, em processos que digam respeito à sua área de regulação – no anteprojeto há uma preocupação clara de estabelecer um diálogo permanente entre o Tribunal de Contas e os entes regulatórios, instâncias complementares do aparato fiscalizatório do Poder Público brasileiro.

77. Encerra-se o capítulo com uma autorização geral conferida ao relator para permitir a ampliação da participação nos processos, inclusive por audiência pública, aliás regulamentada no anteprojeto mais à frente.

g) Da tutela provisória – capítulo VII

78. Estes são os propósitos gerais deste capítulo: *a)* confirmar a permissão de tutela provisória de urgência (não se prevê tutela provisória de evidência) nos processos de controle externo, listando as hipóteses de perigo que, aliadas ao juízo de verossimi-

14 DIDIER Jr., Fredie. “Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório”. *Civil procedure review*, v. 11, n. 2, 2020, p. 209-218.

lhança, autorizam a sua concessão; *b*) prever a possibilidade de a tutela provisória ser concedida de ofício, ressalvados os casos de que possa resultar sanção ao administrador ou responsável, tendo em vista a natureza das funções exercidas pelo Tribunal de Contas; *c*) impor que a tutela provisória concedida pelo relator seja examinada pelo Pleno, em até trinta dias; *d*) deixar clara a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil em tema de tutela provisória.

h) Das provas – capítulo VIII

79. Este capítulo tem os seguintes propósitos gerais: *a*) confirmar a permissão de ampla liberdade probatória, com a consagração da atipicidade dos meios de prova, desde que lícitos; *b*) a despeito disso, deixar clara a licitude do uso de meios típicos de prova, muito importantes para o processo de controle externo, como a prova pericial e a produção antecipada de prova; *c*) definir o relator como o competente para a condução da prova perante o Tribunal de Contas; *d*) deixar clara a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil em tema de produção das provas.

80. Havia a necessidade, no entanto, de trazer algumas novidades, que me parecem importantes para o aperfeiçoamento do processo de controle externo.

81. Primeiramente, permitir o depoimento oral ou escrito da parte, do interessado e da testemunha.

82. Esclarecer que o documento indispensável à instauração do processo pode ser definido em lei, negócio jurídico (como termo de ajustamento de gestão, por exemplo) ou em resolução do Tribunal. Além disso, se impõe ao Tribunal o dever de elaborar modelos ou formulários para postulações em casos comuns. É bom realçar que a falta de documento indispensável somente levará ao juízo de inadmissibilidade se for garantida a oportunidade de correção do defeito, seja por aplicação da primazia da solução de mérito, seja por expressa previsão do dever de prevenção no art. 28.

83. Trazer diretrizes básicas para o uso da prova estatística, fundamental para casos em que se trabalha com grande base de dados fáticos, o que costuma acontecer em processos de controle externo.

84. A previsão de regulamentação das audiências públicas e das consultas públicas insere o anteprojeto no rol de atos normativos alinhados às formas de participação da sociedade civil na atuação do Poder Público¹⁵, seja ela administrativa ou de controle.

15 Sobre o tema, ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo - Para uma legitimação procedimental*. Coimbra; Almedina, 1989; COMPARATO, Fábio Konder. "A nova cidadania". *Revista de Cultura e Política*. São Paulo, 1993, n. 28-29, versão digital; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Participação popular na administração pública". *Revista de Direito Administrativo*, 1993, v. 191, p. 26-39; DI SARNO, Daniela Campos Libório. "Audiência Pública na gestão democrática da política urbana". In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a Sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003;

Não bastava a mera previsão da possibilidade de uso desses instrumentos de participação, de resto já presente em outras leis (arts. 32-34 da Lei Federal n. 9.874/1999, por exemplo): era preciso ir além disso, para regulamentá-los mais detalhadamente.

i) Da decisão – capítulo IX

85. Inicialmente, era preciso prever, expressamente, a possibilidade de decisões unipessoais (“monocráticas”), remetendo ao Regimento Interno a tarefa de prescrever as hipóteses em que se admite decisão *final* de relator (decisão provisória de relator já está prevista expressamente neste anteprojeto no art. 37, §1º).

86. O dispositivo que merece mais atenção neste capítulo é o que apresenta o rol dos elementos da decisão.

87. Além de não poder fugir do padrão tradicional, que impõe o relatório, a fundamentação e o dispositivo, o anteprojeto propõe detalhar o dever de motivação, compilando diversas normas a respeito do assunto: *a)* dever de apresentar argumentação técnica e jurídica, além de indicação dos fundamentos determinantes da decisão (art. 44, I); *b)* dever de valoração adequada e racional das provas constantes dos autos (art. 44, II); *c)* dever de concretização dos motivos concretos de incidência, em caso de aplicação de normas de conteúdo indeterminado (art. 44, III, inspiração no Código de Processo Civil, art. 489, § 1º, II; Lei Federal n. 13.874/2019, art. 4º-A, § 1º; Decreto n. 9.830/2019, art. 3º); *d)* postulados hermenêuticos da coerência, integridade, proporcionalidade, razoabilidade (art. 44, V, inspirado nos art. 8º e 926, Código de Processo Civil), ponderação (art. 44, §5º, inspirado no art. 489, §2º, Código de Processo Civil), observância das consequências práticas da decisão (art. 44, IV, inspirado no art. 20 da LINDB) e da interpretação que mais favoreça o atendimento do fim público (art. 44, §4º, inspirado no art. 2º, parágrafo único, XII, Lei Federal n. 9.784/1999, e no art. 8º do Código de Processo Civil); *e)* motivação adequada no caso de invalidação de ato, negócio ou norma administrativa, claramente inspirada nas disposições da LINDB (art. 44, §1º); *f)* motivação adequada no caso de aplicação de sanções, também inspirada em

DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade como Parâmetro Decisório*. Almedina, 1996; FEDOZZI, Luciano. “Orçamento Participativo de Porto Alegre: Gênese, avanços a limites de uma ideia que se globaliza Cidades- Comunidades e Territórios”. RCAAP. Jun. 2009, n.0 18, p. 41-57 – versão digital; FERRAZ, Luciano. “Novas Formas de Participação Social na Administração Pública: Conselhos Gestores de Políticas Sociais”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 7, 2004. p. 59-68 – versão digital; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010; MELO, Cristina Andrade. *Audiência Pública na Função Administrativa*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992; PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004; SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; SOUZA, Karla Oliveira Resende. *Participação Administrativa: análise ao Orçamento Participativo*. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2012.

disposições da LINDB; g) extensão do dever de motivação adequada às manifestações dos órgãos internos de auditoria e do Ministério Público de Contas (art. 44, §6º).

88. O art. 45 dedica-se ao *dispositivo* da decisão do Tribunal. Destaco a regulamentação mais clara da permissão de expedição de *recomendações*, que se juntam às *determinações*, como possíveis resultados da decisão.

89. Para dar mais concretude ao dever de observância das consequências práticas da decisão, o parágrafo único do art. 45 traz um rol de diretrizes neste sentido.

90. Como disse linhas atrás, o anteprojeto se funda na necessidade de organização de um sistema de precedentes obrigatórios, seja para impor a autovinculação do Tribunal aos próprios precedentes, seja para vinculá-lo aos precedentes obrigatórios do STF e do STJ. Essa é a razão de ser do art. 46. O art. 47 compõe esse sistema e é, como se vê com alguma facilidade, reprodução adaptada do art. 926 do Código de Processo Civil.

91. O sistema de precedentes obrigatórios supõe, como se sabe, a possibilidade de alteração/revisão de entendimentos. A superação, no entanto, deve observar a segurança jurídica, a ampla participação e a motivação adequada. Esses são os fundamentos da disciplina proposta no art. 47, §3º.

92. O sistema de precedentes também exige motivação adequada da decisão que aplica ou não aplica o precedente, tal como impõe o art. 489, V e VI, do Código de Processo Civil, referência clara para a redação do § 4º do art. 47.

j) Do julgamento de processos repetitivos – capítulo X

93. Pareceu-me importante, ainda, criar e disciplinar um incidente para julgamento de processos repetitivos, técnica concretizadora dos princípios da segurança jurídica e eficiência, adequada a um modelo de precedentes não-jurisdicionais e, por isso, muito útil também para processos estatais como os de controle externo ou eminentemente administrativos (ver, por exemplo, o Regimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF).

94. A proposta inspirou-se no Código de Processo Civil, no Regimento do CARF e no Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, de cuja atualização, por conta do CPC-2015, participei como consultor.

95. Deixa-se claro, por exemplo, que a decisão tomada no julgamento produzirá precedente de observância obrigatória pelo próprio Tribunal de Contas (art. 46, I).

96. Adota-se, expressamente, a técnica do caso-piloto – escolhe-se um caso pendente, que será julgado pelo Tribunal, mas a solução da questão de direito repetitiva servirá como padrão decisório para outros casos pendentes ou futuros em que a mesma questão seja suscitada (art. 48, §5º).

97. Destaco o regramento do conteúdo da decisão de afetação (art. 48, §1º) e os elementos do acórdão que julgar o incidente (art. 48, §6º), detalhamento inexistente no Código de Processo Civil e muitíssimo importante.

98. A exigência de participação e motivação qualificadas (art. 48, §1º) e a amplitude da legitimação para provocação do incidente (art. 48, §7º) seguem o padrão do Código de Processo Civil, que de resto é referido, expressamente, como fonte normativa de integração (art. 48, §8º)

k) Dos recursos – capítulo XI

99. Este capítulo tem alguns propósitos: *a)* ratificar a existência de três recursos contra decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, delimitando com mais clareza as suas hipóteses de cabimento; *b)* definir a regra sobre o efeito suspensivo dos recursos, inclusive com a previsão da tutela provisória recursal, legitimidade e prazo; *c)* proibir expressamente a *reformatio in pejus*; *d)* deixar clara a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil.

l) Do pedido de rescisão – capítulo XII

100. Este capítulo tem alguns propósitos: *a)* ratificar a possibilidade de pedido de rescisão de decisão de mérito do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso que tenha transitado em julgado; *b)* tendo em vista a possibilidade de controle jurisdicional das decisões do Tribunal de Contas, restringir as hipóteses de cabimento desse pedido de revisão a situações relacionadas à prova; *c)* definir a legitimidade e o prazo para formulação do pedido; *d)* deixar clara a aplicação subsidiária das regras sobre ação rescisória previstas no Código de Processo Civil.

m) Do pedido de revisão – capítulo XIII

101. Este capítulo tem alguns propósitos: *a)* ratificar a possibilidade de pedido de revisão de decisão Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso em razão de circunstância superveniente ou de erro material (vício que não se convalida com o trânsito em julgado, e por isso não deve ser causa de pedido de rescisão); *b)* neste sentido, deixar claro que erro material permite controle a qualquer tempo e que circunstância superveniente não é hipótese de rescisão, mas de revisão. As regras são inspiradas no art. 65 da Lei Federal n. 9.784/1999.

n) Do processo de consulta – capítulo XIV

102. A função de consulta é uma das mais marcantes na atuação do Tribunal de Contas. Ela está, ainda, de acordo com os novos paradigmas do Direito Público, que deve estar atento a uma dimensão preventiva da atuação do ente público. Havia a necessidade, no entanto, de disciplinar com mais cuidado esse tipo de atuação, além de dar a ele um destaque, com a criação de capítulo próprio.

103. O objetivo principal deste capítulo é a definição das regras próprias do processo de consulta, como a legitimidade, o objeto, os requisitos da postulação, a participação de interessados e os requisitos e efeitos da decisão.

o) Da prescrição e da decadência – capítulo XV

104. Prescrição e decadência não são temas de Direito Processual; provocam, no entanto, muitas repercussões no processo. É por isso que leis processuais costumam tratar desses assuntos.

105. A Lei n. 11.599/2021 trata da prescrição nos casos envolvendo a atuação do Tribunal de Contas de Mato Grosso. As discussões travadas na Comissão Especial fizeram-me perceber que era preciso aperfeiçoar esse regramento, ajustá-lo a precedentes do Supremo Tribunal Federal e regular a decadência. Trouxemos tudo isso para este anteprojeto e propusemos a revogação da Lei n. 11.599/2021.

106. Inicialmente, estabelece-se o prazo de prescrição e o dia inicial de contagem, questão sempre muito polêmica (art. 65), além de deixar clara a possibilidade de ela ser reconhecida *ex officio* ou por provocação (art. 65, § 4º).

107. Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Adin n. 5509, considerou inconstitucional previsão de lei cearense que considerava a data do fato como início do prazo prescricional¹⁶. Daí a opção deste anteprojeto ter sido outra.

108. O §1º do art. 65 positiva a tese 445 da repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal: “Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas”.

109. Era preciso, também, prever e regular a prescrição intercorrente, evitando, por exemplo, que ela ocorra por comportamento imputável ao fiscalizado ou responsável (art. 65, §§ 2º e 3º).

110. O regramento da *interrupção* da prescrição é mais detalhado e inspira-se, em algumas hipóteses, nas causas peculiares ao Direito sancionador (art. 66). A definição da data de reinício do prazo que fora interrompido foi inspirada no art. 202, parágrafo único, do Código Civil (art. 66, parágrafo único).

111. Há, também, a disciplina da *suspensão* do prazo prescricional (art. 67).

112. O art. 68 cuida da decadência, prevendo o seu prazo e o dia de início da contagem.

16 STF, Pleno, ADI n. 5509, rel. Edson Fachin, j. em 11.11.2021, publicado em 23.02.2022.

p) Disposições finais e transitórias – capítulo XVI

113. Sugerir, inicialmente, um período de vacância de quarenta e cinco dias, padrão previsto no art. 1º da LINDB (art. 69).

114. Além disso, pareceu-me importante deixar clara a regra geral de aplicação da norma processual no tempo – a redação do art. 14 do Código de Processo Civil é tecnicamente perfeita e mereceu ser reproduzida (art. 70).

115. Como o anteprojeto estabelece a regra de que todo processo perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso será documentado eletronicamente, era fundamental prever o dever de o Tribunal criar resolução que estabeleça a transição entre os autos de papel e os autos eletrônicos (art. 71).

116. Para conciliar a previsão da articulação institucional com a necessária promoção da efetividade das decisões do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, norma processual fundamental, prevê-se a possibilidade de cooperação interinstitucional para aprimorar a execução das decisões do Tribunal, encampando a ideia do enunciado n. 138 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos¹⁷ (art. 72).

117. Um Código de Processo (jurisdicional, administrativo ou controlador) para o século XXI não pode ignorar o uso da inteligência artificial. Como ainda não há marcos regulatórios federais claros, embora seu uso e a sua importância aumentem a cada dia, sobretudo nos tribunais superiores, e o Conselho Nacional de Justiça se venha debruçando sobre a temática, a ideia do dispositivo normativo é, supondo que o uso da inteligência artificial pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso seja inexorável, estabelecer seus limites mínimos, na linha do que de melhor se vem pensando e agindo a respeito do assunto – a inspiração é clara na Resolução n. 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça e no Projeto de Lei n 21/2020 - Marco Legal para Uso da Inteligência Artificial no Brasil (art. 73).

118. A promoção das soluções consensuais é uma das normas fundamentais do processo de controle externo previstas neste anteprojeto. Era preciso, então, referir ao termo de ajustamento de gestão, figura negocial que pode ser firmada com o Tribunal. Como não se trata de tema processual, embora repercuta claramente nos processos, inseri dispositivo que o menciona, como reforço da norma fundamental mencionada, remetendo a outra lei a tarefa de discipliná-lo – já há requisitos previstos na atual Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, mas talvez seja o caso de aperfeiçoar o regramento, sobretudo em razão das mudanças na LINDB e do aprofundamento dos estudos sobre a consensualidade no Direito Público (art. 74).

17 “A execução de acórdão condenatório de Tribunal de Contas pode se valer das medidas de desjudicialização da execução civil, tais como a notificação pelo Registro de Títulos e Documentos, o protesto e a anotação do nome do devedor em cadastro de inadimplência”.

119. A Lei Federal n. 14.129/2021 – Lei do Governo Digital *faculta* aos entes públicos a criação de laboratórios de inovação. Sugeri, então, que, para dar concretude a uma das normas fundamentais do processo perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (promoção da inovação), fosse criado o Laboratório de Inovação do TCE-MT (art. 75). Inspirei-me na Resolução n. 395/2021 e na Portaria n. 140/2019, ambas do Conselho Nacional de Justiça. O art. 1.069 do CPC foi o paradigma para o comando que impõe ao TCE-MT o dever de promover pesquisas para averiguar a efetividade das disposições deste Código (art. 75, §3º).

120. Era preciso fazer ajustes de redação na Lei Complementar n. 269/2007, seja para adequá-la à terminologia atual das tutelas provisórias, seja para aperfeiçoar as definições legais de “recomendação” e “determinação”, muito utilizadas nas decisões proferidas por tribunais de contas (art. 76).

121. Finalmente, em observância ao art. 9º da Lei Federal Complementar n. 95/1998, inseri, como último artigo, cláusula de revogação expressa: *a)* dos dispositivos da Lei Complementar 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso) que tratavam de temas incorporados a este anteprojeto; *b)* da Lei n. 11.599/2021, tendo em vista que o anteprojeto passou a regular, integralmente, o tema da prescrição e da decadência (art. 77).

V - AGRADECIMENTOS

122. Eventuais equívocos deste anteprojeto são de minha inteira responsabilidade; alguns de seus méritos devem, no entanto, ser compartilhados. Algumas pessoas me ajudaram, cada qual à sua maneira. A elas, meu agradecimento expresso.

123. Há alguns anos, eu e *Edilson Vitorelli* (Desembargador do TRF6 e Professor da UFMG) esboçamos um projeto de lei federal para regulamentar as audiências públicas judiciais. Com adaptações, trouxe as ideias para este anteprojeto de lei estadual.

124. Há dois anos, elaborei minuta de projeto de lei federal para disciplinar a ação civil pública (PL n. 4.441/2020, Câmara dos Deputados). Para a elaboração deste projeto, contei com a ajuda de *Sofia Temer* (doutora pela UERJ e advogada), na parte sobre intervenção de terceiros e decisão de organização do julgamento de processos repetitivos, e *Sérgio Arenhart* (Professor da UFPR), no dispositivo sobre prova estatística – as regras, com adaptações, foram incorporadas a este anteprojeto.

125. *Antonio do Passo Cabral* (Professor da UERJ) havia colaborado comigo na redação da disciplina das consultas públicas, para o projeto de lei sobre ação civil pública mencionado – pela pertinência com o tema deste anteprojeto de lei estadual, incorporei a ideia. Pedi a ele, também, sugestão para a disciplina do pedido de consulta ao Tribunal de Contas, uma das suas funções mais importantes – *Cabral* tem estudado o tema e suas contribuições podem ser vistas neste anteprojeto, com algumas adaptações.

126. O Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* (STJ) se tem dedicado aos estudos sobre o uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário, liderando comissão para elaboração de proposta legislativa a respeito. Como não me parecia possível não mencionar o assunto, num anteprojeto de lei estadual para o processo de controle externo no século XXI, contei com sua ajuda na redação do dispositivo respectivo.

127. *Paulo Mendes* (Professor do Idp) dedicou o seu pós-doutoramento, feito sob minha supervisão na Universidade Federal da Bahia, ao estudo das funções do Regimento Interno dos tribunais. Contei com a ajuda de Paulo na redação do dispositivo que põe, claramente, o regimento interno no rol das fontes que regulam o processo de controle externo.

128. Agradeço, também, aos meus sócios *Rafael Alexandria de Oliveira* e *Layanna Piau*, e a *Robson Godinho* (pós-doutorado, UFBA), que me fizeram sugestões de aperfeiçoamento da redação, e a *Délio Mota de Oliveira Júnior*, *Bruno Redondo* e *Murilo Avelino*, que me ajudaram com pesquisa de bibliografia. Palavra especial de agradecimento a meu sócio *Luiz Seixas*, companheiro mais próximo ao longo de todo este trabalho, fundamental na pesquisa e na redação dos dispositivos sobre prescrição. *Laís Borba*, *Rafaela Ferreira* e *Ana Camila*, minhas estagiárias, também ajudaram muito na pesquisa.

129. *Leandro Fernandez* (Doutor UFBA) tem sido, ultimamente, meu parceiro intelectual mais próximo. Nossas afinidades se revelaram durante o doutorado na UFBA, tendo ele se transformado em meu orientando durante o curso. Desde então, publicamos um livro e escrevemos alguns artigos. O espírito público, o entusiasmo, a enorme capacidade de trabalho, a criatividade e certo destemor intelectual de Leandro foram fundamentais na elaboração deste anteprojeto, tendo sido ele meu principal interlocutor em temas como imparcialidade, inteligência artificial, articulação institucional, inovação, processo eletrônico, boas práticas, fundamentação, recomendações, entre outros. A ele, este registro especial de agradecimento.

130. Finalmente, é preciso agradecer aos membros da comissão especial criada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (Portaria n. 082/2022), que participaram de todas as discussões, fizeram inúmeras sugestões e me iluminaram durante todo esse período: Conselheiro *Valter Albano da Silva* – Vice-presidente do TCE/MT e coordenador da comissão de apoio aos trabalhos, *Alisson Carvalho de Alencar* – Procurador-geral de Contas, *Marco Antônio Castilho Rockenbach* – Secretário Geral da Presidência, *Grhegory Paiva Pires Moreira Maia* – Consultor Jurídico Geral, *Flávio de Souza Vieira* – APE – Chefe de Gabinete de Conselheiro, *Carlos Brito de Lima* – Secretário da Assessoria Parlamentar e *Welder Queiroz dos Santos*, Professor da UFMT.

De Salvador, Bahia, para Cuiabá, Mato Grosso, em 31 de agosto de 2022.

TEXTO DO ANTEPROJETO DE LEI COMPLEMENTAR - CÓDIGO DE PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO

CAPÍTULO I

DAS NORMAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS

Art. 1º Os processos perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso serão disciplinados e os casos serão julgados conforme as normas decorrentes da Constituição da República Federativa do Brasil, da Constituição do Estado de Mato Grosso, da Lei Complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007, e das disposições deste Código.

§ 1º Sempre que compatíveis e adequadas, aplicam-se aos processos regulados por este Código as normas decorrentes da Lei n. 7.692, de 1º de julho de 2002, do Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, da Lei federal n. 8.443, de 16 de julho de 1992, e da Lei federal 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

§ 2º Ao processo de que possa resultar sanção ao administrador ou ao responsável aplicam-se, ainda, as normas do Direito administrativo sancionador e, sempre que compatíveis e adequadas, as decorrentes da Lei federal n. 8.429, de 02 de junho de 1992.

Art. 2º São normas fundamentais do processo perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso:

I - os direitos fundamentais processuais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil;

II – a segurança jurídica, inclusive a proteção da confiança legítima e a proibição de decisão-surpresa;

III – o respeito à boa-fé;

IV – a promoção de soluções consensuais, antes ou durante o processo, inclusive com uso da mediação ou pela celebração de termo de ajustamento de gestão ou de negócios jurídicos processuais;

V – a instrumentalidade, a flexibilidade e a simplicidade das formas;

VI – a primazia da solução de mérito;

VII – a eficiência e a efetividade do processo e das decisões;

VIII – a devida fundamentação das decisões;

IX – o impulso oficial;

X – o estímulo à inovação.

§ 1º Além de estruturar o processo, a norma fundamental tem função interpretativa das fontes normativas e auxilia na aplicação das demais normas relativas ao processo perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

§ 2º As normas fundamentais devem ser observadas por todos aqueles que participam do processo.

§ 3º As normas fundamentais previstas neste Capítulo não excluem outras decorrentes das demais disposições deste Código ou de outra lei.

Art. 3º O Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deve assegurar que sua conduta, no Tribunal ou fora dele, mantém e intensifica a confiança da sociedade em sua imparcialidade e em sua integridade.

Parágrafo único. O Conselheiro tem o dever de revelar qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade e à sua independência.

CAPÍTULO II

DA COMPETÊNCIA

Art. 4º A competência do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso é determinada pelas Constituição Federal, Constituição do Estado do Mato Grosso, Lei Complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007, por este Código, por legislação especial e pelo respectivo Regimento Interno.

Parágrafo único. Compete ao Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso disciplinar o processo de contas perante o tribunal, de maneira complementar e supletiva à legislação.

Art. 5º Reputam-se conexos 2 (dois) ou mais processos, quando:

I - houver entre eles vínculo de prejudicialidade ou preliminaridade;

II - tiverem por objeto o mesmo ato jurídico ou contrato;

III - disserem respeito:

a) ao mesmo fato ou ato ilícito;

b) aos mesmos edital, concurso público, processo seletivo simplificado ou processo seletivo público;

c) à mesma prestação de contas de transferências voluntárias e seus termos aditivos e as respectivas parcelas do mesmo termo.

Parágrafo único. Os processos conexos serão reunidos, na relatoria preventa, para processamento simultâneo e decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido julgado.

Art. 6º Considera-se preventa a relatoria do Conselheiro para o qual foi distribuído:

I - o primeiro processo, sempre que os processos conexos estejam sob relatoria de Conselheiros;

II - um dos processos conexos, sempre que um deles esteja sob relatoria de um auditor substituto.

§ 1º Aplica-se o disposto no inciso I do *caput*, quando os processos conexos estiverem sob relatoria de auditores substitutos.

§ 2º A prevenção pode ser reconhecida de ofício, monocraticamente ou pelo colegiado, ou arguida por auditor substituto em substituição, pelo Ministério Público de Contas, pelas partes ou pelos interessados, até o início da sessão de julgamento.

Art. 7º Observadas as disposições deste Código, o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso poderá definir outras hipóteses de conexão e de prevenção.

Art. 8º Há conflito de competência quando:

I - 2 (dois) ou mais relatores se declaram competentes;

II - 2 (dois) ou mais relatores se declaram incompetentes;

III - entre 2 (dois) ou mais relatores surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

§ 1º O conflito de competência poderá ser suscitado pelos relatores conflitantes, pelo Ministério Público de Contas, pelas partes ou pelos interessados.

§ 2º Ao declarar-se incompetente, em decisão expressa e fundamentada, o relator determinará a remessa dos autos ao relator considerado competente que, não aceitando a declinação:

I - encaminhará os autos a outro relator que considerar competente ou à redistribuição, caso não haja relator preventivo; ou

II - suscitará o conflito.

§ 3º O conflito de competência será relatado pelo Presidente, salvo se ele for o suscitante ou o suscitado.

§ 4º Os relatores conflitantes e o Ministério Público de Contas serão intimados a manifestar-se no conflito de competência.

§ 5º Caso entenda que um terceiro relator possa ser o competente, o Tribunal determinará a sua participação no incidente.

§ 6º Ao decidir o conflito de competência, o Tribunal definirá qual o relator competente.

§ 7º A definição da prevenção ou a solução de conflitos de competência poderá ser realizada por ato de cooperação entre os relatores envolvidos.

CAPÍTULO III

DA ARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL

Art. 9º Aos Conselheiros, auditores substitutos e unidades do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso incumbe o dever de recíproca cooperação.

Parágrafo único. Pedido ou proposta de cooperação podem ser formulados para prática de qualquer ato processual, observado, no que couber, os arts. 68 e 69 do Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 10 O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso pode celebrar atos de cooperação com instituições do sistema brasileiro de justiça, inclusive câmaras e tribunais arbitrais, entes da Administração Pública direta ou indireta e outros tribunais de contas, para a prática de atos administrativos, processuais ou de controle, observado o disposto na Lei n. 7.692, de 1º de julho de 2002.

§ 1º A cooperação poderá ser feita com entes públicos federais, estaduais, distritais ou municipais.

§ 2º A cooperação deverá ser formalizada em instrumento, escrito de modo claro e preciso, necessariamente assinado pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso e pela autoridade competente do ente cooperante.

§ 3º A cooperação administrativa pode envolver, dentre outras providências:

I - o compartilhamento de infraestrutura física, tecnológica e de pessoal, ou de informações sobre a existência de processo que verse sobre matéria de interesse de outros órgãos ou entes com atribuições fiscalizatórias, regulatórias, normativas ou de controle;

II - a elaboração:

a) de estratégias estaduais ou nacionais para o exercício das funções do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso;

b) conjunta de respostas a consultas em matérias que também envolvam a atribuição de outros entes administrativos, para fins do disposto no art. 30 do Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942.

§ 4º Os instrumentos de cooperação deverão ser públicos e estar à disposição para consulta na página oficial do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso na rede mundial de computadores.

§ 5º Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos.

§ 6º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso celebrará ato de cooperação com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados para dispor sobre a regulamentação e a fiscalização das normas de proteção de dados pessoais no âmbito do Tribunal e sobre o estabelecimento de diretrizes para observância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, na cooperação com outras instituições.

CAPÍTULO IV

DA ORDEM DOS PROCESSOS NO TRIBUNAL

Art. 11. O processo será registrado no dia de sua instauração, cabendo à secretaria providenciar a imediata distribuição do caso a um relator.

Art. 12. A distribuição observará a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade.

Parágrafo único. Havendo prevenção, o processo será encaminhado ao Conselheiro prevento.

Art. 13. Compete ao relator dirigir e ordenar o processo, inclusive em relação à produção de prova.

Art. 14. As sessões de julgamento podem ser presenciais ou virtuais.

§1º A sessão de julgamento presencial pode ser mediada por tecnologia.

§2º Considera-se quórum qualificado, para fim de instalação da sessão, a presença de pelo menos 5 (cinco) Conselheiros, além do Presidente, e, para aprovação da matéria, o voto favorável de pelo menos 4 (quatro) Conselheiros.

§3º A exigência de quórum qualificado para instalação da sessão ou para resultado de julgamento será prevista em lei ou no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso

Art. 15. Exige-se quórum qualificado, para instalação e para o resultado do julgamento, nas sessões que tenham por objeto a declaração incidental de inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público, o julgamento de processos repetitivos e a edição, revisão ou o cancelamento de súmula.

Art. 16. A colheita de votos, a proclamação do resultado e a redação do acórdão observarão as normas correspondentes previstas no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 17. O Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso preverá os casos em que se admite sustentação oral e disciplinará o pedido de esclarecimento de questão de fato durante a sessão de julgamento.

CAPÍTULO V

FORMA, TEMPO E LUGAR DOS ATOS PROCESSUAIS

Art. 18. Os atos dos processos que tramitam perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso não dependem de forma determinada senão quando a lei ou outro ato normativo expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

§ 1º O processo tramitará exclusivamente em meio eletrônico, devendo seus atos ser produzidos por escrito, em língua portuguesa, com a data e o local de sua realização e a respectiva assinatura digital.

§ 2º Serão suprimidas ou simplificadas as formalidades ou exigências desnecessárias ou superpostas e cujo custo econômico ou social, tanto para o erário como para o cidadão, seja superior ao eventual risco de fraude, observado o disposto na Lei federal n. 13.726, de 08 de outubro de 2018.

Art. 19. Os atos processuais são públicos, ressalvadas as expressas previsões legais e constitucionais quanto ao sigilo e observada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Art. 20. Os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes, dos interessados e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso administre no exercício de suas funções.

Parágrafo único. O registro de ato processual eletrônico deverá ser feito em padrões abertos, que atenderão aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação, com o maior grau possível de granularidade, e, nos casos que tramitem em sigilo, confidencialidade, observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente ou outro meio hábil ao registro dessas informações, nos termos da lei federal.

Art. 21. A prática de atos presenciais no processo perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deverá ocorrer em dias úteis e no horário de funcionamento do expediente.

§ 1º Os atos processuais em meio eletrônico consideram-se realizados no dia e na hora do recebimento pelo sistema informatizado de gestão de processo eletrônico do Tribunal, o qual deverá fornecer recibo eletrônico de protocolo que os identifique.

§ 2º A prática eletrônica de atos no processo pode ocorrer em qualquer horário até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo, observado o horário vigente no Estado do Mato Grosso, para fins de atendimento do prazo.

Art. 22. Os atos do processo devem realizar-se preferencialmente na sede do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, cientificando-se a parte, o interessado ou o Ministério Público de Contas se outro for o local de realização.

Parágrafo único. O acesso à íntegra dos autos do processo para vista pessoal do interessado poderá ocorrer por intermédio da disponibilização de sistema informatizado de gestão ou por acesso à cópia do documento, preferencialmente em meio eletrônico.

Art. 23. Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Parágrafo único. A participação por videoconferência em audiência ou sessão observará as seguintes regras:

I – as oitivas por videoconferência serão equiparadas às presenciais para todos os fins legais, asseguradas a publicidade dos atos praticados e as prerrogativas processuais de advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, partes, interessados e testemunhas;

II – as testemunhas serão inquiridas individualmente, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras;

III – quando a testemunha manifestar desejo de depor sem a presença de uma das partes ou interessados do processo, na forma da legislação pertinente, a imagem poderá ser desfocada, desviada ou inabilitada, sem prejuízo da possibilidade de transferência para *lobby* ou ambiente virtual similar;

IV – as oitivas por videoconferência serão gravadas, devendo o arquivo audiovisual ser juntado aos autos ou disponibilizado em repositório oficial de mídias indicado pelo tribunal;

V – a publicidade será assegurada, por transmissão em tempo real ou por meio hábil que possibilite o acompanhamento por terceiros estranhos ao feito, ainda que mediante a exigência de prévio cadastro;

VI – a critério do relator e em decisão fundamentada, poderão ser repetidos os atos processuais dos quais as partes, os interessados, as testemunhas ou os advogados não tenham conseguido participar em virtude de obstáculos de natureza técnica, desde que devidamente justificados.

Art. 24. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso assegurará às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica.

§ 1º A fim de promover a igualdade, deverão ser adotadas as medidas apropriadas para eliminar e prevenir barreiras urbanísticas ou arquitetônicas, de mobiliários, de acesso aos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais ou tecnológicas.

§ 2º A implantação de medidas que visem à promoção da acessibilidade e inclusão tem como premissas a adoção do desenho universal, como regra geral, e da adaptação razoável, quando justificável.

Art. 25. Na contagem dos prazos processuais, serão computados apenas os dias úteis.

Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, as normas relativas à contagem de prazos previstas no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 26. O relator poderá, em decisão fundamentada, dilatar os prazos processuais, tendo em vista as peculiaridades do caso.

Parágrafo único. Ressalvada regra expressa em sentido contrário, prevista em lei ou no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, o prazo para manifestação das partes, interessados ou o Ministério Público de Contas será de 15 (quinze) dias.

Art. 27. As comunicações processuais serão feitas, preferencialmente, por meio eletrônico.

Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, as normas relativas às comunicações processuais previstas no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

CAPÍTULO VI

DA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO

Art. 28. O ato postulatório tem de:

- I – ser formulado por sujeito com legitimidade e interesse;
- II – trazer a qualificação da parte ou do interessado e, quando possível ou necessário para a compreensão da postulação, a identificação dos demais sujeitos envolvidos;
- III - conter fundamentação fática, argumentativa e normativa adequada;
- IV - ser escrito de modo claro, preciso e coerente;
- V – vir acompanhado de documentos indispensáveis.

§1º Caso constate algum defeito na postulação, o relator determinará a sua correção.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se também aos recursos.

Art. 29. A interpretação da postulação:

- I - considerará o conjunto da argumentação e da fundamentação;
- II - observará o princípio da boa-fé e as demais normas de interpretação das manifestações e declarações de vontade previstas em lei federal.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos recursos.

Art. 30. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato pode denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

§ 1º O denunciante será considerado parte do processo.

§ 2º Em caso de desistência injustificada ou abandono do processo pelo denunciante, o Ministério Público de Contas poderá assumir a condução do processo.

Art. 31. A revelia não gera presunção de veracidade sobre as alegações de fatos deduzidas contra o revel.

§ 1º Os prazos contra o revel que não compareça ou não se faça representar no processo fluirão da data de publicação da decisão.

§ 2º O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar, sendo-lhe facultada a produção de provas, desde que compareça a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a sua produção.

Art. 32. Admite-se a intervenção de *amicus curiae*, observado o disposto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 33. A desconsideração da personalidade jurídica, que poderá ser instaurada *ex officio*, observará quanto ao resto o procedimento previsto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 34. O interessado poderá intervir no processo, por iniciativa própria, a requerimento de parte ou do Ministério Público de Contas ou por determinação do relator, sempre que houver utilidade de sua atuação para a solução do processo ou houver interesse jurídico relevante.

§ 1º Consideram-se interessados aqueles indicados no art. 8º da Lei n. 7.692, de 1º de julho de 2002.

§ 2º O interessado poderá, na fase instrutória e antes do julgamento, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 3º A agência, o órgão ou o ente regulador será necessariamente informado para, querendo, intervir no processo, quando a decisão interferir em área por ele regulada.

§ 4º Uma vez integrado ao processo, o sujeito poderá adotar a posição processual que atenda ao interesse tutelado e à finalidade de sua intervenção.

Art. 35. Diante da relevância da questão, o relator poderá determinar a realização de audiência pública para debates sobre a matéria do processo, observado o disposto no art. 42 deste Código.

Parágrafo único. O relator, em matéria relevante, poderá estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

CAPÍTULO VII

DA TUTELA PROVISÓRIA

Art. 36. A tutela provisória de urgência poderá ser concedida de ofício ou a requerimento da parte, do interessado ou do Ministério Público de Contas, e deverá observar o disposto na Lei complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007, e no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 37. A tutela provisória de urgência supõe a existência de suporte probatório mínimo da verossimilhança das alegações e o perigo de:

- I - retardamento ou dificuldade de realização de auditoria ou inspeção;

II - agravamento da lesão ou ocorrência de danos ao erário, de difícil ou impossível reparação.

§ 1º A tutela provisória de urgência, quando concedida pelo relator, deverá ser submetida, imediatamente, à confirmação do Tribunal Pleno, sob pena de perder eficácia após 30 (trinta) dias de sua concessão.

§ 2º A tutela provisória, em casos de que possa resultar sanção ao administrador ou ao responsável, não poderá ser determinada *ex officio* e observará, quanto ao mais, o disposto na Lei federal n. 8.429, de 02 de junho de 1992.

CAPÍTULO VIII

DAS PROVAS

Art. 38. A atividade probatória nos processos perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso será conduzida pelo relator, que poderá, sempre em decisão fundamentada, determinar, de ofício ou a requerimento, a produção das provas necessárias à justa solução da questão a ser decidida, e indeferir as diligências consideradas inúteis ou protelatórias.

Art. 39. Admite-se a produção de todos os meios de prova lícitos, previstos ou não em lei, aptos à comprovação da veracidade das alegações de fato, inclusive as provas documental, pericial e testemunhal, o depoimento da parte ou do interessado, a inspeção pelo Tribunal, a consulta de informações adicionais disponíveis em fontes públicas dotadas de credibilidade e a utilização da prova emprestada.

§ 1º O depoimento da parte e do interessado e o testemunho podem ser tomados em audiência, na forma oral, ou apresentados em documento assinado.

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, as regras de produção dos meios de prova previstas no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 40. Considera-se documento indispensável à instauração do processo aquele referido pela parte ou pelo interessado em sua manifestação ou aquele assim considerado por lei, negócio jurídico ou ato normativo do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso.

§ 1º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso editará resolução que indique documentos indispensáveis ao regular desenvolvimento do processo de contas, levando em consideração as peculiaridades da situação jurídica a ser decidida.

§ 2º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso elaborará modelos ou formulários padronizados para postulações relativas a temas repetitivos.

§ 3º Serão consideradas não prestadas as contas que, embora encaminhadas, não reúnam a documentação indispensável.

Art. 41. Admite-se o uso de prova por amostragem ou estatística, desde que fundada em critérios científicos.

§ 1º A prova produzida será valorada considerando-se a qualidade do levantamento realizado, a metodologia empregada, o universo pesquisado e a adequação das eventuais conclusões.

§ 2º Caso não concorde com as conclusões da prova produzida, o relator determinará a realização de segunda prova.

§ 3º Os censos e as provas por amostragem ou estatísticas realizadas por entes públicos especializados têm presunção relativa de veracidade.

Art. 42. O relator poderá determinar consulta pública ou convocar audiência pública para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas cujos conhecimentos sejam relevantes para essa mesma decisão.

§1º A consulta pública:

I - será realizada por meio do sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso na rede mundial de computadores;

II - conterá exposição sucinta da discussão do processo;

III - trará, quando adequado, perguntas que deverão ser redigidas em termos simples e compreensíveis por todos.

§2º A audiência pública terá ampla divulgação em veículos de comunicação apropriados às características do público destinatário.

§3º A convocação deverá ocorrer com antecedência mínima de trinta dias, salvo em situações de urgência.

§4º O edital de convocação deverá conter o assunto da audiência, a descrição do público destinatário do ato, o local e horário de sua realização e os critérios de inscrição e manifestação.

§ 5º A audiência pública será presidida pelo relator, a quem cabe selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve restringir-se à questão discutida.

§6º Todos os Conselheiros podem participar da audiência e formular perguntas aos participantes.

§7º A audiência ocorrerá em horários apropriados à participação do público destinatário, preferencialmente não coincidentes com o horário normal de expediente comercial.

§ 8º O relator determinará a realização da audiência em local de fácil acesso ao público destinatário, sempre que necessário para garantir o amplo comparecimento.

§9º A audiência pública será registrada em ata e mediante gravação de áudio e vídeo, que farão parte dos autos.

§ 10 O comparecimento à audiência pública e a participação em consulta pública não conferem, por si, a condição de interessado no processo, mas confere o direito de obter resposta fundamentada, que poderá ser comum no caso de alegações substancialmente iguais.

§ 11 Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

CAPÍTULO IX

DA DECISÃO

Art. 43. As decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso serão unipessoais ou acórdãos.

Parágrafo único. O Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado, de Mato Grosso definirá as hipóteses em que se permite decisão final proferida por decisão unipessoal.

Art. 44. Todas as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deverão ter relatório e:

I - apresentar motivação adequada, com a indicação dos pressupostos de fato, dos argumentos técnicos e jurídicos e dos fundamentos normativos determinantes da decisão;

II - valorar adequadamente as provas constantes dos autos, com indicação das razões que embasaram o respectivo convencimento;

III - quando baseadas exclusivamente em princípios jurídicos ou conceitos jurídicos indeterminados, explicar os motivos concretos de sua incidência no caso, a partir de critérios claros e objetivos;

IV - levar em consideração as suas consequências práticas, com a demonstração da necessidade e da adequação da solução encontrada, inclusive diante de soluções alternativas;

V - observar a coerência e a integridade do ordenamento jurídico, a proporcionalidade, a razoabilidade e as demais normas de interpretação e aplicação previstas no Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942;

VI – dispositivo redigido de modo claro e preciso;

VII - ser publicadas.

§ 1º Caso invalide ato, negócio ou norma administrativa, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso:

I - indicará, necessariamente e de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas dessa decisão, inclusive, se for o caso, com o estabelecimento de regras de transição;

II – considerará as:

a) orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de entendimento, se desconsiderem situações plenamente constituídas;

b) circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, inclusive de multa, serão consideradas:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente;

II – as sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente, para fim de dosimetria;

III – as funções exercidas pelo agente e a intensidade do acatamento das recomendações emitidas pelo Tribunal.

§ 3º Para fins de cumprimento do disposto no inciso II do §2º, cabe à parte informar a existência de processo perante outros órgãos ou entidades, admitida a adoção, pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, de medidas de articulação institucional.

§ 4º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso interpretará a norma administrativa da forma que garanta da maneira mais adequada e eficiente o atendimento do fim público a que se dirige.

§ 5º No caso de colisão entre normas, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, às manifestações dos órgãos internos de auditoria e do Ministério Público de Contas.

Art. 45. Ao julgar as contas, o Tribunal:

I - decidirá se elas estão regulares, irregulares ou ilíquidáveis, definindo, conforme o caso, as medidas a serem tomadas e a responsabilidade do agente;

II - poderá expedir determinações ou recomendações para implementação ou aprimoramento dos controles internos, das ações governamentais ou das práticas de gestão do órgão ou entidade fiscalizado.

Parágrafo único. No cumprimento do dever de consideração das consequências práticas da decisão, e para subsidiar a elaboração de determinações e recomendações, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso poderá valer-se de relatório de análise de impacto regulatório publicado por órgão da administração pública com competência normativa, notadamente para a identificação de:

I - alternativas possíveis ao enfrentamento do problema, consideradas as opções de ação e não-ação, de soluções normativas e não-normativas;

II - possíveis impactos das alternativas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios;

III - mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema;

IV - efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação de ato normativo ou da adoção de determinada conduta ou procedimento;

V - comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema.

Art. 46. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deverá observar:

I - seus próprios precedentes, adotados ou não em enunciado de súmula ou em julgamento de processos repetitivos;

II - precedentes obrigatórios do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 47. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deverá uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no seu Regimento Interno, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso editará enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deve ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

§ 3º A alteração de precedente, adotado ou não em enunciado de súmula ou em julgamento de processos repetitivos:

I - será precedida, quando for o caso, de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese;

II - observará a necessidade de fundamentação expressa e adequada;

III – poderá ter ser efeitos modulados, em consideração aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

§ 4º Não se considera adequadamente motivada a decisão que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, ou deixar de seguir precedente obrigatório, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 5º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso dará publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os na rede mundial de computadores.

CAPÍTULO X

DO JULGAMENTO DE PROCESSOS REPETITIVOS

Art. 48. Quando houver multiplicidade de processos em que se discute uma mesma questão de direito, o relator selecionará um ou alguns deles, que estejam sob sua relatoria e bem representem a controvérsia, para ser o caso-piloto.

§ 1º Na decisão de seleção do caso-piloto, o relator:

I – identificará, com precisão:

- a) a questão a ser submetida a julgamento;
- b) as circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia em torno da questão;

II – apresentará lista com os fundamentos normativos e os argumentos jurídicos, sobre a questão jurídica, apresentados até então;

III – determinará a suspensão do trâmite dos demais processos em que se discute a questão repetitiva;

IV – caso a questão seja relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, comunicará ao ente público ou à agência reguladora competente para, querendo, participar do processo, prestando informações;

V – organizará a instrução do incidente, podendo, inclusive, estabelecer calendário e designar audiência ou consulta pública.

§ 2º O caso-piloto será julgado pelo Pleno.

§ 3º O julgamento do caso-piloto:

I - será precedido, quando for o caso, de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a solução da questão de direito repetitiva;

II - observará a necessidade de fundamentação expressa e adequada.

§ 4º O caso-piloto e os processos repetitivos que estejam aptos a julgamento integrarão a pauta da mesma sessão.

§ 5º Ao julgar o caso-piloto, o Pleno fixará a tese jurídica, que será aplicada imediatamente a todos os processos repetitivos pendentes, e será precedente obrigatório para casos futuros semelhantes.

§ 6º São elementos essenciais do acórdão:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes e dos interessados, a identificação do caso-piloto, com a suma das postulações, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – a identificação das circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia em torno da questão jurídica;

III – a lista com todos os fundamentos normativos e argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica discutida;

IV – a análise de todos os fundamentos normativos e argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida;

V – os dispositivos normativos relacionados à questão discutida;

VI – a enunciação da tese jurídica;

VII – a fundamentação para a solução do caso;

VIII – o dispositivo, em que o Tribunal resolverá o caso-piloto.

§ 7º Podem provocar a seleção do caso-piloto e o julgamento de processos repetitivos os legitimados previstos no art. 59.

§ 8º Aplicam-se, no que couber, as regras sobre formação, aplicação e superação dos precedentes obrigatórios e as relacionadas à gestão de casos repetitivos previstas no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

§ 9º O Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso poderá complementar a regulamentação do disposto neste artigo.

CAPÍTULO XI DOS RECURSOS

Art. 49. Contra as decisões do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, são cabíveis os seguintes recursos:

I - recurso ordinário;

II - agravo interno;

III - embargos de declaração.

Parágrafo único. A decisão pode ser impugnada no todo ou em parte.

Art. 50. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo previsão legal ou decisão em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator em tutela provisória, se houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 51. Podem recorrer a parte, o interessado, o terceiro interessado e o Ministério Público de Contas.

Art. 52. O prazo para a interposição dos recursos é de 15 (quinze) dias, com exceção dos embargos de declaração.

Art. 53. Ao julgar o recurso, o Tribunal não pode piorar a situação do recorrente.

Art. 54. Cabe recurso ordinário contra acórdão do Pleno.

§1º O recurso ordinário visa à reforma ou à anulação da decisão recorrida.

§2º Aplica-se ao recurso ordinário, no que couber, o regramento da apelação previsto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 55. Cabe agravo interno contra qualquer decisão proferida pelo relator.

§1º O agravo interno será julgado pelo Pleno.

§2º O agravo interno visa à reforma ou à anulação da decisão agravada.

§ 3º Aplica-se ao agravo interno o regramento do agravo interno previsto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 56. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão proferida pelo Tribunal ou pelo relator.

§1º Os embargos de declaração serão opostos no prazo de 5 (cinco) dias.

§2º Os embargos de declaração suspendem os efeitos da decisão embargada.

§ 3º O cabimento e o processamento dos embargos de declaração observarão o regramento dos embargos de declaração previsto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

CAPÍTULO XII

DO PEDIDO DE RESCISÃO

Art. 57. A decisão de mérito transitada em julgado pode ser rescindida, se:

I - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo judicial ou venha a ser demonstrada no processo de rescisão;

II - após o trânsito em julgado, surgir prova nova, cuja existência era ignorada ou de que não se pôde fazer uso, capaz, por si só, de justificar a mudança da decisão.

§1º O pedido de rescisão pode ser formulado pela parte ou pelo interessado do processo originário, terceiro juridicamente interessado e o Ministério Público de Contas.

§2º O pedido de rescisão pode ser formulado até 2 (dois) anos após o trânsito em julgado da decisão.

§ 3º Aplica-se ao pedido de rescisão o regramento da ação rescisória previsto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

CAPÍTULO XII

DO PEDIDO DE REVISÃO

Art. 58. A decisão pode ser revista, a requerimento da parte, do interessado ou do Ministério Público de Contas, quando:

I – houver erro material, inclusive erro de cálculo;

II – sobrevier ao trânsito em julgado:

a) alteração do estado de fato ou de direito, em se tratando de situação jurídica de trato continuado;

b) fato novo ou circunstância relevante que demonstrem a necessidade de revisão da sanção, quando for o caso.

§1º Nos casos dos incisos II e III, o pedido de revisão deve ser formulado no prazo de 2 (dois) anos contados da alteração ou do fato superveniente.

§2º A revisão da decisão não poderá agravar a sanção aplicada.

CAPÍTULO IV

DO PROCESSO DE CONSULTA

Art. 59. São legitimados a formular consulta:

I – no âmbito estadual, o Governador, o Presidente do Tribunal de Justiça, o Presidente da Assembleia Legislativa, os Secretários de Estado, o Procurador Geral de Justiça, o Defensor-Público Geral e os dirigentes máximos de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas e mantidas pelo Estado e conselhos constitucionais e legais;

II – no âmbito municipal, o Prefeito, o Presidente da Câmara Municipal e os dirigentes máximos de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas e mantidas pelo Município, consórcios municipais e conselhos constitucionais e legais;

III – conselhos ou órgãos fiscalizadores de categorias profissionais, observada a pertinência temática e o âmbito de representação profissional.

Art. 60. O legitimado poderá formular consulta, a fim de que o Tribunal se manifeste sobre questão jurídica que esteja na sua esfera de competências.

Parágrafo único. As consultas poderão versar sobre a:

I - interpretação da legislação, da decisão, do precedente ou da regulamentação a ser aplicada pelo Tribunal;

II - licitude de atos, contratos, estratégias de gestão ou condutas de qualquer tipo, já iniciadas pela parte consulente; ou

III - licitude de atos, contratos, estratégias de gestão ou condutas de qualquer tipo, já concebidas e planejadas, mas ainda não iniciadas pela parte consulente.

Art. 61. Além dos requisitos gerais de todo ato postulatório, o requerimento de consulta obrigatoriamente conterá a:

I – indicação precisa de seu objeto, incluindo uma descrição completa de todos os fatos reputados relevantes;

II – comprovação do legítimo interesse da parte;

III – indicação de todos os dispositivos de lei e precedentes eventualmente relacionados ao seu objeto, bem como da questão específica que pretende ver respondida.

Parágrafo único. Se a consulta puder interferir na esfera de direitos de outros sujeitos, o relator determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação dos interes-

sados, assim considerados tanto os diretamente envolvidos, como pessoas, entidades e associações que, no âmbito das suas finalidades institucionais, representem o setor ou demonstrem interesse de vários associados na questão objeto da consulta.

Art. 62. A consulta será indeferida, pelo relator, quando:

I - envolver tema alheio às competências do Tribunal ou questão puramente hipotética, especulativa ou desvinculada de qualquer problema específico;

II - houver sido formulada por terceiro não envolvido diretamente nos fatos narrados ou na conduta cuja valoração jurídica esteja sendo submetida à análise do Tribunal;

III - exigir, para sua análise, consideração de fatos outros além daqueles descritos pelo consulente;

IV - não permitir, a partir exclusivamente das informações fornecidas, uma resposta adequadamente informada da parte do tribunal;

IV - já estiver sendo analisada em outros procedimentos de natureza sancionatória ou fiscalizatória no âmbito do tribunal, caso em que deverão ser identificados na decisão de indeferimento.

Art. 63. Admitida a consulta pelo relator, fica suspenso, até a emissão da resposta, o processamento e a análise de quaisquer outros procedimentos instaurados posteriormente, no âmbito do Tribunal, que tenham como objeto a questão jurídica objeto da consulta e que envolvam o consulente e os demais interessados.

Art. 64. A resposta à consulta deverá circunscrever-se ao exame da questão provocada pelo consulente.

Parágrafo único. A resposta à consulta vincula o tribunal até ulterior revisão.

CAPÍTULO XV

DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

Art. 65. A pretensão punitiva, decorrente do exercício de controle externo pelo Tribunal de Contas de Mato Grosso, prescreve em 05 (cinco) anos, contados a partir da ciência da Administração Pública do fato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia da ciência pela Administração Pública da cessação do respectivo estado de permanência ou de continuação.

§ 1º Nos casos de processos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, o prazo prescricional previsto no *caput* terá início na data da chegada do processo ao Tribunal de Contas de Mato Grosso.

§ 2º Consuma-se a prescrição intercorrente nos processos fiscalizatórios e sancionatórios perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso que ficarem paralisados por mais de 03 (três) anos, pendentes de julgamento, despacho ou prática de ato

de ofício; reconhecida a prescrição, os autos devem ser arquivados, sem prejuízo da possibilidade de apuração da responsabilidade funcional em razão de sua ocorrência, se for o caso.

§ 3º Não serão computados, para fins de aferição da ocorrência de prescrição intercorrente, os períodos de paralisação do processo decorrente de ato ou omissão imputável exclusivamente ao fiscalizado ou responsável.

§ 4º A prescrição pode ser reconhecida de ofício ou mediante provocação da parte, de interessado ou do Ministério Público de Contas.

Art. 66. São causas que interrompem a prescrição da pretensão:

I - a instauração de procedimento investigatório preliminar tendente a verificar a sua ocorrência;

II - a comunicação da instauração do processo ao fiscalizado ou ao responsável, inclusive por meio de edital

III - a publicação de decisão condenatória recorrível;

IV - a prática de ato inequívoco que constitua manifestação expressa de interesse em promover solução conciliatória no âmbito do Tribunal de Contas de Mato Grosso.

Parágrafo único. A prescrição interrompida volta a fluir da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo em que ocorrida a causa interruptiva.

Art. 67. São causas que suspendem a prescrição da pretensão punitiva:

I - o sobrestamento motivado do processo, por prazo determinado; e

II - a assinatura do Termo de Ajustamento de Gestão, pelo prazo nele estabelecido.

Parágrafo único. Cessada a causa suspensiva da prescrição, retoma-se a contagem do prazo do ponto em que tiver parado.

Art. 68. É de 05 (cinco) anos o prazo decadencial para a instauração do processo de tomada de contas especial, contado:

I - nos casos de omissão no dever de prestar contas, do primeiro dia subsequente ao vencimento do prazo para regular apresentação da prestação de contas;

II - nos casos em que os elementos constantes das contas apresentadas não permitirem a conclusão de que a aplicação dos recursos observou as normas pertinentes e/ou atingiu as finalidades previstas, da data-limite para análise da prestação de contas;

III - nos demais casos, da data do evento ilegítimo ou antieconômico, quando conhecida, ou da data da ciência do fato pela Administração Pública.

CAPÍTULO XVI

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 69. Este Código entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação oficial.

Art. 70. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Art. 71. Resolução do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso estabelecerá as regras para a transformação dos autos de papel em autos processuais eletrônicos.

Art. 72. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso poderá requerer ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso a celebração de atos de cooperação judiciária, inclusive interinstitucional, para a adoção de medidas destinadas a conferir maior efetividade à execução das suas decisões.

Art. 73. A utilização de inteligência artificial pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso observará sua compatibilidade com os direitos fundamentais, a legislação federal e as boas práticas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça a respeito.

Parágrafo único. São princípios para o uso responsável de inteligência artificial no Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso:

- I - centralidade no ser humano;
- II – não discriminação;
- III – transparência e explicabilidade;
- IV – governança e qualidade;
- V – segurança;
- VI – controle do usuário;
- VII – responsabilização e prestação de contas.

Art. 74. Os pressupostos e requisitos do termo de ajustamento de gestão celebrado com o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso serão definidos por lei complementar.

Art. 75. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso instituirá laboratório de inovação, aberto à participação e à colaboração da sociedade para o desenvolvimento e a experimentação de conceitos, de ferramentas e de métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos, o tratamento de dados produzidos pelo poder público e a participação do cidadão no controle da administração pública, observado o disposto na Lei federal n. 14.129, de 29 de março de 2021.

§ 1º Para os fins deste Código, considera-se inovação a implementação de ideias que criam uma forma de atuação e geram valor para o Tribunal, seja por meio de novos produtos, serviços, processos de trabalho, ou uma maneira diferente e eficaz de solucionar problemas complexos encontrados no desenvolvimento das atividades que lhe são afetas.

§ 2º O Laboratório de Inovação do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso instituirá e manterá atualizado o Banco de Boas Práticas de Controle e Gestão Pública, destinado à compilação, à promoção e à divulgação, por meio eletrônico, de práticas

que contribuam para o aprimoramento e/ou desenvolvimento de determinada tarefa, atividade ou procedimento no Tribunal ou para o aperfeiçoamento da gestão pública.

§ 3º O Tribunal promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da adequação e da efetividade das normas decorrente deste Código.

Art. 76. O § 2º do art. 1º, o art. 22, o título do Capítulo IX e o *caput* do art. 70 da Lei Complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007, passam a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso poderá adotar as medidas provisórias de urgência nos termos da lei.

(...)

Art. 22 Para efeitos desta lei, consideram-se:

I - recomendações, as medidas sugeridas pelo Tribunal para o aperfeiçoamento das práticas administrativas relativas às contas públicas;

II - determinações, as medidas impostas pelo Tribunal para fins de atendimento da Constituição, da Lei ou de outro ato normativo e regularização das contas e das práticas administrativas.

(...)

“CAPÍTULO IX

SANÇÕES E TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

SEÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 70 O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em todo e qualquer processo de sua competência em que constatar irregularidades. poderá, observadas as normas fundamentais do processo, aplicar, cumulativamente:

I - multa;

II - restituição de valores e impedimento para obtenção de certidão liberatória;

III - inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, quando se configurar crime ou ato de improbidade administrativa;

IV - outras medidas provisórias de urgência que sirvam para assegurar a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo respectivo processo.”

Art. 77. Revogam-se:

I - os artigos 6º, 14-18, 47-69 e 82-86 da Lei Complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007;

II - a Lei n. 11.599, de 07 de dezembro de 2021.