



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review



### **Editors**

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

### **Editorial Board**

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

### **Executive Editors**

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

### **Reviewers (this issue)**

Andre Roque Vasconcelos (UERJ, RJ)  
Bianca Richter (Universidade Mackenzie, SP)  
Carlos Frederico Bastos (USP, SP)  
Cristina Motta (Unisinos, RS)  
Gabriela Expósito (FBD, BA)  
Marcos Youji Minami (URCA, CE)  
Silvano Flumignan (UPE, PE)  
Thaís Lunardi (Universidade Positivo, PR)  
Pedro Rocha (UERJ, RJ)  
Lara Dourado (UFC, CE)



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review

2019

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)



www.editorajuspodivm.com.br

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

Tel: (71) 3045.9051

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

**Copyright:** Edições JusPODIVM

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

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



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## About the Authors

### **Fernanda Costa Vogt**

Master's Degree Student at Rio de Janeiro State University.

### **Gabriela Macedo Ferreira**

Federal Judge. Master's degree in Law from the Federal University of Bahia.

### **Hangping Chen**

Associate Professor, Tang Scholar, School of Law, Tsinghua University, China (Beijing).

### **Rebecca Berto**

Dr.jur. University of Padova. Pg. Dipl. International Dispute Resolution (Arbitration) Queen Mary University – London.  
Lawyer at the European Consumer Centre Italy.

### **Rodrigo Nery Cardoso**

LLM Candidate at the Faculdade Baiana de Direito, Brazil. Lawyer.

### **Tamyres Tavares de Lucena**

Master of Laws from the Federal University of Pernambuco, Brazil.





# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## Sumário

• 1

**O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro ..... 11**

The consensual legal acts between cooperating judges: the outline of a theory for Brazilian Law

*Gabriela Macedo Ferreira*

1. Introdução .....	13
2. O princípio da eficiência processual: a gestão racional de processos rumo a uma prestação jurisdicional adequada.....	14
3. O princípio do juiz natural: uma nova compreensão focada na adaptabilidade das competências e na preservação de seu núcleo essencial .....	17
4. A cooperação judiciária nacional: instrumento desburocratizado da prática célere de atos judiciais fora da esfera de competência do juízo.....	19
4.1. "Multidistrict litigation": a criação americana de um painel para decidir se e como os casos serão transferidos para produção de atos em conjunto.....	23
4.2. A cooperação judiciária por solicitação: a superação da burocrática carta precatória como único meio de cooperação judicial.....	25
5. A cooperação judiciária por ato concertado entre juízes (art. 69, § 2º do CPC): esboço de uma teoria para o Direito brasileiro.....	26
5.1. Natureza jurídica dos atos concertados entre juízes cooperantes: o ato concertado como negócio jurídico processual .....	27
5.2. O papel das partes no ato concertado entre juízes.....	32
5.2.1. Os atos concertados e a participação das partes.....	32
5.2.2. Os atos concertados e sua impugnação.....	33
5.3. O objeto do ato concertado entre juízes cooperantes.....	34
5.3.1. Os atos concertados para produção de prova: demonstrando a utilidade prática do tema.....	36

5.3.2. Os atos concertados e a alteração de competência para julgamento: uma nova hipótese legal de alteração de competência.....	38
6. Conclusão .....	45
7. Referências .....	46

## • 2

### **Blockchain records: is the evidence admissible? A challenge for European Member States..... 49**

*Rebecca Berto*

1. Introduction .....	50
2. Paper-written records and digital records: authentic, accurate and reliable .....	51
2.1. Digital records – integrity and authenticity .....	53
3. The European approach: the E-Idas Regulation .....	55
4. Blockchain: what it is and how it works .....	57
5. The admissibility of blockchain records in legal proceedings .....	58
6. Technological improvements: does it solve legal question? .....	61
7. Conclusions .....	64

## • 3

### **Ação de direito material e exercício da ação popular nas vias judicial e administrativa ..... 67**

The possible exercise of the citizen suit in Judicial and Administrative Courts

*Tamyres Tavares de Lucena*

1. Introdução.....	68
2. Ação popular e controle dos atos estatais: um novo entendimento acerca dos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo.....	68
3. Processo judicial e processo administrativo: possíveis vias de exercício da ação popular .....	78
4. Ação de direito material e exercício da ação popular na via administrativa.....	90
5. Ação popular administrativa e judicial: distinções.....	97
6. Contrapontos à ação popular material .....	100
7. Ação popular material no processo judicial e no processo administrativo.....	103
8. Referências .....	105

## • 4

**Quinze conclusões sobre o conflito entre coisas julgadas: um estudo crítico das principais teorias existentes ..... 109**

Fifteen conclusions about the conflict between two *res iudicatae*: a critical study of the main existing theories

*Rodrigo Nery Cardoso*

1. Introdução.....	110
2. A tese da inexistência jurídica da segunda coisa julgada.....	110
3. A tese da nulidade absoluta da segunda coisa julgada.....	116
4. A tese da inconstitucionalidade da segunda coisa julgada.....	121
5. A tese da revogação da primeira coisa julgada pela segunda.....	131
6. A tese da ineficácia da primeira coisa julgada.....	137
7. Síntese e conclusões.....	146
8. Referências.....	151

• **5**

**Doing Justice: Chinese Civil Procedure and Its Reform ..... 153**

*Hangping Chen*

Introduction.....	153
I – Chinese Civil Procedural Law and Its Institutional Background.....	156
II – Chinese Civil Procedure in Practice.....	159
1. Filing and docketing.....	159
2. Pre-trial preparation.....	161
3. Trial.....	162
4. Post-trial.....	163
III – Proposals for Reform of Chinese Civil Procedure.....	164
5. Conclusion.....	170

• **6**

**A tomada do procedimento pela vontade: as convenções processuais e o princípio da atipicidade na execução civil ..... 171**

Procedure overtaken by will: procedural agreements and the principle of atypicality in civil enforcement

*Fernanda Costa Vogt*

1. Considerações iniciais.....	172
2. A superação do dogma da tipicidade na execução civil.....	173
3. O princípio da disponibilidade da execução e a flexibilização do título executivo: alguns acordos possíveis.....	175

3.1. O pactum de non exequendo .....	177
3.2. O advento da assinatura eletrônica .....	179
3.3. Da cartularidade à virtualidade dos títulos de crédito.....	179
4. A profusão das medidas executivas atípicas.....	181
4.1. A proporcionalidade na determinação de medidas atípicas.....	183
5. Os acordos processuais como facilitadores da execução de litígios complexos.....	185
5.1. Os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) e a execução negociada .....	188
6. Conclusão .....	189
7. Referências bibliográficas .....	190



## O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro<sup>1</sup>

The consensual legal acts between cooperating judges: the  
outline of a theory for Brazilian Law

**Gabriela Macedo Ferreira**

Federal Judge. Master's degree in Law from the Federal University of Bahia.

**Resumo:** O artigo tem como objetivo investigar o ato concertado entre juízes cooperantes, novidade trazida pelo art. 69, §2º do Código de Processo Civil de 2015. Com esta finalidade, foram respondidas, dentre outras, as seguintes indagações: i) o ato concertado entre juízes cooperantes é um negócio jurídico processual?; ii) qual o papel das partes na “concertação”? iii) o ato concertado é técnica de alteração de competência para julgamento e, em caso positivo, é compatível com o princípio do juiz natural? iii) como o ato concertado pode gerar mais eficiência na prestação jurisdicional? Sustentamos que o ato concertado fundamenta o desenvolvimento

1. Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ ([dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053)). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

casuístico de técnicas voltadas à construção de um processo eficiente e justo por meio do exercício concertado das competências. Vulnera-se o conteúdo tradicionalmente atribuído ao princípio do juiz natural, que precisa ser repensado a partir da realidade dos tempos atuais. O tema se coaduna com a ideia de que o Poder Judiciário é uno, tornando necessária a cooperação entre os órgãos jurisdicionais, por iniciativa dos magistrados e sem forma previamente definida, para se alcançar uma tutela jurisdicional mais eficiente. Na pesquisa, foi utilizado o método dedutivo com revisão doutrinária e interpretação jurisdicional.

**Palavras-chave:** atos concertados. Juízes. Cooperação. Eficiência. Juiz natural.

**Abstract:** The article aims to investigate the concerted act between cooperating judges, a novelty brought by article 69, paragraph 2 of the Code of Civil Procedure 2015. To this end, the following questions were answered, among others: i) is the concerted act between cooperating judges a legal dealing of procedure? (ii) what role do the parties play in “concertation”? (iii) is the concerted act a technique of alteration of jurisdiction for judgment and, if so, is it compatible with the principle of the natural judge? (iii) how can the concerted act generate more efficiency in the judicial rendering? We maintain that the concerted act is based on the casuistic development of techniques aimed at the construction of an efficient and fair process through the concerted exercise of competencies. Vulnerable is the content traditionally attributed to the principle of the natural judge, which needs to be rethought from the reality of the present times. The theme is consistent with the idea that the Judiciary is one, making it necessary to cooperate among the courts, at the initiative of the magistrates and without previously defined form, in order to achieve a more efficient judicial protection. In the research, the deductive method was used with doctrinal revision and jurisdictional interpretation.

**Keywords:** acts concerted. Judges. Cooperation. Efficiency. Natural judge.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O princípio da eficiência processual: a gestão racional de processos rumo à prestação jurisdicional adequada; 3. O princípio do juiz natural: uma nova compreensão focada na adaptabilidade das competências e na preservação de seu núcleo essencial; 4. A cooperação judiciária nacional: instrumento desburocratizado da prática célere de atos judiciais fora da esfera de competência do juízo; 4.1. “Multidistrict litigation”: a criação americana de um painel para decidir se e como os casos serão transferidos para produção de atos em conjunto; 4.2. A cooperação judiciária por solicitação: a superação da burocrática carta precatória como único meio de cooperação judicial; 5. A cooperação judiciária por ato concertado entre juízes (art. 69, §2º do CPC): esboço de uma teoria para o direito brasileiro; 5.1. Natureza jurídica dos atos concertados entre juízes cooperantes: o ato concertado como negócio jurídico processual; 5.2. O papel das partes no ato concertado entre juízes; 5.2.1 Os atos concertados e a participação das partes; 5.2.2. Os atos concertados e sua impugnação;

5.3. O objeto do ato concertado entre juízes cooperantes; 5.3.1. Os atos concertados para produção de prova: demonstrando a utilidade prática do tema; 5.3.2. Os atos concertados e a alteração de competência para julgamento: uma nova hipótese legal de alteração de competência; 6. Conclusão; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 lançou um novo olhar sobre o Direito Processual Civil compatível com as transformações pelas quais vem passando nos últimos anos. Dedicou-se à construção teórica de um processo judicial mais eficiente, atribuindo um dever geral de cooperação aos órgãos do Poder Judiciário em capítulo inédito intitulado “da cooperação judiciária nacional” (arts. 67 a 69). Conferiu aos juízes a flexibilidade necessária para adaptar o procedimento judicial a inúmeras situações concretas dignas de tratamento diferenciado, prevendo que o pedido de cooperação pode ser executado como ato concertado entre juízes cooperantes.

O presente artigo arrisca-se a desvendar o misterioso “ato concertado entre juízes cooperantes”: esboçar seu conceito, natureza jurídica, conteúdo e implicações. Com esse propósito, pretendemos responder, dentre outras, às seguintes indagações: i) o ato concertado entre juízes cooperantes é um negócio jurídico processual?; ii) qual o papel das partes na “concertação”? iii) o ato concertado é técnica de alteração de competência para julgamento e, em caso positivo, é compatível com o princípio do juiz natural? iii) como o ato concertado pode gerar mais eficiência na prestação jurisdicional? O CPC de 2015 não definiu o ato concertado entre juízes cooperantes, tampouco estabeleceu seu regime jurídico, dedicando-lhe tão somente o § 2º do art. 69.

A análise foi dividida em quatro pontos. Primeiramente, investigamos de forma breve o conteúdo do princípio da eficiência, fundamento do ato concertado. Em segundo lugar, analisamos o princípio do juiz natural, reconstruindo seu significado a partir da tese de Antônio do Passo Cabral sobre o “Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil”. Em um terceiro ponto, analisamos a cooperação nacional de que trata o CPC de 2015, sua origem, conceito e abrangência. Por fim, tratamos do ato concertado entre juízes cooperantes para responder às questões apresentadas, estabelecendo as primeiras pinceladas do esboço de sua teoria.

O tema apresenta destacada importância no contexto de um Poder Judiciário assoberbado de processos que precisa com urgência traçar estratégias para prestar uma tutela jurisdicional mais efetiva.

## 2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL: A GESTÃO RACIONAL DE PROCESSOS RUMO A UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA

A eficiência pressupõe o exercício ótimo das prerrogativas estatais para a consecução do interesse público. Busca o maior grau de realização das finalidades

que o ordenamento jurídico estabelece com maior qualidade e menores gastos possíveis, tanto para o Estado quanto para os administrados.<sup>2</sup> Estrutura o modo como a administração deve atingir os seus fins; qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os objetivos perseguidos.<sup>3</sup> A eficiência dimensiona a relação entre os meios e os fins: busca-se a adoção de meios ótimos em que haja pouco esforço ou dispêndio com o melhor resultado.<sup>4</sup>

O dever de agir com eficiência impõe-se a todos os ramos do Estado, abrangendo também o Poder Judiciário.<sup>5</sup> Seguindo a mesma lógica da sua aplicação à administração pública, a eficiência processual significa uma alocação ótima de recursos e técnicas processuais para que se atinjam os fins do processo com a maior qualidade e os menores custos.<sup>6</sup> Trata-se de buscar um processo civil de resultados.<sup>7</sup>

Eficiência, contudo, não significa apenas celeridade e redução de custos; não se confunde com a ideia de pura economia processual. Os padrões de eficiência não podem comprometer a independência do Judiciário e sua autoadministração. Sob o viés da análise econômica do processo, o cálculo para se verificar a eficiência processual envolve diversas variáveis além dos gastos públicos para prover o Judiciário. O foco é a otimização de resultados com qualidade e respeito ao devido processo legal.<sup>8</sup> Por isso, é preciso ter cautela com as metas de produtividade estabelecidas por órgãos como o Conselho Nacional de Justiça para que a preocupação com a resolução de muitos processos (quantitativa) não prejudique a qualidade das decisões.<sup>9</sup>

2. Tamanha é a preocupação com a eficiência na administração pública, que em 09 de outubro de 2018 foi sancionada e publicada a lei nº 13.726 que racionaliza atos e procedimentos administrativos dos entes e órgãos da administração pública. Permite-se a supressão ou a simplificação de formalidades ou exigências desnecessárias, quando o custo econômico ou social seja superior aos benefícios de segurança jurídica por elas trazidos.
3. ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 04. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, out. nov. dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em: 10 out. 2019. p. 19.
4. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. a. 39. v. 233. jul. 2014. pp. 66-67.
5. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 101.
6. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 247.
7. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 198-199.
8. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 100.
9. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 253.

O Relatório “Justiça em números 2018” produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça indicou a existência, no primeiro grau de jurisdição da Justiça Estadual, em 2017, de 12.176.998 de processos novos no 1º grau e 4.916.093, nos juizados especiais; 54.939.944 de processos pendentes no 1º grau e 5.862.090, nos juizados especiais para apenas 9.445 magistrados, com tempo médio de tramitação de 3 anos e 7 meses na fase de conhecimento e 7 anos e 9 meses na fase de execução.<sup>10</sup> Esse quadro, que se arrasta há anos, exige soluções criativas que priorizem a eficiência na gestão processual.

A adoção da eficiência no Poder Judiciário encontra amparo nos princípios que regem a administração pública (art. 37 da Constituição Federal), na garantia do devido processo legal e no art. 8º do próprio CPC de 2015 que impõe ao juiz especificamente a observância do dever de eficiência. Examina-se a capacidade de a Jurisdição efetivar uma tutela legítima e universal adequada às necessidades do direito material, com o menor custo possível, garantindo a adequada participação das partes e o respeito aos direitos fundamentais<sup>11</sup>.

A incorporação da eficiência no direito processual brasileiro inspira-se também na doutrina estrangeira, sobretudo a americana, que em 1990 trouxe à tona o “Civil Justice Reform Act of 1990 – the CJRA” com o estabelecimento de cinco princípios de gestão na administração judiciária americana: i) levantamento de fundos; ii) gerenciamento de casos obrigatórios com a fixação de diretrizes; iii) maior responsabilização judicial no que toca a gestão de recursos; iv) renovação contínua; v) disseminação ampliada da informação.<sup>12</sup>

Para alcançar a eficiência, os tribunais e juízos de primeiro grau precisam de mecanismos de gestão de processos e de competência que sejam flexíveis, dinâmicos, adaptáveis e que possam fazer funcionar adequadamente o sistema e melhorar os resultados do processo.<sup>13</sup> Dentre os elementos que possibilitam a concretização

10. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2018*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/arquivos/2018/08.pdf>>. Acesso em: 03. abr. 2019. pp. 35-36.

11. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil – teoria do processo civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 521.

12. “With the enactment of the CJRA, five “first principles” of litigation management and cost and delay reduction—all recommended by the Brookings Task Force—now have the force of law. Aimed, in Senator Biden’s words, at “bring[ing] about a civil justice system that is less expensive, more efficient, and more accessible for all Americans,” 23 these “first principles” are (1) reform from the “bottom up”; (2) mandatory case management guidelines; (3) enhanced judicial accountability; (4) continuous renewal; and (5) expanded information dissemination. Each will be discussed in turn.” (PECK, Jeffrey J. “Users United”: The Civil Justice Reform Act of 1990. *Law and Contemporary Problems*. n. 3. v. 54. p. 105. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4102&context=lcp>>. Acesso em: 26 out. 2018. p. 109).

13. Essa preocupação já era vista no Direito americano desde 1993, quando o poder judiciário dos EUA buscou reorganizar instituições burocráticas em curso de modo a torná-las conforme a Constituição pelo uso de técnicas processuais diferenciadas como a técnica do chamado processo estrutural, que,

desse ideal, destaca-se a gestão interna do processo pelos sujeitos processuais em colaboração de forma a criar alternativas procedimentais para o bom desenvolvimento do processo, pela via dos negócios processuais e pelos poderes de adequação procedimental colocados à disposição dos juízes. Esses fatores possibilitam o alcance da eficiência sem comprometimento da qualidade.

A eficiência na gestão da massa de processos deve caminhar, lado a lado, com a eficiência da composição de cada controvérsia. Trata-se de atender a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e, num contexto global, garantir a maior eficiência do Judiciário, por meio de medidas que mobilizam menores recursos humanos e financeiros, com sua adequada alocação. O conceito de jurisdição ganha novo sentido atrelado à ideia de gestão racional de processos e não de um só processo, numa perspectiva de proporcionalidade panprocessual: “possibilita-se um olhar sobre o processo à luz dos demais processos”.<sup>14</sup>

Não se pode perder de vista, contudo, que gerir casos judiciais de modo eficiente significa conduzir o processo rumo a uma prestação jurisdicional adequada e racional sem comprometer os direitos fundamentais das partes, dentre eles o direito ao juiz natural.<sup>15</sup>

### **3. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL: UMA NOVA COMPREENSÃO FOCADA NA ADAPTABILIDADE DAS COMPETÊNCIAS E NA PRESERVAÇÃO DE SEU NÚCLEO ESSENCIAL**

O direito fundamental ao juiz natural é uma das principais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal.<sup>16</sup> Resulta da proibição constitucional ao juízo ou

---

nas palavras de Owen Fiss é: “the most distinctive contribution to our remedial jurisprudence drawn from the civil rights experience, and though the structural injunction has been used in all manner of cases-housing, mental health, and prisons-its origins in civil rights litigation are never forgotten” (livre tradução: “a contribuição mais significativa da nossa jurisprudência vem da experiência com os Direitos Cíveis e embora o processo estrutural tenha sido utilizado para gerir diversos tipos de casos como aqueles acerca de habitação, saúde mental e prisões, sua origem no direitos cíveis nunca será esquecida.”) (FISS, Owen M. *The Allure of Individualism*. *Yale Law Review*. v. 78. 1992/1993. pp. 965-979. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1332](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1332)>. Acesso em: 26. out. 2018).

14. LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018. p. 25.
15. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. p. 255.
16. Paula Sarno Braga explica: “Toda essa exigência de competências pré-definidas por normas de acordo com a Constituição – não passíveis de disposição, transferência ou moldagem de forma diversa –, nada mais é do que uma manifestação do devido processo legal, que impõe que o poder seja exercido por procedimento regulado por lei, e conduzido por uma autoridade natural” (Competência

tribunal de exceção e da determinação de que ninguém será processado senão pela autoridade competente.

Conceitua-se tradicionalmente o juiz natural como aquele regular e legitimamente investido de poderes da Jurisdição, dotado de todas as garantias inerentes ao exercício de seu cargo – independência e imparcialidade (aspecto substancial) –, que decide de acordo com as regras de competência fixadas previamente ao tempo do fato (aspecto formal),<sup>17</sup> com base em critérios impessoais, objetivos e pré-estabelecidos.<sup>18</sup> Seu discurso teórico foi desenvolvido no período em que a legalidade e a separação de poderes eram consideradas garantia contra o arbítrio estatal.

O sistema de competências brasileiro foi desenhado originariamente de forma rígida e prévia, não deixando espaço para um controle concreto de sua adequação.<sup>19</sup> A autoridade natural deveria ser previamente individualizada, constituída, com poderes de ação e atuação delimitados objetiva e abstratamente em lei.<sup>20</sup> Eram vedadas as interferências discricionárias do legislativo nas regras constitucionais de competência e do executivo na lotação de magistrados e em sua atividade jurisdicional.<sup>21</sup>

Todavia, as alterações pelas quais vem passando o Direito Processual Civil têm exigido uma nova compreensão do juiz natural – mais flexível, que permite maior adaptabilidade das competências sem violar seu núcleo essencial: a objetividade, impessoalidade, invariabilidade e possibilidade de controle. Essa percepção foi trazida a lume, pela primeira vez, por Antônio do Passo Cabral na tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro sobre Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil.<sup>22</sup>

---

adequada. *Revista de Processo*. n. 219. 2013. Disponível em: <[https://www.academia.edu/9248971/Compet%C3%Aancia\\_adequada.\\_Revista\\_de\\_Processo\\_n.\\_219\\_2013](https://www.academia.edu/9248971/Compet%C3%Aancia_adequada._Revista_de_Processo_n._219_2013)>. Acesso em: 03. mar. 2019. p. 02).

17. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Martins. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 672.
18. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual civil*. v. 1. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 183.
19. PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o processo brasileiro: limites e possibilidade*. *Revista de Processo*. v. 279. pp. 381-415. mai. 2018. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34789893/O\\_forum\\_non\\_conveniens\\_e\\_o\\_processo\\_brasileiro\\_limites\\_e\\_possibilidade](https://www.academia.edu/34789893/O_forum_non_conveniens_e_o_processo_brasileiro_limites_e_possibilidade)>. Acesso em: 01. mar. 2019. p. 393.
20. BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. *Revista de Processo*. n. 219. 2013. Disponível em: <[https://www.academia.edu/9248971/Compet%C3%Aancia\\_adequada.\\_Revista\\_de\\_Processo\\_n.\\_219\\_2013](https://www.academia.edu/9248971/Compet%C3%Aancia_adequada._Revista_de_Processo_n._219_2013)>. Acesso em: 03. mar. 2019. p. 2.
21. FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Visão atual do princípio do juiz natural. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.) *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 104.
22. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento

A objetividade pode ser aferida com transparência, por meio de fundamentação adequada dos critérios de distribuição ou modificação de competência; a impessoalidade possibilita que a competência seja fixada com distanciamento dos sujeitos e sem considerações pessoais; a invariância garante generalização, ou seja, que as regras de competência valham para qualquer hipótese similar.<sup>23</sup>

Diversos institutos já colocaram em cheque o conceito tradicional do juiz natural por estabelecer de forma discricionária e pontual a atribuição de competências: o desaforamento, o incidente de deslocamento de competência, o incidente de assunção de competência, a escolha da causa-piloto para afetação ao microsistema de julgamento de casos repetitivos, a decisão sobre o juízo que decidirá as medidas de urgência na pendência de um conflito de competência.<sup>24</sup> As características tradicionais do princípio do juiz natural com a previsão de competência em lei formal, de modo apriorístico, inflexível e sem discricionariedade já começaram a ceder. As normas e decisões sobre competência devem garantir a escolha objetiva e impessoal do julgador com equidistância das partes e sem variação de modo que uma mesma situação possa conduzir sempre a uma mesma conclusão.<sup>25</sup>

Não cabe mais admitir um apego excessivo a legalidade estrita e a crença de que o legislador pode exaurir todos os critérios de atribuição de competência.<sup>26</sup> O sistema de competências deve permitir maior vagueza normativa e discricionariedade aplicativa. A definição ou modificação de competências não será necessariamente prevista “ex ante”, tampouco será automática, dependendo algumas vezes de provimento casuístico

---

do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. pp. 310-319.

23. PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o processo brasileiro: limites e possibilidade*. *Revista de Processo*. v. 279. pp. 381-415. mai. 2018. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34789893/O\\_forum\\_non\\_conveniens\\_e\\_o\\_processo\\_brasileiro\\_limites\\_e\\_possibilidade](https://www.academia.edu/34789893/O_forum_non_conveniens_e_o_processo_brasileiro_limites_e_possibilidade)>. Acesso em: 01. mar. 2019. p. 395.
24. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 272.
25. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 310.
26. PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o processo brasileiro: limites e possibilidade*. *Revista de Processo*. v. 279. pp. 381-415. mai. 2018. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34789893/O\\_forum\\_non\\_conveniens\\_e\\_o\\_processo\\_brasileiro\\_limites\\_e\\_possibilidade](https://www.academia.edu/34789893/O_forum_non_conveniens_e_o_processo_brasileiro_limites_e_possibilidade)>. Acesso em: 01. mar. 2019. p. 397.

e discricionário,<sup>27</sup> sem que isso implique na vulneração aos princípios do juiz natural, da separação dos poderes e da legalidade.<sup>28</sup>

A preocupação deve ser o resultado do procedimento, que ele continue a garantir a proteção dos direitos materiais das partes envolvidas. O foco deve estar na produção de decisões justas de forma imparcial e eficiente. O princípio do juiz natural, portanto, não pode mais ser visto como um fim em si mesmo, mas como instrumento para a tutela de direitos.

A possibilidade de flexibilização do sistema de competências por meio de atos de cooperação entre juízes, independentemente de lei ou ato normativo específico, também viola as bases tradicionais do que se dizia abrangido pelo juiz natural. Mas, observados os critérios da objetividade, impessoalidade, invariância e controle, não se viola seu núcleo essencial.

#### **4. A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL: INSTRUMENTO DESBUROCRATIZADO DA PRÁTICA CÉLERE DE ATOS JUDICIAIS FORA DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO**

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da recomendação 38, de 03 de novembro de 2011, orientou os tribunais a instituírem mecanismos de cooperação entre os órgãos do Poder Judiciário. Partiu da premissa de que a cooperação judiciária constitui mecanismo contemporâneo, desburocratizado e ágil para o cumprimento de atos judiciais fora da esfera de competência do juízo requerente ou em intersecção com ele. Sugeriu alguns importantes instrumentos como os núcleos de cooperação

---

27. O juiz pode utilizar argumentos não estritamente jurisdicionais para decidir sobre a competência. Sopesará também questões relativas à organização e administração judiciárias. O exame da eficiência pressupõe avaliar a prestabilidade das normas jurídicas para alcançar os fins a que se destinam. A eficiência não autoriza subjetivismo, arbítrio. É preciso controlar a flexibilização da técnica processual. A eficiência processual é um fim a ser buscado também na definição, planejamento, estruturação, incremento da administração e organização judiciárias. O ordenamento jurídico também deve criar condições organizativas adequadas (CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 307).

28. Em sentido contrário, Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares: “ (...) a regra da atuação exclusiva, pessoal e criada após o fato retira qualquer possibilidade de imparcialidade do julgador, fim máximo da principiologia do juiz natural, e permite interferências de todas as ordens ante a ligação privativa com determinadas ações penais, mormente porque o princípio em estudo dever ser interpretado em sua plenitude (...).” (A designação específica de Magistrado para a condução de ação penal e o princípio do juiz natural. *Boletim do IBCCRIM*. a. 24. n. 282. mai. 2016. Disponível em: <[https://www.academia.edu/37955704/A\\_designa%C3%A7%C3%A3o\\_espec%C3%ADfica\\_de\\_Magistrado\\_para\\_a\\_condu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_a%C3%A7%C3%A3o\\_penal\\_e\\_o\\_princ%C3%ADpio\\_do\\_juiz\\_natural](https://www.academia.edu/37955704/A_designa%C3%A7%C3%A3o_espec%C3%ADfica_de_Magistrado_para_a_condu%C3%A7%C3%A3o_de_a%C3%A7%C3%A3o_penal_e_o_princ%C3%ADpio_do_juiz_natural)>. Acesso em: 10. mar. 2019).

judiciária e a figura do Juiz de Cooperação<sup>29</sup> com a finalidade de dar maior fluidez à comunicação entre os órgãos judiciários para cumprimento dos atos judiciais e agilidade nos procedimentos forenses.

Afinado com essa diretriz, o Código de Processo Civil de 2015<sup>30</sup> estabeleceu o dever de recíproca cooperação em todas as instâncias e graus de jurisdição, por meio de seus magistrados e servidores, reproduzindo parte da referida Recomendação nº 38 do CNJ. Inovou ao prever que a cooperação judiciária nacional pode ocorrer de duas formas: i) por solicitação, como já era previsto no CPC de 1973; ou ii) por concertação. A cooperação, portanto, é gênero que se implementa por uma dessas duas formas. Os instrumentos para ambos são atípicos; o rol trazido pelo CPC é meramente exemplificativo.

Antes do CPC de 2015, a cooperação entre juízes ocorria apenas por solicitação através das cartas precatórias, rogatórias e de ordem. As cartas eram consideradas gênero e não espécie, elas eram a única forma de cooperação nacional. Tratava-se de instrumento típico de cooperação cujo conteúdo era atípico.

Com o CPC de 2015, a cooperação judiciária passou a ser gênero da qual acarta é espécie.<sup>31</sup> Não obstante a colaboração já existisse de certo modo nos procedimentos das cartas e atos que se cumprem fora da comarca de origem do litígio, com a nova

---

29. O juiz de cooperação é espécie de gestor da cooperação entre órgãos jurisdicionais, o que o aproxima da figura da autoridade central prevista para a cooperação internacional. O art. 7º da Recomendação nº 38 de 2011 do CNJ traz os deveres específicos dos juízes de cooperação: “Art. 7º. O Juiz de Cooperação tem por deveres específicos: I – fornecer todas as informações necessárias a permitir a elaboração eficaz de pedido de cooperação judiciária, bem como estabelecer os contatos diretos mais adequados; II – identificar soluções para os problemas que possam surgir no processamento de pedido de cooperação judiciária; III – facilitar a coordenação do tratamento dos pedidos de cooperação judiciária no âmbito do respectivo Tribunal; IV – participar das reuniões convocadas pela Corregedoria de Justiça, pelo Conselho Nacional de Justiça ou, de comum acordo, pelos juízes cooperantes; V – participar das comissões de planejamento estratégico dos tribunais; VI – promover a integração de outros sujeitos do processo à rede de cooperação; VII – intermediar o concerto de atos entre juízes cooperantes. § 1º Sempre que um juiz de cooperação receber, de outro membro da rede, pedido de informação a que não possa dar o seguimento, deverá comunicá-lo ao magistrado de cooperação ou ao membro da rede mais próximo para fazê-lo. § 2º O Juiz de Cooperação deve prestar toda a assistência para contatos ulteriores”.

30. Não há correspondência legislativa ao art. 67 no Código de Processo Civil de 1973.

31. Em debate no grupo “Cooperação Judicial” do X Fórum Permanente de Processualistas Civis, surgiu a questão relativa à subsidiariedade do uso das cartas precatórias no novo quadro das cartas precatórias. Para Fredie Didier Júnior, participante do debate, as cartas passaram a ser um instrumento de cooperação judiciária de utilização subsidiária por ser o novo sistema revolucionário ao instituir regras casuísticas de concretização do princípio da eficiência devendo ser utilizados meios mais céleres e efetivos em detrimento das cartas. Já Antônio do Passo Cabral se manifestou no sentido de que a utilização das cartas precatórias não precisa ser subsidiária; pode ser utilizada por adequação, sendo interessante e mais efetivo o seu uso, pois os servidores já estão adaptados, já conhecem a sua aplicação no sistema eletrônico (com o manuseio de códigos internos do sistema) e o CPC já regulamenta detalhadamente o seu conteúdo.

previsão seu âmbito de aplicação foi significativamente ampliado.<sup>32</sup> Há agora a previsão de outras formas de cooperação além da carta precatória, como o pedido de auxílio direto e a prestação de informações.

Tudo o que o CPC dispõe como efeito do uso da carta precatória pode ser aplicado às outras formas de cooperação. Um exemplo pode esclarecer a afirmação.

O art. 377 do CPC dispõe que a carta precatória, a carta rogatória e o auxílio direto suspenderão o julgamento da causa quando a sentença de mérito tiver de ser proferida após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova requisitada a outro juízo, na hipótese de a prova neles solicitadas ser imprescindível. Não há razão de ser na restrição da regra à espécie carta precatória quando pode e deve ser aplicada ao gênero cooperação judiciária. Qualquer meio de cooperação judiciária cujo objeto seja a verificação de determinado fato ou a produção de determinada prova deve produzir o efeito da suspensão do processo quando a prova nele solicitada for imprescindível à resolução da lide<sup>33</sup>.

O tema da cooperação judiciária nacional se coaduna com a ideia de que o Poder Judiciário, apesar das distinções decorrentes de competências, de graus de jurisdição e afins, é uno, tornando necessária a cooperação entre os órgãos jurisdicionais, por iniciativa oficial independentemente de requerimento das partes e de forma pré-fixada<sup>34</sup>. Reflete também o forte contexto colaborativo do Código de Processo Civil de 2015.

O art. 67 do CPC traz um desdobramento do princípio da cooperação adotado expressamente pelo art. 6º do código e fundamenta a construção de técnicas processuais para a concretização do princípio da efetividade e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Em diversas passagens, o Código de Processo Civil faz referência à cooperação de modo que não poderia excluir a colaboração entre os próprios órgãos do Judiciário. O modelo cooperativo é o mais adequado ao regime democrático e à realização do devido processo legal. Redesenha o princípio do contraditório para incluir o juiz no diálogo processual, não apenas como expectador e autoridade, mas como parte, possibilitando o aprimoramento da decisão judicial.<sup>35</sup>

Os princípios que embasam o Processo Civil brasileiro, portanto, autorizam que o procedimento formal ceda em prol de outros meios de cooperação mais simples

32. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 406.

33. Enunciado nº 695 aprovado no X Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A suspensão do julgamento da causa de que trata o art. 377 do CPC é aplicável ao requerimento de produção de prova ou de verificação de determinado fato veiculado por qualquer meio de cooperação judiciária.”

34. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 149.

35. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 124.

para que a finalidade do ato seja atingida de modo mais eficiente.<sup>36</sup> A dispensa de forma específica não significa a completa dispensa de forma<sup>37</sup> – uma forma há de ser eleita dentre aquelas previstas no CPC, não importando se física, se telefônica ou por videoconferência –, devendo o ato ser minimamente registrado nos autos em respeito ao princípio da publicidade dos atos processuais.<sup>38</sup>

A cooperação pode ocorrer no âmbito dos processos penais, administrativos, eleitorais e trabalhistas<sup>39</sup> e ter natureza jurisdicional ou administrativa.<sup>40</sup> Qualquer providência poderá ser objeto de pedido de cooperação direta entre órgãos jurisdicionais.<sup>41</sup> Essa é a beleza da norma: a flexibilidade, a atipicidade, que permite seu manuseio livre pelo órgão jurisdicional para se adequar as necessidades de cada caso concreto.<sup>42</sup>

É preciso, contudo, pensar em meios para implementar a cooperação nacional, criar estruturas e via de contato aberta entre os diversos órgãos do Poder Judiciário para que o diálogo entre eles seja amplo e efetivo.<sup>43</sup> De nada adianta estabelecer que os órgãos judiciais devam cooperar entre si e não criar instrumentos para que os juízos tomem conhecimento das ações coletivas, das execuções contra grandes devedores

36. LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018. p. 162.
37. Enunciado nº 687 do X FPPC – (art. 69) A dispensa legal de forma específica para os atos de cooperação judiciária não afasta o dever de sua documentação nos autos do processo.
38. LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018. p. 151.
39. Sobre o tema, confira o teor dos enunciados 35 e 38 do 1º Fórum Nacional do Processo do Trabalho, respectivamente: “CLT, ART. 769 E NCPC: ART. 67. COOPERAÇÃO JUDICIAL. Os preceitos da cooperação nacional são compatíveis com os princípios do processo do trabalho”; “CLT, ART. 769 E NCPC, ARTS. 67, 68, 69 E § 2º. COOPERAÇÃO ENTRE ÓRGÃOS. A cooperação judiciária entre órgãos judiciários, no âmbito dos respectivos Tribunais, regiões ou comarcas, prevista no art. 67 do NCPC compreende: a) a cooperação para a prática de atos processuais (arts. 68 e 69); b) a cooperação destinada à concentração de atos de gestão judiciária e de administração de justiça entre órgãos judiciais concernentes à harmonização, racionalização e agilização de rotinas, procedimentos e práticas comuns (art. 1º, I, Recomendação 38, CNJ); c) a cooperação para a gestão coletiva de conflitos e a formulação de políticas jurisdicionais, de gestão judiciária e de administração da justiça (art. 9º, anexo da Recomendação nº 38, CNJ)”.
40. FPPC Recife (2018), Grupo “Competência e cooperação judiciária nacional”, Enunciado 670: “A cooperação judiciária pode efetivar-se pela prática de atos de natureza administrativa ou jurisdicional”.
41. Os atos cuja prática deve se dar, como regra, por carta precatória também podem ser objeto da técnica da concertação.
42. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 152.
43. AVELINO, Murilo Teixeira. Breves Comentários à Cooperação Nacional no Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 8. Recife: 2015. pp. 187-196. p. 2.

para que o juízo e suas secretarias deixem o automatismo e adotem, em cada processo, medidas de cooperação de forma simples, fácil e rápida.<sup>44</sup>

#### 4.1. “Multidistrict litigation”: a criação americana de um painel para decidir se e como os casos serão transferidos para produção de atos em conjunto

A cooperação judiciária nacional encontra forte inspiração no Direito norte-americano. Na gestão de casos judiciais com questões comuns de fato, o direito americano apresenta diversas ferramentas como forma de otimizar a prestação jurisdicional e com isso alcançar eficiência na gestão processual. Dentre elas, destaca-se o “multidistrict litigation”, que reúne processos em trâmite perante juízos federais distintos para a produção de provas em um único juízo, quando for comum a todos os casos.<sup>45</sup>

Em 1968, os Estados Unidos adotaram o “MDL Act” com a finalidade de atribuir ao Judiciário o Poder de gerir de forma centralizada alguns procedimentos garantindo uma conduta justa e eficiente, minimizando a possibilidade de decisões conflituosas ou duplicadas em casos com questões de fato em comum. O “MDL Act” incorpora três mecanismos para alcançar a consolidação nacional e coordenar os casos de processo civil federal: i) criação de um painel para decidir se e como os casos serão transferidos para produção de atos em conjunto; ii) fixação de critérios amplos para definição das hipóteses de transferência de casos; iii) e, autorização aos integrantes do painel para selecionar qual dos distritos com seu respectivo juiz será designado para a prática do ato.<sup>46</sup> Há, portanto, o estabelecimento de critérios objetivos para a alteração de

44. Todos os pedidos de cooperação judiciária serão encaminhados, diretamente, ou por meio do Juiz de Cooperação. Ainda assim é preciso estimular os atos de cooperação com um setor de inteligência que dispare mensagem para todos os juizes acerca das medidas que podem ser implementadas, das ações executivas contra grandes devedores, das demandas repetitivas que tramitam em determinado juízo, ou da demanda de interesse coletivo aonde será melhor produzida a prova em determinado processo.

45. O *multidistrict litigation* surgiu como solução ao caso *Electrical Equipment Antitrust Litigation*, de 1961, em que uma média de 2000 processos foram ajuizados contra fabricantes de equipamentos eletrônicos em razão de danos causados aos usuários, tornando necessária a busca de alternativas que viabilizassem a prestação jurisdicional adequada e evitassem os enormes transtornos que seriam causados à administração da justiça com o julgamento individualizado de todos os casos. Alguns procedimentos foram realizados com sucesso a partir da colaboração dos juízos dos diversos distritos em que tramitavam as demandas, revelando a necessidade de criação de um procedimento formal para disciplinar situações futuras. (CECIL, Joe S.; LEE, Emery G.; NAGAREDA, Richard A.; SCOTT, Kevin M.; WILLGING, Thomas E.; WILLIAMS, Margaret S. *The Expanding Role of Multidistrict Consolidation in Federal Civil Litigation: An Empirical Investigation*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1443375](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443375)>. Acesso em: 27. out. 2018. p. 2).

46. CECIL, Joe S.; LEE, Emery G.; NAGAREDA, Richard A.; SCOTT, Kevin M.; WILLGING, Thomas E.; WILLIAMS, Margaret S. *The Expanding Role of Multidistrict Consolidation in Federal Civil Litigation: An Empirical Investigation*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1443375](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443375)>. Acesso em: 27. out. 2018. p. 02.

competência para a prática de atos processuais, o que, no fundo, demonstra uma preocupação em preservar direitos fundamentais das partes com a aplicação de regras objetivas, pré-definidas e imparciais.

De acordo com o procedimento estabelecido pelo “MDL Act”, após a prática do ato processual de forma centralizada, o processo deve retornar ao juízo de origem para julgamento. Ao julgar o caso *Lexecon Inc. v. Milberg*, em 1998, a Suprema Corte americana concluiu pela obrigação do Painel reenviar as ações ao distrito original na conclusão – ou até antes dela – dos procedimentos de pré-julgamento. Entendeu-se que a Lei do *Multidistrict Litigation* não autoriza a designação de uma transferência de casos para si mesmo para julgamento, retirando a autoridade do juízo derivado para tanto.<sup>47</sup>

Em alguns casos, contudo, a devolução não se efetiva, pois é celebrado acordo entre as partes antes, o que demonstra que o procedimento foi bem-sucedido. O *multidistrict litigation* é de aplicação plenamente viável no Judiciário brasileiro. Contribuirá para a eficiência do sistema de justiça<sup>48</sup> e pode aperfeiçoar a produção de provas e a prática de outros atos como saneamento da causa, oitiva de especialistas na matéria, realização de audiências públicas.<sup>49</sup>

No direito brasileiro, é possível adotar um sistema semelhante ao *multidistrict litigation*, com base nas ferramentas trazidas pelos arts. 67 a 69 do CPC de 2015. Os dispositivos viabilizam atos cooperativos voltados à gestão de um conjunto de processos judiciais com a produção coletiva de provas, reunião de processos repetitivos, prática conjunta de atos de citação e intimação. São medidas que materializam o princípio da eficiência na gestão processual e resguardam, ao mesmo tempo, garantias

- 
47. “Justice Souter delivered the opinion of the Court. † Title 28 U. S. C. § 1407(a) authorizes the Judicial Panel on Multidistrict Litigation to transfer civil actions with common issues of fact “to any district for coordinated or consolidated pretrial proceedings,” but imposes a duty on the Panel to remand any such action to the original district “at or before the conclusion of such pretrial proceedings.” (CECIL, Joe S.; LEE, Emery G.; NAGAREDA, Richard A.; SCOTT, Kevin M.; WILLGING, Thomas E.; WILLIAMS, Margaret S. *The Expanding Role of Multidistrict Consolidation in Federal Civil Litigation: An Empirical Investigation*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1443375](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443375)>. Acesso em: 27. out. 2018. p. 2.). The issue here is whether a district court conducting such “pretrial proceedings” may invoke § 1404(a) to assign a transferred case to itself for trial. We hold it has no such authority (*Lexecon Inc. v. Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach. Opinion of the Court*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/523/26/case.pdf>>. Acesso em: 27. out. 2018. p. 28).
48. LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018. p. 79.
49. Daremos um passo além da jurisprudência americana se admitirmos em alguns casos a redefinição do juízo competente para julgamento, com base no art. 69, § 2º do CPC de 2015, quando a medida se revelar mais eficiente, sem violação da parcialidade do julgador e dos direitos fundamentais das partes.

constitucionais como o direito fundamental à prova e ao contraditório, ou mesmo ao juiz natural.”<sup>50</sup>

#### **4.2. A cooperação judiciária por solicitação: a superação da burocrática carta precatória como único meio de cooperação judicial**

O art. 68 do CPC de 2015 prevê que os juízos podem formular pedido de cooperação para a prática de qualquer ato processual. A redação genérica do dispositivo indica que a cooperação pode ocorrer por qualquer forma necessária a melhor prestação jurisdicional,<sup>51</sup> cabendo aos juízos cooperantes definir os meios tais como envio de pedido por mensagem eletrônica (e-mail), ofício, etc. e não apenas por carta precatória e carta de ordem fisicamente considerada como ocorria de forma generalizada na vigência do CPC de 1973.<sup>52</sup>

O art. 69 do CPC de 2015 prevê as formas pelas quais o pedido de cooperação jurisdicional pode ser executado, deixando também espaço para que a execução se dê por outros meios não previamente previstos pelo legislador. Estabelece duas importantes características acerca do dever de colaboração: celeridade e ausência de forma pré-fixada, o que se conecta com o desejo de celeridade no atendimento ao pleito de cooperação.<sup>53</sup> Traz como exemplo de formas possíveis, o auxílio direto, a reunião ou apensamento de processos e a prestação de informações.

O auxílio direto pode ser entendido como o ato executado pelos órgãos do Poder Judiciário sem maior formalidade legal ou juízo de delibação, a exemplo do que ocorre na esfera da cooperação internacional<sup>54</sup> e da reunião ou apensamento de processos.

A reunião ou apensamento de processos que versem sobre uma mesma questão de fato ou de direito, em um mesmo juízo, possibilita solução mais célere, isonômica e qualificada dos casos pela participação democrática de mais sujeitos na formação do

50. LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do *multidistrict litigation* no sistema brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 38.

51. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 406.

52. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 149.

53. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150.

54. MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*. v. 249. nov. 2015. pp. 59- 80. p. 4.

processo. Gera também economia na produção de provas, distribuindo-se também o ônus financeiro entre todos os interessados e evitando a repetição de atos.<sup>55</sup>

A prestação de informações pode se dar em relação a processos que tramitam no juízo requerido ou a recursos pendentes nos tribunais, resultando na maior fluidez, na solução de questões que dependem de informações de outros juízos.<sup>56</sup>

A quarta hipótese trazida pelo art. 69 do CPC de ato de cooperação judicial é o ato concertado entre juízes cooperantes ao qual se dedicará capítulo próprio pelos motivos já expostos na introdução desse artigo.

## **5. A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA POR ATO CONCERTADO ENTRE JUÍZES (ART. 69, § 2º DO CPC): ESBOÇO DE UMA TEORIA PARA O DIREITO BRASILEIRO**

O ato concertado entre juízes cooperantes é técnica voltada à concretização do direito fundamental a um processo efetivo.<sup>57</sup> Trata-se de acordo atípico entre dois ou mais juízes para regulamentar uma relação permanente entre os juízos cooperantes, autorizando a alteração da competência para a prática de determinados atos, em prol da eficiência na administração judiciária.<sup>58</sup> Serve a racionalização da atividade jurisdicional, especialmente no contexto da litigância complexa, por possibilitar a coordenação de

---

55. AVELINO, Murilo Teixeira. Breves Comentários à Cooperação Nacional no Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 8. Recife. 2015. pp. 187-196. p. 7.

56. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 408.

57. “Embora se tratem de técnicas louváveis sob vários aspectos, uma crítica inicial deve ser formulada. A cooperação de atos pressupõe maior liberdade na prática dos atos processuais, de forma a contribuir com a efetividade e a eficiência, como já se disse. Essa liberdade se reflete nos próprios dispositivos do Código, que não preveem regras procedimentais pré-determinadas para sua realização. O próprio art. 69 afirma que a prática dos atos de cooperação “prescinde de forma específica”. Em geral, assim como ocorre com os demais atos cooperativos, a melhor forma de concertação dos atos será indubitavelmente a eletrônica. Ao mesmo tempo, o art. 69, §3º prevê que o “pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário”. Não há dúvidas de que a prática de atos cooperativos de qualquer natureza afeta questões de competência, principalmente quando se trata de concertação de atos para a centralização de processos repetitivos (art. 69, VI). Também pode haver impactos na competência quando se trata de produção de prova que enseje reunião de demandas, com fundamento no inciso II do art. 69. A solução para os conflitos de competência que poderão surgir da aplicação dessas hipóteses não está posta no Código. Talvez porque, de fato, não se pensou em práticas predeterminadas, oferecendo o legislador um espaço de liberdade para uma atuação adequada dos sujeitos processuais sob o ponto de vista da efetividade do processo e da eficiência da Jurisdição. À efetividade dessas medidas, porém, seria fundamental a previsão de uma maior flexibilidade nas regras de competência. Afinal, havendo a necessidade de reunião de demandas, será mesmo que a prevenção é o melhor critério para a definição do juízo” (LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018. p. 162).

58. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 408. pp. 408-409.

procedimentos tendentes a impedir a repetição de atos desnecessários e a prolação de decisões divergentes.<sup>59</sup>

As regras acerca dos atos de concertação não são prévias, podem ser criadas caso a caso para gerar eficiência para o processo e para a gestão judiciária. São atípicos e podem decorrer de acordo entre órgãos do próprio judiciário, entre órgãos do poder judiciário e o juízo arbitral ou ainda entre órgãos do Poder Judiciário e órgãos administrativos.<sup>60</sup> A eficiência une uma perspectiva microprocessual, voltada à solução ótima de cada processo, a uma maior efetividade do funcionamento do judiciário de modo que a economia interna de cada processo se projeta em todo o sistema.<sup>61</sup>

### **5.1. Natureza jurídica dos atos concertados entre juízes cooperantes: o ato concertado como negócio jurídico processual**

Ainda não há muitos estudos acerca da natureza jurídica dos atos concertados entre juízes cooperantes. A doutrina não se debruçou sobre o tema.<sup>62</sup>

A nosso ver, o ato concertado parece se enquadrar perfeitamente na categoria dos negócios jurídicos processuais:<sup>63</sup> são convenções entre juízes a respeito do procedimento judicial ou da gestão de processos, celebradas de forma atípica, sem depender de uma específica previsão legal. Atribui-se liberdade aos magistrados para, de forma fundamentada, objetiva e imparcial, modular o processo judicial com vistas a concretizar o princípio da eficiência.

59. FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Tese apresentada para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Pernambuco. Recife, 2019. p. 147.

60. Sobre o tema, foi proposto pelo Grupo “Cooperação Judiciária” o seguinte enunciado vetado na plenária do evento: (arts. 67 a 69 e 15): “Os instrumentos de cooperação judiciária podem ser utilizados por órgãos administrativos. Justificativa: a sistemática da cooperação judiciária não se restringe os órgãos jurisdicionais, apresentando idêntica relevância para a atuação colaborativa de órgãos administrativos, tais como Tribunais de Contas, COAF, CADE, CARF, CVM, TJD, Tribunal Marítimo, etc”.

61. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 261.

62. Em pesquisa, encontramos apenas a tese de dissertação defendida nesse ano de Maria Gabriela Silva Campos Ferreira (*O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Tese apresentada para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Pernambuco. Recife, 2019).

63. Em sentido contrário, Antônio do Passo Cabral entende que o ato concertado tem natureza de ato conjunto porque o Estado-juiz não dispõe de interesses próprios e não tem capacidade negocial; nada que os juízes negociariam lhes pertence (posicionamento manifestado pelo autor em discussão no Grupo “Cooperação Judicial” do X Fórum Permanente de Processualistas Cíveis em Brasília).

Para fundamentar a opção adotada, é necessária uma breve incursão pela tipologia dos fatos jurídicos e pelos negócios jurídicos processuais.

O fato jurídico é o fato sobre o qual incidiu a regra jurídica podendo produzir efeitos.<sup>64</sup> Os fatos jurídicos em sentido amplo podem ser fatos da natureza ou atos humanos, que exteriorizam uma vontade. Quando a incidência da norma ocorre sobre a manifestação da vontade humana, ela passa a ostentar a categoria de ato jurídico, que poderá ser classificado como ato-fato, ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico.

Os atos-fatos são aqueles nos quais não há vontade ou não se leva em consideração seu conteúdo; nos atos jurídicos em sentido estrito, a manifestação da vontade integra o suporte fático da norma de incidência, mas só se destina à prática do ato, não se voltando a escolha dos seus efeitos.<sup>65</sup> Já os negócios jurídicos são atos jurídicos cuja vontade dos sujeitos integra o suporte fático se dirigindo tanto a prática do ato quanto aos seus efeitos, com poder de autorregramento;<sup>66</sup> há poder de escolha da categoria jurídica e da estruturação do conteúdo eficaz.<sup>67</sup>

O negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou o procedimento.<sup>68</sup> Sob esse ponto de vista, é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais.<sup>69</sup>

64. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 77.

65. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 239-240.

66. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 98.

67. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*: 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 245.

68. Eduardo Talamini registra a discussão havida por muito tempo acerca da própria existência de negócios jurídicos processuais: sustentava-se que a vontade do sujeito seria relevante para a definição de conteúdo e efeitos materiais, mas o efeito processual seria pré-fixado em lei; existiriam, portanto, apenas atos jurídicos processuais em sentido estrito, condutas voluntárias e preordenadas a um fim sem que fosse possível qualquer intervenção sobre o seu conteúdo no exercício da autonomia da vontade. O autor esclarece que essa concepção já foi superada pelo entendimento que admite negócios processuais como manifestações de vontade que têm por escopo a produção de específicos efeitos processuais como fruto da vontade dos sujeitos que o celebram, tanto em seu conteúdo quanto em seus efeitos. (TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu*: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <[https://www.academia.edu/17136701/Um\\_processo\\_pra\\_chamar\\_de\\_seu\\_nota\\_sobre\\_os\\_neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_2015\\_](https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015_)>. Acesso em: 26 out. 2018. pp. 1-2 ).

69. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual civil*. v. 1. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 25.

O caput do art. 190 do CPC de 2015 trouxe uma cláusula geral de negociação processual, que materializa o princípio de respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo.<sup>70</sup> No quadro atual do processo civil, o consenso se consagrou em detrimento da autoridade, a lei perdeu força em prol do acordo como instrumento de produção normativa.<sup>71</sup> A regra processual deixou de ser vista sob uma perspectiva meramente legal porque pode também ser negocial, resultado da cooperação.

O negócio processual pode ter por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, deveres e poderes e até o próprio ato processual redefinindo a forma ou ordem de encadeamento dos atos processuais. Não recai sobre o objeto litigioso, mas sobre o processo, alterando suas regras pré-definidas,<sup>72</sup> possibilitando a adaptabilidade e flexibilização procedimental pelo magistrado na condução de cada demanda.

---

70. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. a. 1. v. 1. abr.-jun. 2016. pp. 64-65.

71. Leonardo Carneiro da Cunha explica que o negócio jurídico consistiria numa declaração de vontade voltada a produzir efeitos jurídicos, enquanto o ato jurídico em sentido estrito decorreria de uma mera manifestação de vontade, com vistas a obter efeitos jurídicos já estabelecidos em lei. Os efeitos jurídicos, no negócio jurídico, resultariam da vontade, ao passo que, no ato jurídico, os efeitos estariam estabelecidos em lei, não decorrendo da vontade. Por outro lado, há quem considere o negócio jurídico como uma norma negocial, elaborada pelos sujeitos de direito. E há, ainda, quem diga que os efeitos jurídicos não decorrem da vontade, nem mesmo nos negócios jurídicos. Os efeitos decorrem da lei, que prevê, em sua hipótese de incidência ou em seu suporte fático, a prática de um ato negocial para que aqueles efeitos sejam produzidos: trata-se de um ato de autorregulação, que o ordenamento associa à constituição, modificação e extinção de situações jurídicas. O negócio jurídico destaca-se por implicar a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação. Os efeitos estão previstos em lei, somente sendo desencadeados se celebrado o negócio jurídico. Há negócios que produzem efeitos impostos pela lei que não podem ser afastados pela vontade, mas isso não desqualifica o ato como negocial (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <[https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro)>. Acesso em: 26 out. 2018. p. 4). Esclarece também Marcos Bernardes de Mello, o sistema jurídico, ao estabelecer o conteúdo das relações jurídicas, pode: (a) regulá-lo exaustivamente, em caráter cogente, não deixando à vontade qualquer margem, ou (b) permitir que a vontade negocial escolha, dentre as espécies, variações quanto à sua irradiação e a intensidade de cada uma. Na hipótese “a”, deixa-se livre à vontade somente a escolha da categoria negocial, sem autorização quanto à estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica respectiva. Em “b”, admite-se a escolha da categoria negocial e concede-se o poder de estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica, cuja amplitude é variável. Não se permite, em nenhuma hipótese, a criação voluntária de efeitos que não estejam previstos ou, ao menos, admitidos pelo sistema (*Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 225.).

72. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. a. 1. v. 1. abr.-jun. 2016. p. 65.

A doutrina prevê para o exercício da liberdade negocial no processo a necessidade de preenchimento de determinados requisitos, subjetivos e objetivos.<sup>73</sup> Resta analisar a adequação de cada um desses requisitos aos atos concertados entre juízes cooperantes.

Dentre os pressupostos subjetivos, exige-se que o sujeito tenha personalidade jurídica e capacidade para o exercício de direitos. Essa questão poderia ser vista como um problema para o enquadramento dos atos de concertação como negócios jurídicos processuais, pois os juízes não têm personalidade jurídica enquanto órgão do Poder Judiciário. Todavia, não vemos restrição para que lhe seja atribuída capacidade jurídica – como também se atribui aos órgãos legislativos para defesa de suas prerrogativas; afinal, há hipóteses legais de negócios processuais plurilaterais típicos envolvendo o juiz, de modo que essa possibilidade não seria estranha.<sup>74</sup> Como exemplo, cita-se o calendário processual e a possibilidade de o Ministério Público celebrar negócios processuais, na condição de parte, no termo de ajustamento de conduta.<sup>75</sup>

73. TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/17136701/Um\\_processo\\_pra\\_chamar\\_de\\_seu\\_nota\\_sobre\\_os\\_neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_2015\\_](https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015_)>. Acesso em: 26 out. 2018. pp. 3-4.
74. Nesse sentido, posiciona-se: AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2018; COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016; DIDIER JR., Fredie. Negócios processuais atípicos no código de processo civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. v. 1. abr.-jun. 2016; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018; TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>>. Acesso em: 01 abr. 2019. p. 11. Em sentido contrário: CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm. p. 223.
75. Fredie Didier Jr. defende que embora o caput do art. 190 do CPC de 2015 mencione apenas os negócios jurídicos processuais atípicos celebrados pelas partes, não há razão alguma para não se permitir negociação processual atípica que inclua o órgão jurisdicional. Como reforço a tese da possibilidade de juízes celebrarem acordos processos. (DIDIER JR., Fredie. Negócios processuais atípicos no código de processo civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. v. 1. abr.-jun. 2016. p. 68). De igual modo, mas sem tratar especificamente dos negócios processuais celebrados entre magistrados, Eduardo Talamini também sustenta que existem hipóteses específicas em que entes orgânicos (internos a outras estruturas coletivas), aos quais não se confere autonomia no plano jurídico material são admitidos como parte no processo judicial (TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/17136701/Um\\_processo\\_pra\\_chamar\\_de\\_seu\\_nota\\_sobre\\_os\\_neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_2015\\_](https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015_)>. Acesso em: 26 out. 2018. p. 4). Em sentido contrário a possibilidade de o juiz ser considerado sujeito de uma convenção processual, posiciona-se Antônio do Passo Cabral (*Convenções processuais entre publicismo e privatismo*. Tese de livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, 2015. pp. 236-239); Flávio Luiz Yarshell

O termo “partes” de que trata o artigo 190 deve contemplar todos os sujeitos processuais – não apenas as partes em sentido estrito como também o juiz, os membros do Ministério Público, as testemunhas e o perito.<sup>76</sup> Embora se diga que o juiz não é titular do interesse jurídico em jogo,<sup>77</sup> ele tem o dever de bem conduzir o processo, adequando seu procedimento, para que atinja seu fim da forma mais eficiente possível. O juiz é o titular da competência e tem interesse na solução mais eficiente do processo, titulariza esse interesse jurídico. As próprias partes (em sentido estrito) não tratam de situações jurídicas próprias quando negociam sobre o procedimento.<sup>78</sup>

Afasta-se, assim, um primeiro obstáculo à classificação dos atos concertados na categoria do acordo processual.

Como pressupostos objetivos, a doutrina sustenta que a negociação atípica somente pode realizar-se: i) em causas que admitam solução por autocomposição, pois a negociação sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa; ii) se o objeto for lícito e dentro dos contornos legais – Fredie Didier Jr. esclarece que somente a competência relativa pode ser negociada pelas partes;<sup>79</sup> iii) quando a matéria não for de reserva legal; iv) e desde que não afaste regra que sirva à proteção de direitos indisponíveis.<sup>80</sup> Esses requisitos também são preenchidos no caso.

Os atos concertados não são fatos jurídicos em sentido estrito já que não decorrem de fato da natureza, mas de ato humano. Tampouco podem ser enquadrados como ato-fato, ato ilícito ou ato jurídico em sentido estrito, pois a vontade de praticar o ato integra seu suporte de incidência, há margem de escolha da categoria jurídica e há

---

(Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 79).

76. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Juspodivm, 2017. pp. 201-202.
77. Antônio do Passo Cabral não admite a possibilidade de o juiz ser parte de negócios processuais por entender que o Estado-juiz não tem capacidade negocial, pois não pode tomar parte de algum interesse e qualquer manifestação de vontade seria não livre, comprometida ainda pela sua função de controle sobre a validade das convenções entre as partes (*Convenções processuais entre publicismo e privatisimo*. Tese de livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, 2015. pp. 222-225).
78. Maria Gabriela Ferreira esclarece que há situações titularizadas pelos juízes que admitem disponibilidade como o próprio exercício da competência, compreendida como legitimidade (*O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Tese apresentada para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Pernambuco. Recife, 2019. p. 141).
79. Há expressa permissão de acordo sobre competência relativa e acordo sobre foro de eleição no NCPC (DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. v. 1. a. 1. abr.-jun. 2016. p. 67).
80. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. v. 1. a. 1. abr.-jun. 2016. p. 76. O autor esclarece que o direito pode ser indisponível, mas admitir autocomposição como ocorre com os direitos coletivos e o direito aos alimentos.

previsão no ordenamento jurídico. Como há vontade na prática do ato e na escolha de seus efeitos (citação de partes, produção de provas), os juízes possuem capacidade negocial e o objeto é lícito – observados certos limites –, o ato concertado entre juízes cooperantes se classifica perfeitamente como negócio jurídico processual.<sup>81</sup>

## 5.2. O papel das partes no ato concertado entre juízes

### 5.2.1. Os atos concertados e a participação das partes

Como corolário do modelo cooperativo, o ato de cooperação deve observar os deveres processuais que dele decorrem, sobretudo o dever de esclarecimento e consulta. O primeiro impõe o dever do órgão jurisdicional de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes. O segundo, o dever de consultar as partes sobre questão não suscitada no processo – como é o caso do ato concertado – antes de decidir. O dever de consulta está previsto no art. 10 do CPC.

Antes de realizar a concertação, portanto, o juiz deverá oportunizar a manifestação das partes, salvo quando o ato tenha por objeto atividade administrativa de gestão judiciária como a citação ou intimação de partes e a prestação de informações.<sup>82</sup> Os argumentos das partes deverão ser sopesados antes da decisão. Mas sem justificativa plausível, não haverá razão para se impedir a prática de ato de cooperação. A anuência das partes é dispensável para a concertação entre juízes. Segundo Maria Gabriela Ferreira, ao concertarem o ato processual, os juízes não dispõem de situações processuais relativas às partes, mas próprias do órgão jurisdicional.<sup>83</sup>

O juiz deve dialogar com as partes no processo construtivo da cooperação judicial. Quanto mais se oportunizar a participação, maior a capacidade de êxito no modelo cooperativo.<sup>84</sup> A comunidade jurídica pode contribuir por meio de audiências públicas, manifestação em listas de abaixo assinado para as decisões administrativas de alocação de recursos e distribuição de competências para julgamento, para produção de provas, para cumprimento de tutelas de urgência e execução de grandes devedores. A OAB, o Ministério Público e a Defensoria Pública também poderão ser consultados. A

81. No mesmo sentido: FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Tese apresentada para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Pernambuco. Recife, 2019. p. 145.

82. Edilton Meireles aponta que a depender da condição econômica da parte, o deslocamento de competência pode resultar em obstáculo de acesso à Justiça, pois dificilmente uma pessoa carente poderá acompanhar seu processo em localidade distante daquela onde reside (MEIRELES, Edilton. *Cooperação judiciária nacional*. *Revista de Processo*. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80. p. 66).

83. FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Tese apresentada para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Pernambuco. Recife, 2019. p. 146.

84. A prática do ato de cooperação pode, inclusive, ser sugerida pelas partes ou por terceiros.

participação das partes no procedimento de definição da competência judicial respeita a essência do juiz natural e garante a controlabilidade do sistema.<sup>85</sup>

### 5.2.2. Os atos concertados e sua impugnação

O ato concertado entre juízes cooperantes regulamenta, como regra, uma relação permanente entre dois juízos, razão por que deverá ser formalizado por portaria ou outra forma geral e abstrata. Nesse caso, o recurso adequado para impugnar a sua realização será a reclamação correicional, cabível para corrigir erros, abusos e atos contrários à boa ordem processual e que importem em atentado a fórmulas legais de processo, quando para o caso não haja recurso ou outro meio processual específico.

Quando o ato concertado for praticado dentro de um processo específico, estando a ele vinculado, serão cabíveis os meios típicos de impugnação das decisões judiciais.

O CPC de 2015 restringiu a possibilidade de controle da competência. Estabeleceu rol taxativo de decisões interlocutórias agraváveis no art. 1.015, não incluindo nele as decisões acerca da competência judicial. A despeito disso, defendemos ser possível a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que alterar a competência para a prática de atos decisórios e instrutórios com base na cooperação entre juízes. Basta uma interpretação extensiva do art. 1.015, III do CPC que permite a impugnação das decisões que rejeitam convenção de arbitragem<sup>86</sup>, já que ambas as decisões tratam sobre competência.

Há ainda outro fundamento a autorizar a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que altera competência por ato de cooperação entre juízes. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, no dia 5 de dezembro de 2018, em sede de julgamento de recursos repetitivos, que o rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 tem taxatividade mitigada e admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Se a decisão decorrente de ato de cooperação alterar a competência, com risco de prejuízos a parte, inclusive em relação ao exercício da ampla defesa, haverá urgência. Não seria razoável aguardar toda a tramitação do

85. Antônio do Passo Cabral defende uma participação mais ampla possível no juízo de definição da competência, o que pode ocorrer por meio de *amicus curiae* e audiência pública (*Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 336).

86. Esse entendimento adota como base a tese de Fredie Didier Jr. de que cabe interpretação extensiva do art. 1.015, III do CPC de 2015 para impugnar as decisões interlocutórias sobre a competência (*Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 237).

processo para se definir sobre a competência com a possibilidade de anulação de todos os atos praticados.<sup>87</sup>

Assim, seja por interpretação extensiva do art. 1.015, III, CPC, seja em razão da urgência, entendemos cabível o agravo de instrumento contra decisão que, por ato de cooperação, versa sobre competência. A regra apenas não se aplicaria quando o ato tivesse por objeto atividade administrativa de gestão judiciária.

Em sentido contrário, Edilton Meireles entende que a decisão que determina a reunião de processos por ato de cooperação não é impugnável por agravo de instrumento, mas pode ser impugnada por apelação ao final da fase de conhecimento.<sup>88</sup>

Há ainda outros mecanismos de revisão: com base no art. 357, § 1º, CPC, as partes poderão pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes com a finalidade de estabelecer um tratamento adequado aos casos processados sob o regime de cooperação.

### 5.3. O objeto do ato concertado entre juízes cooperantes

Todas as funções do órgão julgador no processo pode ser objeto do ato concertado entre juízes cooperantes, sem que haja necessariamente violação ao princípio do juiz natural: a condução e instrução do processo, a produção de provas, o julgamento da ação e os atos executórios estão contempladas pelo parágrafo 2º do art. 69 do CPC<sup>89</sup>.

O Código de Processo Civil apresenta um rol exemplificativo de atos concertados cuja análise possibilita compreender a extensão do tema.

O inciso I do art. 69, §2º do CPC traz a possibilidade de a citação, intimação ou notificação ser executada por cooperação concertada. Trata-se de uma forma de substituição da carta precatória por outro meio mais efetivo,<sup>90</sup> racionalizando os

87. STJ, REsp 1.704.520, REsp 1.696.396, Relatora Ministra Nancy Andrichi. Cadastrado no sistema de repetitivos como Tema 988. Data de Julgamento: 05.12.2018.

88. MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80. No mesmo sentido, posicionou-se Alexandre Câmara Freitas no grupo “Cooperação Judicial” do X Fórum Permanente de Processualistas Cíveis em Brasília.

89. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 394. Antônio do Passo Cabral defende que a competência *ad actum* admite que se teste a competência adequada para cada ato a ser praticado.

90. Edilton Meireles cita como exemplo o autor que, não sabendo do endereço do demandado, tem conhecimento de que ele está presente em uma audiência que está sendo realizada em outro juízo, na mesma comarca, mas em outro Fórum, e pede para o juiz que proceda na intimação ou citação do réu de imediato, antes de sua “fuga” ou desaparecimento e o juiz da causa, até por via telefônica, solicita que aquele que preside a audiência faça a citação ou intimação no curso da audiência, considerando que o oficial de justiça pode demorar de chegar ao local para realizar a comunicação (especialmente nas grandes cidades) (MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80. p. 68).

recursos da administração judiciária quando for mais fácil para determinado juízo realizar os atos de comunicação. Os juízos cooperantes podem acordar que, em todos os processos de improbidade administrativa de competência da justiça federal, o juízo estadual do local de domicílio dos políticos réus realizará a notificação e intimação deles, após o envio da cópia da petição inicial por mensagem eletrônica, comunicando-se diretamente com o MPF por mensagem de “WhatsApp” para obtenção de novas informações de endereço e recolhimento de custas.

O art. 267, II, do CPC estabelece que o juízo deprecado deve recusar o cumprimento da carta precatória quando seja incompetente em razão da matéria ou da hierarquia. A regra não se aplica a cooperação judicial por atos concertados. A busca por eficiência autoriza a flexibilização das regras de competência sem que isto implique na violação do princípio do juiz natural e de seu núcleo duro.

Os incisos II a VII do art. 69, § 2º preveem como objeto do ato concertado entre juízes a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos, a efetivação de tutela provisória, de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas e para facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial, a centralização de processos repetitivos e a execução de decisão jurisdicional, esta última de especial importância para a efetividade das decisões judiciais.

A cooperação na fase executiva vem sendo adotado pela Justiça do Trabalho da Bahia, em Salvador, aonde são reunidas todas as demandas executivas contra grandes devedores que tramitam no Estado.<sup>91</sup> No ponto 2 deste artigo, concernente a eficiência processual, relatamos que o tempo médio de tramitação de um processo em fase de execução é de 7 anos e 9 meses, o que torna urgente o desenvolvimento casuístico dessas técnicas processuais voltadas à concretização do princípio da eficiência na execução.

A experiência é bem-sucedida: possibilita-se a adoção de um plano Especial de Pagamento Trabalhista – PEPT ao devedor, cujo objetivo é o pagamento parcelado do débito; realiza-se, se for o caso, um único ato de penhora e expropriação de bens para execuções vinculando-o a diversos processos que tramitavam em juízos da capital e do interior e agora passam a ser reunidos. Evita-se, assim, a realização de vários leilões, o “vai e vem” de cartas precatórias com a finalidade de esclarecer uma dúvida acerca do bem ou de sua localização e o prejuízo ao funcionamento da empresa devedora diante da prática descoordenada de diversos atos executórios.

---

91. A medida foi regulamentada pelo Provimento CGJT nº 01, de 09 de fevereiro de 2018: “ (...) Considerando que a centralização das execuções contra os grandes devedores encontra respaldo no art. 28, caput e parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, aplicado à espécie por força do art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como no princípio da cooperação jurisdicional previsto no artigo 69, inciso II, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil), emprestando celeridade e aperfeiçoamento à prestação jurisdicional;”.

Nenhum desses atos viola o juiz natural. Preserva-se seu núcleo essencial para atender as exigências de um processo mais eficiente, por meio da objetividade, impessoalidade e invariância na fixação da competência adequada a partir das peculiaridades do caso concreto.<sup>92</sup> Tudo sempre devidamente fundamentado para que seja possível o controle pelas partes e pelas instâncias superiores, resguardando-se o pleno exercício do contraditório pelas partes, o menor custo financeiro e tempo necessário para a decisão.

O princípio do juiz natural é respeitado quando o ato administrativo de cooperação entre diversos juízos é expedido pelo tribunal e convoca juízes de forma imparcial para atuar em determinados processos, com critérios objetivos de seleção. O princípio é também respeitado quando o ato é publicado e fundamentado para garantia da transparência.<sup>93</sup>

### 5.3.1. *Os atos concertados para produção de prova: demonstrando a utilidade prática do tema*

Os atos concertados entre juízes cooperantes podem se destinar a produção de provas, importante exemplo de como o instituto contribui para gerar mais eficiência na prestação jurisdicional. A coleta de informações; a produção de perícia técnica em local mais próximo aquele aonde ocorreram os fatos e até a colheita da prova testemunhal em um juízo único aonde seja mais fácil intimar as testemunhas torna mais célere o procedimento.

O princípio da oralidade e do juiz natural deve ser sopesado com o princípio da eficiência. A prova já não é produzida perante o juiz que sentencia o processo quando há férias, remoção, convocações ou mesmo quando a prova era produzida por carta precatória; por outro lado, o julgador poderá assistir a colheita do depoimento realizada por sistema de gravação audiovisual. É preciso ter em vista que o Poder Judiciário brasileiro apresenta uma das maiores taxas de congestionamento do mundo razão porque a técnica do art. 69, IV do CPC deve ser interpretada de forma mais ampla possível.

O processo civil deve ser encarado como uma comunidade de trabalho, regido pela ideia de cooperação, sendo dever do juiz cooperar com as partes para que o

---

92. PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o processo brasileiro: limites e possibilidade*. *Revista de Processo*. v. 279. pp. 381-415. mai. 2018. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34789893/O\\_forum\\_non\\_conveniens\\_e\\_o\\_processo\\_brasileiro\\_limites\\_e\\_possibilidade](https://www.academia.edu/34789893/O_forum_non_conveniens_e_o_processo_brasileiro_limites_e_possibilidade)>. Acesso em: 1. mar. 2019. p. 397.

93. Critérios extraídos a partir do estudo feito por Antônio do Passo Cabral de parâmetros para designações extraordinárias (*Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. pp. 338-339).

processo civil resulte em uma decisão justa, fruto de diálogo efetivo; o juiz tem o “dever de engajamento” no processo.<sup>94</sup> A colaboração viabiliza que o juiz atue de modo mais eficiente na gestão do processo e unifique a atividade instrutória como forma de reduzir custos, produzir decisão mais célere e qualificada. Não há sentido em produzir prova em cada processo com o mesmo objetivo se essa prova pode ser unificada e realizada em local que garanta maior contato do magistrado e do perito com os fatos. Não há, a princípio, qualquer prejuízo em delegar a produção da prova a apenas um magistrado no juízo mais adequado a sua produção para depois transportá-la para outros processos, sempre respeitado o contraditório no momento da sua realização.<sup>95</sup>

A definição do juízo competente para a produção da prova deverá ser fixado naquele juízo com mais facilidade para produzir a prova, que esteja mais próximo do local dos fatos, ou com acesso aos especialistas mais preparados, independentemente das regras de prevenção. A regra formal de prevenção não pode afastar a produção da prova com mais qualidade e celeridade, se não ficar comprovado qualquer prejuízo para as partes na adoção dos referidos critérios.

Sobre o procedimento de coletivização da prova, Thais Lunardi Amoroso elucida que a reunião física dos processos é desnecessária, bastando que se determine a produção da prova em um dos processos, com intimação das partes do outro para que participem normalmente de sua produção. Entende que o caso é de prejudicialidade, invocando por analogia a regra prevista no art. 313, V, b do CPC, que determina a suspensão do processo quando a sentença tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo, de modo que após essa produção, a prova será utilizada em todos os casos. Explica ainda ser desnecessária a total identidade das questões fáticas discutidas na demanda, cabendo a posterior produção de prova relativa às questões individuais não comuns.<sup>96</sup>

Há diversos casos que podem ser objeto da técnica de coletivização da prova. Citamos, como exemplos, o caso da venda de contraceptivo falho, de danos ambientais que afetaram diversos moradores de determinada região como no desastre de Mariana, dos imóveis populares do projeto “Minha casa, minha vida”, financiados pela Caixa Econômica Federal, que apresentaram problemas estruturais ou atraso na entrega; das desapropriações coletivas para fins de construção de uma estrada federal; dentre tantas

94. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73.

95. Nesse sentido, o enunciado 671, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis de Recife (2018), Grupo “Competência e Cooperação Judiciária Nacional”: “O inciso II do § 2º do art. 69 autoriza a produção única de prova comum a diversos processos, assegurada a participação dos interessados”.

96. LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018. pp. 167-168.

outras demandas individuais que possuem questões de fato comum.<sup>97</sup> Em todos esses casos, não há sentido, do ponto de vista lógico e da economia – de tempo e recursos –, na repetição da prova cuja produção pode ser mais qualificada, com a participação de todos os litigantes, uma única vez. Os princípios da cooperação, celeridade e eficiência impõe a adoção de técnicas que tornem o judiciário mais produtivo.

Nos Estados Unidos, o sistema de ações coletivas (*class actions*), chamado de *Multidistrict Litigation* – já brevemente analisado – prevê que as demandas individuais decorrentes das mesmas questões de fato observam procedimento semelhante ao da coletivização da prova. As ações são reunidas na fase pré-processual para discussão de provas em conjunto e depois separadas e distribuídas para as Cortes de origem para julgamento.<sup>98</sup> O sistema já funciona há muitos anos sem que haja questionamento a princípios também consagrados no direito norte-americano como o do contraditório e do juiz natural.

A coletivização da prova, portanto, não vulnera os princípios do contraditório, do juiz natural e do direito fundamental à prova. É mais uma técnica que pode ser extraída do art. 69, § 2º do CPC para a concretização de um processo efetivo, com duração razoável e que produza resultados justos.

### 5.3.2. *Os atos concertados e a alteração de competência para julgamento: uma nova hipótese legal de alteração de competência*

Uma das questões mais palpitantes no tema do ato concertado entre juízes cooperantes é a discussão sobre a alteração da competência para julgamento e suas implicações.

Assim como no incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR e no incidente de assunção de competência – IAC, entendemos que o legislador criou o art. 69, IV do CPC nova hipótese legal de alteração de competência para julgamento<sup>99</sup>. Basta analisar o caso da centralização de processos, de que trata o inciso III do parágrafo 2º para se chegar a essa conclusão.

Os parâmetros de eficiência alocativa autorizam os magistrados a empreenderem juízos de eficiência acerca da competência que vão além de uma visão puramente

97. Muitos dos exemplos citados foram extraídos de demandas que tramitam na vara única federal da Subseção de Barreiras, na Bahia.

98. NOGUEIRA, Gustavo. A coletivização das demandas individuais no NCP e sua convivência com as demandas coletivas. *Revista de Processo*. v. 255. mai. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.255.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.12.PDF)>. Acesso em: 3. dez. 2018. p. 06.

99. Em sentido contrário, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que a reunião ou apensamento de processos pressupõe sempre a conexão ou continência entre eles (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 408).

binária – competente e não competente – numa perspectiva principiológica gradual cooperativa e em sentido multi-institucional que envolve uma análise comparativa das competências. A eficiência processual é um objetivo a ser buscado na definição, planejamento e estruturação da organização judiciária.<sup>100</sup> Também por essa razão, entendemos ser possível a alocação de competência – inclusive da competência para processar e julgar – por meio de atos de cooperação judicial.<sup>101</sup>

A alteração de competência para julgamento por meio do ato concertado entre juízes cooperantes não se confunde com o instituto da conexão e continência.

De acordo com o art. 55 do Código de Processo Civil, reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes forem comuns o pedido ou a causa de pedir, hipótese em que os processos serão reunidos para decisão conjunta. De acordo com § 3º do mesmo dispositivo, também serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.<sup>102</sup> Nesse último caso, a reunião de processos é cabível quando as ações discutam a existência ou inexistência

100. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. pp. 262 e 264.

101. No sentido de impossibilidade da alteração de competência por ato de cooperação, manifesta-se Murilo Teixeira Avelino: “Os pedidos de cooperação jurisdicional não servem à modificação do procedimento. Em verdade, ainda que haja a consagração do princípio da adequação processual no Novo Código de Processo Civil (arts. 139, VI), sob as vestes de cooperação judicial não se pode criar ou suprimir etapas sem que haja autorização expressa no regramento geral do Código ou em negócio processual (art. 190 do NCPC). A cooperação aqui é para a prática de atos processuais, com o escopo de efetivá-los de forma mais eficiente, não para alterar, de forma indevida, o procedimento (...). Deve-se afirmar, nesse ínterim, a impossibilidade de delegação de atos decisórios. Andou mal o legislador ao se referir à possibilidade de delegação de “qualquer ato processual” na redação do art. 68. De fato, deve o dispositivo ser interpretado tendo em conta a regra da indelegabilidade atos decisórios. Estes se relacionam intimamente com o princípio do juiz natural, decorrendo daí a reserva absoluta de lei para que se institua competência decisória. Só é possível a cooperação jurisdicional para a prática de atos instrutórios, diretivos e executórios, conforme se verifica, inclusive, do rol constante no art. 69, § 2º do NCPC. Corrobora com este entendimento o art. 1º da Recomendação nº 38 do CNJ: “Art. 1º Esta Recomendação dispõe sobre cooperação nacional, ativa, passiva e simultânea, entre os órgãos do Poder Judiciário da União e dos Estados, no âmbito das respectivas competências, observado sempre o princípio do juiz natural. De perceber, então, caso ocorra a prática de qualquer ato de cooperação revestido de conteúdo decisório, tratar-se-á de ato praticado por juiz incompetente.” (Breves Comentários à Cooperação Nacional no Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 8. Recife, 2015. pp. 187-196. p. 3).

102. No CPC de 1973, as hipóteses de conexão também eram fundadas na afinidade de pedido e causa de pedir. Já o CPC de 1939 trazia hipótese mais ampla: “havendo mais de um réu e sendo diferentes seus domicílios, poderão ser demandados no foro de qualquer deles, se houver conexão quanto ao objeto da demanda ou quanto ao título ou fato que lhe sirva de fundamento” (art. 134, § 2º).

de uma mesma relação jurídica base.<sup>103</sup> O art. 55 do CPC não fundamenta a reunião de processos repetitivos.

O objeto dos atos concertados pode ir além dessas hipóteses de conexão e contemplar a reunião de demandas fundadas em fatos ou fundamentos jurídicos semelhantes como nas ações de consumo por vícios do produto ou trabalhadores expostos aos mesmos agentes nocivos.<sup>104</sup> Ainda que o pedido, a causa de pedir ou a relação jurídica base sejam diversos e não haja risco de decisões contraditórias – mas apenas divergentes<sup>105</sup> –, é possível a reunião de demandas para julgamento simultâneo ou para a prática conjunta de atos processuais com fundamento no art. 69, § 2º do CPC, que autoriza a criação de novas técnicas para concretização do princípio da eficiência<sup>106</sup>.

Nesse sentido, é pioneiro o enunciado nº 36 do 1º Fórum Nacional de Processo do Trabalho:

LT, ART. 769 E NCPC, ART. 69, INCISO II C/C ART. 55, § 3º. COOPERAÇÃO NACIONAL. REUNIÃO DE PROCESSOS. APLICABILIDADE AO PROCESSO

103. MEIRELES, Edilton. Reunião de processos, cooperação e conflito de competência. *Revista de Processo*. v. 294. Agosto 2019. p. 3.

104. “É certo que nestas hipóteses expressamente mencionadas no Código de Processo Civil se pode falar em “cooperação” do juiz em remeter a demanda para outro juízo em caso de conexão etc. Mas, neste caso, a remessa se faz por imperativo da lei. Não depende da vontade do juiz. Já os arts. 67 a 69 do CPC se referem a pedidos de cooperação que dependem da vontade do juiz em sua atribuição de gestor processual.” (MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80. p. 63).

105. Edilton Meireles explica que contradição existirá quando uma decisão negar o que outra afirmar, uma declarar a existência da relação jurídica e a outra negar; o conflito existirá quando uma decisão não for compatível com a outra ainda que não lhe contradiga. Alerta o autor que não se deve confundir decisões contraditórias e conflitantes com decisões divergentes quando se decide de forma diversa em processos nos quais se discute temas idênticos ou semelhantes (MEIRELES, Edilton. Reunião de processos, cooperação e conflito de competência. *Revista de Processo*. v. 294. ago. 2019. p. 4).

106. Thais Lunardi sustenta que não há no sistema brasileiro norma que imponha a reunião de demandas para julgamento de questões comuns de fato ou de direito para além dos citados mecanismos. Para a autora, a conexão, uma das hipóteses dessa agregação, possibilita o julgamento conjunto apenas nos casos em que houver fato único comum à sustentação de várias pretensões e a reunião por conexão, portanto, não será admitida quando o fato for diverso para cada um dos envolvidos, ou mesmo quando, em se tratando de fato comum, o número de atingidos for tão elevado que inviabilize essa reunião. Remanesce, como se vê, o problema do tratamento e solução conjuntos de fatos que, embora não únicos, sejam comuns. A autora cita como exemplo o caso de vários consumidores que celebraram contratos idênticos com uma mesma instituição financeira, aqueles que sofreram danos decorrentes de um mesmo produto, trabalhadores expostos a agentes nocivos, mulheres que consumiram contraceptivo falso. Para esses casos – em que se está diante de questão comum de fato, mas decorrente de vários fatos semelhantes, resta apenas, ao menos numa análise *de lege lata*, a reunião de demandas para produção de prova comum, já que o sistema brasileiro não autoriza a agregação para julgamento conjunto de questões comuns de fato. (LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018. p. 159).

DO TRABALHO. O art. 69, II, do NCPC é compatível com o processo do trabalho e, em consonância com a novel racionalidade que decorre dos preceitos de cooperação judiciária, cria uma nova modalidade concertada de modificação de competência, como forma de gestão coletiva dos dissídios, sem os pressupostos clássicos da conexão ou da continência. Aplicação do art. 69, II c/c art. 55, § 3º.

Edilton Meireles também se posiciona no sentido da possibilidade de a competência para julgamento poder ser modificada por vontade dos juízes cooperantes: “Poder-se-ia pensar em ferimento ao princípio do juiz natural. Tal não ocorre, porém, já que nada impede de o legislador, em regras excepcionais, estabelecer a possibilidade de modificação da competência até por vontade de uma das partes”. Para o autor, cabe um juízo de ponderação a privilegiar a eficiência em detrimento do juiz natural na busca da efetividade da decisão judicial.<sup>107</sup>

Com base na tese de Antônio do Passo Cabral “Juiz Natural e Eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competência no processo civil”, pensamos que não há uma exceção ao princípio do juiz natural, mas uma releitura desse princípio que autoriza a alteração de seu conteúdo, substituindo suas características tradicionais (previsão em lei em sentido formal, pré-constituição, inflexibilidade e vedação à discricionariedade) por objetividade, impessoalidade e invariância.<sup>108</sup> Há, em verdade, uma substancial concretização do juiz natural quando ele é o mais competente no caso concreto, para assegurar o julgamento mais adequado da causa e a melhor administração da justiça.<sup>109</sup>

As normas acerca da competência formam um sistema cuja matriz está na Constituição, sendo integrado também pelas leis em sentido formal, pelas normas administrativas e pelos acordos entre juízes cooperantes com caráter geral e abstrato. A ideia de previsão de competências exclusivamente em lei está superada por endurecer

107. MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80. p. 65.

108. Esse novo posicionamento foi analisado no ponto relativo ao juiz natural (CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 309).

109. Paula Sarno Braga apresenta raciocínio análogo quando trata da tese do fórum *non conveniens* e da possibilidade de recusa do juízo formalmente competente quando não for o mais adequado, dentre os juízes competentes, no caso concreto: “O que ora se propõe não é violação, mas, sim, uma mais profunda concretização do juiz natural. Advoga-se a tese de que é necessário compreender-se que não basta que o órgão (ou Estado) seja previamente constituído e individualizado como aquele objetiva e abstratamente competente para a causa. Deve ser, também, concretamente competente, i.e., o mais conveniente e apropriado para assegurar a boa realização e administração da justiça” (Competência adequada. *Revista de Processo*. n. 219. 2013. Disponível em: <[https://www.academia.edu/9248971/Compet%C3%Aancia\\_adequada.\\_Revista\\_de\\_Processo\\_n.\\_219\\_2013](https://www.academia.edu/9248971/Compet%C3%Aancia_adequada._Revista_de_Processo_n._219_2013)>. Acesso em: 3. mar. 2019. p. 16).

o exercício da jurisdição tornando-o burocratizado e ineficiente, condicionado ao ritmo lento do processo legislativo. Se a norma administrativa ou negocial é proveniente do próprio judiciário, não há vulneração a independência dos juízes e a separação de poderes, valores que o princípio do juiz natural originariamente busca tutelar. Com isso, a preocupação deve ser deslocada da fonte normativa da regra de competência para o controle estático e dinâmico da atribuição de competência com o máximo respeito às garantias fundamentais do processo.<sup>110</sup>

Os exemplos demonstram como os atos de concertação entre juízes cooperantes autorizam a alteração da competência para julgamento.

O art. 2º da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), e o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), estabelecem que o foro competente para tais ações é o do local do dano. Se o dano é local, é competente o foro do exato lugar em que ocorreu ou deva ocorrer (art. 93, I, CDC). Se o dano é regional ou nacional, é competente o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. Se no caso concreto de uma demanda contra a Petrobrás em decorrência de um vazamento de óleo no mar, o juízo do foro escolhido distar, sobremaneira, do local dos efeitos do fato danoso ou não estiver habituado ao julgamento de determinada espécie de demanda (o outro juízo já julgou ações individuais equivalentes), poderá, por ato concertado, remeter os autos ao juízo mais adequado (para a produção da prova relativa aos animais mortos, a defesa do réu, a publicidade da demanda para a coletividade atingida, a citação das partes).<sup>111</sup>

A atribuição de competência a um dos juízes que atua na vara – titular ou substituto – para tratar de determinado tipo de demanda sobre o mesmo tema (desapropriação sobre áreas privadas para construção de uma estrada, por exemplo) torna a decisão mais rápida e qualificada ante a especialização e aprofundamento do magistrado no tema, tanto nas questões jurídicas quanto fáticas. Ainda que não chegue a se caracterizar como processos repetitivos por envolverem também controvérsias fáticas peculiares em cada processo, a medida impede decisões em sentidos diferentes, dando coerência e estabilidade ao sistema.

Um exemplo concreto esclarece a assertiva: no caso da Operação Lava Jato, ao juiz titular da vara especializada em Lavagem de Dinheiro da Seção Judiciária do Paraná foram atribuídos todos os processos da operação e ao juiz substituto os demais processos. Não obstante essa distribuição de competência não tenha ocorrido

---

110. BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. *Revista de Processo*. n. 219. 2013. Disponível em: <[https://www.academia.edu/9248971/Compet%C3%Aancia\\_adequada.\\_Revista\\_de\\_Processo\\_n.\\_219\\_2013](https://www.academia.edu/9248971/Compet%C3%Aancia_adequada._Revista_de_Processo_n._219_2013)>. Acesso em: 3. mar. 2019. p. 281.

111. DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 143.

por ato concertado, mas por ato formal do TRF da 4ª Região,<sup>112</sup> nada impedia que se alcançasse esse mesmo resultado na distribuição de processos por ato concertado entre o juiz titular e o juiz substituto da vara com a finalidade de atingir mais eficiência no julgamento das demandas.

Pode-se pensar ainda em uma espécie de incidente de resolução de demandas repetitivas, por convenção entre juízes, em primeiro grau de jurisdição sem previsão legal expressa com fundamento na cláusula geral de atipicidade dos atos de cooperação. O incidente de resolução de demandas repetitivas em primeiro grau de jurisdição possibilitaria a reunião de todos os processos em um dos juízos, aonde se fixará a tese a ser seguida e todos os demais processos serão julgados. Será escolhido aquele juízo situado aonde seja mais fácil o amplo debate sobre o tema e que esteja mais capacitado para tratar daquela espécie de demanda. Afinal, o juiz natural deve ser visto como aquele que possui maior capacitação para decidir a matéria. O juízo eleito seria compensado com a redução do número de novas demandas a ele distribuídas.

Thais Amoroso Lunardi traz uma crítica à previsão do CPC de alteração da competência para julgamento de casos repetitivos com base no art. 69, § 2º. Segundo a autora, o código não trouxe solução para a definição do juízo competente, ressaltando ser necessária maior flexibilidade nas regras de competência. Sendo o caso de reunião de demandas, afirma, a prevenção não seria o melhor critério para a definição do juízo competente.<sup>113</sup>

Com base no art. 69, § 2º que traz cláusula geral de atipicidade dos atos de concertação entre juízos cooperantes, entendemos pela possibilidade de alteração de competência independentemente de previsão legal específica e da prévia fixação legal do juízo competente. O dispositivo inédito prevê essa maior liberdade na prática de atos processuais e para ser mais efetivo não traz regras pré-determinadas para sua realização.

---

112. Resolução nº 8, de 11 fev. 2015: “O PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4.ª REGIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no processo 0011752 85.2014.4.04.8000, ad referendum do Conselho de Administração, resolve: Art. 1.º Suspender a distribuição processual à 13.ª Vara Federal de Curitiba pelo prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data de publicação desta resolução. Parágrafo único. A suspensão estabelecida no caput não abrange os processos com relação de prevenção, conexão ou continência com outros processos da vara, assim como aqueles da competência exclusiva da 13.ª Vara Federal de Curitiba.”

113. LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018. p. 162: “A solução para os conflitos de competência que poderão surgir da aplicação dessas hipóteses não está posta no Código. Talvez porque, de fato, não se pensou em práticas predeterminadas, oferecendo o legislador um espaço de liberdade para uma atuação adequada dos sujeitos processuais sob o ponto de vista da efetividade do processo e da eficiência da Jurisdição. À efetividade dessas medidas, porém, seria fundamental a previsão de uma maior flexibilidade nas regras de competência. Afinal, havendo a necessidade de reunião de demandas, será mesmo que a prevenção é o melhor critério para a definição do juízo competente?”

A alteração de competência realizada por ato de concertação entre juízes cooperantes não deve observar a regra de prevenção, mas a regra de eficiência,<sup>114</sup> tanto no aspecto quantitativo quanto qualitativo, do juiz que pode realizar o melhor julgamento e o mais célere. A regra da prevenção não impede à alteração negociada da competência. A prevenção é regra de racionalização da atividade imposta aos diferentes juízes, estabelecendo critério de divisão do trabalho; não é regra de fixação da competência. Negociada a competência sem perda da imparcialidade do juízo e com vista a maior eficiência no julgamento da causa, não há óbice à negociação.<sup>115</sup> Trata-se de medida que, ao concretizar o princípio da eficiência, realiza o chamado princípio da competência adequada, segundo o qual cabe investigar quem decidiria melhor a luz de todos os princípios envolvidos.

O desafio que se põe nesse tema é a fixação de limites à alteração de competência para julgamento – se a competência relativa e absoluta poderia ser alterada,<sup>116</sup> se a alteração poderia ocorrer no curso do processo ou apenas antes dele, dentre tantas outras questões que ainda precisam ser pensadas. A princípio nos parece que apenas a competência para julgamento em razão do valor e da territorialidade poderiam ser alteradas sob pena de violação de regras constitucionais expressas e de ultrapassar os limites dos negócios jurídicos processuais que não podem tratar de matéria indisponível. É o caso da competência para julgar crimes de corrupção e lavagem de dinheiro conexos a crimes de caixa dois, hipótese em que o STF definiu a competência da justiça eleitoral e que não poderiam por ato concertado ter a competência alterada

---

114. A reunião ou apensamento de processos por ato de cooperação poderá ocorrer mesmo entre processos que estejam em fases distintas, a depender da conveniência e eficiência da medida, analisadas no caso concreto (MEIRELES, Edilton. *Cooperação judiciária nacional*. *Revista de Processo*. v. 249. nov. 2015. pp. 59- 80. p. 66).

115. FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Tese apresentada para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Pernambuco. Recife, 2019. p. 137.

116. Maria Gabriela Silva Campos Ferreira sustenta em sua tese de dissertação de mestrado que apenas a competência relativa pode ser objeto de ato concertado entre juízes cooperantes, pelas razões transcritas a seguir: “O objeto dos negócios processuais deve ser disponível. O autorregramento da vontade não se sobrepõe às normas cogentes, que fogem do espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador. Assim, os negócios processuais sobre competência restringem-se às hipóteses de competência relativa, como nos casos da eleição de foro e da opção pelos juzados especiais cíveis estaduais, cujas competências são definidas, respectivamente, pelos elementos territorial e do valor da causa. Não se admite negócio processual que modifique a competência absoluta.” (FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Tese apresentada para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Pernambuco. Recife, 2019. p. 136).

para a Justiça Federal.<sup>117</sup> A reflexão ainda está pouco madura e demanda maior aprofundamento.

De qualquer forma, o sistema processual de repartição de competência não pode mais se basear na lógica da legalidade estrita, devendo focar também no direito das partes de que sua tutela jurisdicional seja prestada de maneira ótima, por meio de técnicas processuais apropriadas para cada caso: o princípio do juiz natural, com isso, incorpora a ideia do juiz que pode decidir melhor, conciliando eficiência e adequação.<sup>118</sup>

## 6. CONCLUSÃO

No presente artigo, esboçamos enunciados sobre o conceito, a natureza jurídica e o objeto do ato concertado entre juízes cooperantes e respondemos algumas indagações sobre o tema, desenhando os primeiros contornos de sua teoria.

Propomos o ato concertado como negócio jurídico processual atípico entre juízes a respeito do procedimento judicial ou da gestão de processos. O objetivo é dar concretude ao princípio da eficiência, tanto em sua dimensão quantitativa de atribuição de maior agilidade ao trâmite processual, quanto qualitativa com foco na qualidade das decisões e no devido processo legal. Essa compreensão baseia-se na ideia de que o Poder Judiciário, apesar das distinções decorrentes de competências, de graus de jurisdição e afins, é uno, sendo necessária a cooperação entre os órgãos jurisdicionais, por iniciativa oficial, independentemente de requerimento das partes e de forma pré-fixada.

Refletimos que gerir casos judiciais significa conduzir o processo para soluções que possibilitem a prestação da tutela jurisdicional de forma racional e adequada

117. O Supremo Tribunal Federal fixou no dia 14 de março de 2019 que é competência da Justiça Eleitoral julgar crimes comuns (corrupção e lavagem de dinheiro) conexos com delitos eleitorais (caixa 2): “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente), manteve sua jurisprudência e deu parcial provimento ao agravo interposto pelos investigados para: i) no tocante ao fato ocorrido em 2014, reconsiderar a decisão recorrida e assentar a competência do Supremo Tribunal Federal; e ii) quanto aos delitos supostamente cometidos em 2010 e 2012, declinar da competência para a Justiça Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro; e julgou prejudicado o agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República, no que voltado à fixação da competência da Justiça Federal, relativamente ao delito de evasão de divisas, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que davam parcial provimento aos agravos regimentais interpostos pela Procuradoria-Geral da República e pelos invés (...)” (STF, Inq. 4435, Rel. Min. Marco Aurélio, Data de julgamento: 14.03.2019, Data de Publicação: 22.03.2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149810>>. Acesso em: 19 jul. 2019).

118. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 372.

sem comprometer os direitos fundamentais das partes. Constatamos que o conceito tradicional do juiz natural não se adéqua mais a realidade dos nossos tempos e os atos concertados entre juízes cooperantes pressupõe a ressignificação desse princípio em busca da competência adequada. O princípio do juiz natural e a eficiência processual podem conviver desde que observado o seu núcleo rígido: a objetividade do juiz, impessoalidade, invariância e possibilidade de controle.

Demonstramos que a participação das partes no procedimento de definição da competência judicial resguarda a essência do juiz natural e garante a controlabilidade do sistema. Por isso, antes de realizar o ato concertado, o juiz deverá oportunizar a manifestação das partes, salvo quando o ato tenha por objeto atividade administrativa de gestão judiciária, ou o ato seja anterior ao processo. Nessa última hipótese, a OAB, o Ministério Público ou a Defensoria poderão ser consultados.

Essas perspectivas demonstram que a previsão dos atos concertados fundamenta o desenvolvimento casuístico de técnicas processuais voltadas à concretização do princípio da eficiência e autoriza a alteração de competência para prática de atos judiciais como a produção de provas e até o julgamento de processos. O art. 69, § 2º é regra de alteração de competência para julgamento assim como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência. Os exemplos demonstram como os atos concertados contribuem para uma prestação jurisdicional mais eficiente.

O instituto do ato concertado entre juízes, no âmbito da cooperação judiciária nacional, é uma novidade no Direito brasileiro. Requer estudos mais profundos acerca dos limites à sua utilização e das técnicas de aprimoramento. As diretrizes suscitadas nesse artigo não têm pretensão de esgotar o tema, mas apenas lançar as bases para o seu estudo, estimulando a aplicação prática das ideias expostas.

## 7. REFERÊNCIAS

- AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 04. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. out. nov. dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BORRI, Luis Antônio; SOARES, Rafael Junior. A designação específica de Magistrado para a condução de ação penal e o princípio do juiz natural. *Boletim do IBCCRIM*. a. 24. n. 282. mai. 2016. Disponível em: <[https://www.academia.edu/37955704/A\\_designa%C3%A7%C3%A3o\\_espec%C3%ADfica\\_de\\_Magistrado\\_para\\_a\\_condu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_a%C3%A7%C3%A3o\\_penal\\_e\\_o\\_princ%C3%ADpio\\_do\\_juiz\\_natural](https://www.academia.edu/37955704/A_designa%C3%A7%C3%A3o_espec%C3%ADfica_de_Magistrado_para_a_condu%C3%A7%C3%A3o_de_a%C3%A7%C3%A3o_penal_e_o_princ%C3%ADpio_do_juiz_natural)>. Acesso em: 10 mar. 2019.

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat\\_estudo\\_comp\\_inter.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2013: ano-base 2012*. Brasília: CNJ, 2013.
- CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais entre publicismo e privatismo*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 223.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2018.
- CECIL, Joe S.; LEE, Emery G.; NAGAREDA, Richard A.; SCOTT, Kevin M.; WILLGING, Thomas E.; WILLIAMS, Margaret S. *The Expanding Role of Multidistrict Consolidation in Federal Civil Litigation: An Empirical Investigation*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1443375](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443375)>. Acesso em: 27 out. 2018.
- COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, em novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <[https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro)>. Acesso em: 26 out. 2018.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. a. 1. v. 1. abr.-jun. 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2016.
- FISS, Owen M. The Allure of Individualism. *Yale Law Review*. v. 78. 1992/1993. p. 965-979. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1332](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1332)>. Acesso em: 26 out. 2018.
- FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Visão atual do princípio do juiz natural. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. (org.) *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 104.
- FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Tese apresentada para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Pernambuco. Recife, 2019.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do multidistrict litigation*

- no sistema brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidad gause Federal do Paraná, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil – teoria do processo civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos mediante procedimento comum*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*. v. 249. nov. 2015. pp. 59- 80.
- \_\_\_\_\_. Reunião de processos, cooperação e conflito de competência. *Revista de Processo*. v. 294. ago. 2019.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NOGUEIRA, Gustavo. A coletivização das demandas individuais no NCPC e sua convivência com as demandas coletivas. *Revista de Processo*. v. 255. mai. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.255.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.12.PDF)>. Acesso em: 3. dez. 2018.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- PECK, Jeffrey J. “Users United”: The Civil Justice Reform Act of 1990. *Law and Contemporary Problems*. v. 54. n. 3. p. 105. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4102&context=lcp>>. Acesso em: 26 out. 2018.
- PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo brasileiro: limites e possibilidade. *Revista de Processo*. v. 279. pp. 381-415. mai. 2018. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34789893/O\\_forum\\_non\\_conveniens\\_e\\_o\\_processo\\_brasileiro\\_limites\\_e\\_possibilidade](https://www.academia.edu/34789893/O_forum_non_conveniens_e_o_processo_brasileiro_limites_e_possibilidade)>. Acesso em: 1. mar. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/17136701/Um\\_processo\\_pra\\_chamar\\_de\\_seu\\_nota\\_sobre\\_os\\_neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_2015\\_](https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015_)>. Acesso em: 26 out. 2018.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.



## Blockchain records: is the evidence admissible? A challenge for European Member States

**Rebecca Berto<sup>1</sup>**

*Dr.jur. University of Padova. Pg. Dipl. International Dispute Resolution (Arbitration) Queen Mary University – London. Lawyer at the European Consumer Centre Italy.*

**Abstract:** Agreements, transactions and their records play a fundamental role in the economic system of every country: records identify parties, govern their interaction and register events. When agreements are infringed, the aggrieved party would lodge a claim to a court, in order to ask for damages or specific performance. Consequently, the aggrieved party would submit proves in order to found its claim.

The digitalization process leads to the creation and storage of digital records. However, digital records are still subject to the same admissibility rules as paper-written documents. Consequently, when digital records are admitted as evidence in legal proceedings, they point out legal ambiguities. These ambiguities are going to be exacerbated by blockchain records because of its technical features. For this reason, the admissibility question of blockchain receipts in legal proceedings is one key point for the future employment of blockchain technology in a country economic system.

**Keywords:** blockchain records, admissibility, evidence

---

1. The view expressed herein are solely the author's and represent neither the one of the ECC-Italy nor of its host structures and any other of its public financiers. All opinions and errors are of the author.

## 1. INTRODUCTION

Generally speaking, means of evidence are documents, testimony, and real evidence which prove directly or indirectly facts on which the claim is based.

The weight, credibility, and sufficiency of the evidence produced by the parties, in order to support their legal position, are decisions of a Court. However, the admissibility of evidence means in a legal proceeding is a question of law: in this legal aspect lies the profitability of records and more generally of a commercial receipting system. Indeed, the failed admission of an evidence mean, may be a reason to lodge an appeal.

The digitalization process introduced changes on the modalities to create and keep stored records through the employment of informatics systems or other devices. Especially, blockchain technology promises to change how agreements and transactions are recorded and performed. Indeed, blockchain receipts are claimed to be algorithm-produced, cost-efficient and permanent since they eliminate middlemen or transaction verifiers. Blockchain technology combines the features of a hand-to-hand transaction in a transparent manner because the transaction is validated and recorded on a public ledger by employing a network of shared computers.

The key question of this new receipting system lies on the admissibility of its records in future litigation or arbitration procedures. Blockchain records are an advanced form of digital records.

Digital records, such as digital pictures, have already raised legal ambiguities when they are admitted in legal proceedings because they are subject to the same admissibility rules as paper-written records. It is true that interpretative mechanism may be employed to extend or analogically apply existing rules or law principles to new circumstances. However, digital records pose a different legal issue because the technical features are completely different from a paper-written document: the question of integrity or authenticity of a paper-written record, as going to be seen, is dissimilar from those concerning digital records. Blockchain records exacerbate this problem due to its technological features.

Leaving this legal problem only to Courts may cause several troubles because a Court is called to rule on a single specific case without clear legal parameters. A Judge is bound by the application of laws because it has to ensure the adversarial principle not only by conducting the legal proceeding but also during the stage when means of evidence are admitted. For example, according to art. 246 Italian civil procedure code, a Court should exclude those witnesses, who have a legal interest in the legal proceeding, which may justify their participation in it as part.

For this reason, the admissibility question of blockchain records is a contentious matter, because it touched the parties' fundamental right to present their case. Moreover, in absence of a specific provision, by employing an interpretative mechanism, it becomes evident how the border between an analogical interpretation of existing rules and the creation of new law is extreme thin, especially when a Court is called to apply criminal provision on a single case criminal provision.

Leaving this legal issue only to self-regulation by taking advantage of technological improvements, such as the employment of a special chameleon hash function, does not solve the core problem of the legal admissibility of blockchain receipts in legal proceedings. On the contrary, it adds management matters of trapdoor key and conflicts management.

This paper begins with recollecting the features a record should meet according to the archival science in order to be considered a trustworthy document. In this way, it becomes more transparent the legal challenges raised by digital records and lastly by blockchain receipts. In the third part it is given a look at the e-IDAS European Regulation: it emerges how the European legislator remain adherent to signature requirements. Also a digital record should be digitally signed, in order to be equated to a paper-written hand signed record. In the fifth part is analyzed how existing law of evidence may be applied to blockchain records and its consequences. In part six, a technological approach and its legal consequences are discussed. Finally, conclusions are draft: a new legislative approach towards digital records would relieve law inconsistencies and encourage, at the same time, the development of a digital a crypto-economy.

## **2. PAPER-WRITTEN RECORDS AND DIGITAL RECORDS: AUTHENTIC, ACCURATE AND RELIABLE**

The judicial evidence is used to prove either fact in issue or facts from which facts in issue may be properly inferred.<sup>2</sup> Means of evidence are documents, testimony and real evidence: every legislator provides rules on these evidence means and their admissibility.

Generally speaking, testimony is the declaration, which must be admissible in a court of a person, who actually perceived the fact in issue or facts from which facts in issue may properly be inferred. Real evidence is described as “material objects other than documents produced for the inspection of the court,<sup>3</sup> so a Court can reach its own conclusion on the basis of its own perception.<sup>4</sup> Finally, documents are understood as every suitable mean able to keep note of a fact for future recalls, such as certified documents, letters, pictures, accounting books, etc.<sup>5</sup>

The essential essence of a written record is that it is something concerning a recorded information directed to someone else, kept by a support on which a record is registered and has the potential to make a factual account: for example, a picture is a proof when it is put in a qualified factual context, which assigns to the picture the

2. Colin Tapper “Cross and Copper evidence”, 12th edn, Oxford University Press 2010, pag. 20.

3. Hodge Malek Phepson “On Evidence”, 18th edn Sweet & Maxwell 2013, par. 1-14.

4. Stephen Mason and Daniel Seng “Electronic Evidence”, 4<sup>th</sup> edn Stephen Mason and Daniel Seng, Institute of Advanced Legal Studies, University London, pag. 39.

5. Schlesinger e Torrente “Manuale di Diritto Privato” 16th edn, Giuffrè editore, Milano, pag.271.

quality of an evidence mean. However, no general definition of document is provided by the Italian legislator, but in single specific provisions: for example, in Italy art. 240 of the Italian criminal procedure deals with anonymous document. Or a specific definition for document is provided in art. 2 (1)(c) legislative decree number 36 of 2006 which implemented in Italy the Directive 2003/98/CE on the re-use of public sector information. According to this rule, a document is a representation of acts, fact or data whatever its medium and which is available to the public administration or bodies governed by public laws. However, this definition does not cover computer program. Moreover, it should be kept in mind that the scope of this rule is restricted to the relationship between public administration and citizens and to the information recorded and stored by the public administration.

In Cyprus the Evidence Law, art. 2 (1) defines as document “anything in which information of any description is recorded.”<sup>6</sup> Though, this definition is broad, either the Italian and the Cyprus rules do not further address those distinctive features a document or a record should have in order to be trustworthy.

Being legislative provision so poor on this point, help may be get by the archival science. Indeed, the archival science detailed three requirements a trustworthy record should have, namely, accuracy, authenticity, and reliability. According to the Society of American Archivists’ glossary, accuracy is defined as “the degree of precision to which something is correct, truthful and free of error or distortion, whether by commission or omission.”<sup>7</sup> This definition aligns with the common understanding of the term. Reliability means “the degree to which a record can be considered reliable is dependent upon the level of procedural and technical control exercised during its creation and management in its active life”<sup>8</sup>. To achieve reliability, a record should have three additional characteristics: completeness at the time of creation, consistency with the rules of creation and the so-called naturalness. In order to be complete, a record should respect those formal characteristic required for that kind of document, which makes it capable of generating legal consequences. For example, a sale agreement needs the mention of the parties, the object of the sale agreement, its price, the date of creation and the parties’ signatures. Naturalness refers to the fact that the materials accumulate out of a routine process.<sup>9</sup>

Beyond reliability and accuracy, a record must also be judged to be authentic. In the archival science, authenticity is defined as “the trustworthiness of a record as a

6. This provision is identical to the one of Section 13 of the English Civil Evidence Act.

7. Society of American Archivists Glossary, Accuracy available at <https://www2.archivists.org/glossary/terms/a/accuracy>.

8. Gilliland-Swetland, Anne J., and Philip B. Eppard, “Preserving the Authenticity of Contingent Digital Objects: The InterPARES Project” *D-Lib Magazine* 6:7/8 (July/August 2000).

9. Society of American Archivists Glossary, Naturalness available at <https://www2.archivists.org/glossary/terms/a/archival-nature>.

record; i.e., the quality of records establish that it is what it purports to be and that it is free from tampering and corruption.”<sup>10</sup> Further, a record must have been created by the individual represented as the creator. The presence of a signature, whether it be physical or digital, serves as a test for authenticity because the signature identifies the creator and establish a relationship between the creator and the record. Accordingly, there are two pre-conditions for authenticity: identity and integrity of the record. A record is made or received in the course of an activity as an instrument or a product of such activity and set aside for action or reference.<sup>11</sup> This relationship links each record, incrementally, to the previous and subsequent ones and to all those which participate in the same activity. This relationship, called the archival bond, has a double scope: not only it relates a record to a specific creation context, but also define the archival aggregate to which it belongs. Without reference to an archival bond, it is impossible to establish if a record is genuine or a forgery. In other words, it is necessary to analyze the relationships between the records and the organizations or individuals that created, employed and kept them in the conduct of their daily life or business activity.<sup>12</sup> These controls are done because integrity relates to the potential loss of physical or intellectual elements after a record has been created.

In the pre-digital era, integrity meant, for example, control of numbered entries in registries or numbering individual documents in file folders. Laws on evidence regulated and are still focused on paper-written documents and records. However, though the digitalization process, digital records as well as paper-written records must meet the same legal requirements in legal proceedings: evidence must be relevant and admissible.

## 2.1. Digital records – integrity and authenticity

The digitalization introduced technical alternatives to create and keep stored records: several information systems are capable of storing, manipulating or transmitting data. Digital records cannot be compared to traditional paper records because they have other technical properties and features. For example, digital records record and store a factual account in binary language or the same word document may be re-written several times or a digital picture may be manipulated with Photoshop. However, the features of reliability, accuracy, and authenticity should be met by a digital record. In concrete, this would mean to establish the identity of digital records, such as the name of the purported author, the date they were created, the place of origin and the subject matter. The record’s integrity means it has not been corrupted over time or

10. R. Pearce-Moses, “Autheticity InterPares Trust Terminology Database” ed.2017, available at <https://interparestrust.org/terminology/term/authenticity/en>.

11. International council on Archives 2004 “International Standard Archival Authority Record for Corporate Bodies, Persons and Families”, 2<sup>nd</sup> Edn (ICA 2004).

12. Victoria L. Lemieux “Blockchain and Distributed Ledgers as Trusted Recordkeeping Systems: an Archival Theoretic Evaluation Framework” in Future Technologies Conference , 2017, pag. 4.

in transit; in other words, the same set of sequences of bits that came into existence when the object was created are still present.<sup>13</sup> The integrity of a digital record implies the assurance of information systems' integrity, in which records are created, modified and stored. Assuring integrity in information systems means for example to adopt measures such as access controls, user authentication, regular maintenance of the information system, in order to grant the records' integrity and authenticity. A record representing a fact legally relevant should be kept by its creator respecting those rules granting the record affidability and its conservation over the years.

However, digital records raise two important legal issues on the law of evidence: on one hand, it is not possible to distinguish copies from an original record and on the other hand, the custody chain of digital records is lost. Actual rules look at paper written documents, rather than to digital systems in which data are created. Indeed, in paper written documents, authenticity is linked to the ascertainment of identity, while integrity is given by the perfection of the record. In absence of an original record, the identity and integrity of a digital record are interwoven becoming interdependent. Further, copies and originals of digital records are indistinguishable.<sup>14</sup> Consequently, this has a legal impact on the employment of those civil procedures which allows a party to argue the exclusion of a document or a record from a proceeding when its integrity is questioned. In Italy, for example, only original document may be the object of this kind of procedure.<sup>15</sup> This exclusion procedure was extended by the Italian legislator to those electronic documents signed with an advanced or qualified digital signature because these signatures grant the author's identity, the record's integrity, and inalterability.

The second problem is the burden to demonstrate the continuity of custody necessary to show that a digital record is authentic. There is little guidance on how to determine the authenticity, so other information is going to be considered. Therefore, the authentication of digital record can be done by verifying the means associated with the record, such as the organizational criteria demonstrating the provenance of the digital document, and the documentation concerning the custody chain. Timestamps, signatures, and seals may help to test the provenance of the digital record. However, a case dealt by the Court of Rome shows that timestamps and signature were not knock-out arguments against the action brought by a party, whose aim was to get a sentence, which deletes the legal effects of digital records. These digital records were signed with a qualified signature apparently by him, which was the cause of a replacement of a Chief Executive Office in a company and lead to the adoption of other deliberations by the board of directors. Those digital records were declared void because a malicious user with unauthorized access to private password digitally

---

13. Lynch, Clifford A., "Authenticity and Integrity in the Digital Environment: An Exploratory Analysis of the Central Role of Trust" Council on Library and Information Resources, 2000, pp 32-50.

14. John D Gregory "Authetication Rules and Electronic Records", 2002, 81 Can Bar Rev. 529, 533.

15. Sentence of Tribunale di Roma n.1127 of 2017.

signed those records. The Court reached this decision through the circumstances of the specific case: the claimant kept the receipt of the parking house, which confirmed the witness statement of his fiancée, who declared he had passed all the time with her. During that time span, the digital documents were signed. Moreover, other contradictions of witnesses' testimonies on time and place the digital records would had been digitally signed by the claimant, supported the over-mentioned decision of the Court in Rome.<sup>16</sup>

In conclusion, the issues concerning the digital records may be framed as follows "Can be data be trusted? Can records be from which data are derived be trusted? Are these records complete? Are they authentic? How are they generated, by whom and under what conditions? Is there sufficient contextual information to enable them to be understood?"<sup>17</sup>

### 3. THE EUROPEAN APPROACH: THE E-IDAS REGULATION

Svetonio in "Vita Neronis"<sup>17</sup> wrote, "*Adversus falsarios tun primum repertum ne tabulae nisi pertusae ac ter linum per foranima traiecto obsignarentur.*". In other words, Nero in 61 a.C. introduced the "*Senatusconsultum Neronianum Adversos Falsarios*", according to which a parties' agreement was void if it did not respect three formal conditions: the agreement should have been recorded in polyptychs not perforated, with three times thread binding them, before being sealed with a sealing.<sup>18</sup>

The European legislator remains adherent to the fundamental idea that the signature of a document fulfills three purposes: identify the author, externally manifest the author's will to assume the legal effect of facts or acts and keep over the years the evidence of legally relevant facts or acts.

The repealed directive 93/99 was inspired by a technologically neutral approach, whose aim was to grant the choice on how to link an electronic record to an author: it could be employed an electronic signature or an user ID and password, in order to get access to the information system.

From the 1st July 2016, the Regulation (EU) 910/2014 repealed the directive 93/99: the new rules were published under the name „Regulation on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market,” commonly referred as the e-IDAS Regulation. The e-IDAS Regulation provided rules on trust services such as electronic signatures, electronic seals, electronic time stamping, electronic delivery

16. Ibid. supra note.

17. Duranti Luciana and Rogers Corine, Trust in Digital Records: An Increasingly Cloudy Legal Area, in Computer Law and Security Review, 28, 2012.

18. See also Pauli Sententiae 5.25.6 "*Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari ut in summa marginis ad mediam partem, perforatae triplici lino costringantur atque impositae et supra linum cerae signa imprimatur, ut exteriori scripturae fidem interior servet. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent*".

service, electronic documents admissibility, and website authentication. This legal framework is based on the Member States' reciprocal obligation to recognize such trust services when those services are based on a qualified certificate issued in one Member State. Therefore, the scope of the e-IDAS is to design a legal framework, in order to ensure a harmonized recognition of several electronic identification means, eIDs, employed by the Member States. However, Member States are obliged to recognize those eIDs contained in a list published by the European Commission based on the Member States' notifications.

Art. 3 e-IDAS Regulation introduced the electronic signature, the advanced electronic signature, the qualified electronic signature. According to art. 3, 'electronic signature' means data in electronic form which is attached to or logically associated with other data in electronic form and which is used by the signatory to sign. The advanced electronic signature' means an electronic signature which meets the requirements set out in Article 26, which are "(a) it is uniquely linked to the signatory; (b) it is capable of identifying the signatory; (c) it is created using electronic signature creation data that the signatory can, with a high level of confidence, use under his sole control; and (d) it is linked to the data signed therewith in such a way that any subsequent change in the data is detectable." The qualified electronic signature means an advanced electronic signature that is created by a qualified electronic signature creation device, and which is based on a qualified certificate for electronic signatures (art. 3 comma 1 number 12 e-IDAS Regulation). Art. 25 (2) Regulation (EU) 910/2014 equated the qualified electronic signature to the legal effect of a handwritten signature.

In other words, the e-IDAS Regulation distinguished between electronic signatures, which are data linked to other data, and advanced electronic signatures, which are data linked to a digital record or document. Electronic signature, such as user ID and password has the only function to allow the service provider to identify the individual user. An interesting provision was introduced by art. 25(1) e-IDAS Regulation. According to this rule, electronic signatures should be admitted in legal proceedings, even if they did not meet the requirement for a qualified electronic signature: their admissibility should not be denied solely on the ground that the signature was done in electronic form. As a consequence, electronic records with a simple electronic signature are admissible but are freely weight by the Court on quality, integrity, and features of digital records to keep stored the information. Put it in other terms, a Court is called to judge on the grade of affidability of the electronic system in relation to the integrity and identity of the digital record.

However, this law provision should get into the civil procedures of every single Member State: for example, according to art. 633 and 634 Italian civil code procedure an electronic record should satisfy the written evidence requirements, in order to get a payment order. This would mean that only an electronic record signed with an advance or qualified signature can fulfill the mentioned condition: an electronic signature would not be sufficient.

The European legislator with the e-IDAS Regulation focused its attention on the electronic signature in order to determine the authenticity of digital records. According to the Regulation, the generation and management electronic signature creation data on behalf of the signatory may only be done by a qualified trust service provider,<sup>19</sup> whose requirements are set out in art. 24. Between these conditions, a qualified trust service provider should employ appropriate technological measure, in order to keep the integrity of data and integrity of the data process, which includes the adopted protocols in order to preserve the data' validity and accuracy.

However, the integrity of the information system, through which a digital record may be created, modified or stored is not properly addressed. Further, the European legislator does not consider computer-generated records without human intervention and under what conditions they could be admitted in legal proceedings. This European legal vacuum would be fulfilled by national law and this would imply legal fragmentation because every Member State would look and apply its own civil procedure provisions. At least this has legal implications especially when records of distributed ledger technologies are considered.

#### **4. BLOCKCHAIN: WHAT IT IS AND HOW IT WORKS**

The blockchain technology is a global digital infrastructure, which can move assets, such as money, securities or commodities, through a network of shared computers.<sup>20</sup> Blockchain technologies are characterized by being open-source technologies, with no central server or central entity controlling the distributed public ledgers. Moreover, blockchain technology's key features are the presence of a peer-to-peer network, the use of cryptographic algorithms, the employment of a decentralized consensus mechanism<sup>21</sup> and a permanent record system, where transactions are recorded, without the intervention of trusted third parties.

In this technical environment, the consensus mechanism is a process of solving mathematical problems, in order to validate blocks: this activity is carried out by nodes, a network of computers, who offer their computing power in exchange for getting newly minted crypto coins. The consensus mechanism provides rules on how to resolve double spending, by determining which of two conflicting transactions is admissible. From another point of view, the consensus mechanism is also a new form of auditing

---

19. Regulation (EU) 910/2014, Annex II, Art. 3.

20. Trevor Kviat "Beyond Bitcoin: Issues in Regulating Blockchain Transactions", 2015, Vol.65 Duke Law Journal, pages 569-608; see also Don Tapscott and Alex Tapscott, "Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin is Changing Money, Business and the World", 2016, Penguin Random House LLC.

21. Aaron Wright and Primavera De Filippi "Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia" ,2015, at pages 4-5, available at [https://www.intgovforum.org/cms/wks2015/uploads/proposal\\_background\\_paper/SSRN-id2580664.pdf](https://www.intgovforum.org/cms/wks2015/uploads/proposal_background_paper/SSRN-id2580664.pdf).

because only those transactions, which has been validated by the nodes, are added in the blockchain. Blockchain is a chronological database of transactions validated and recorded by nodes. This chronological database is encrypted and broken into blocks.

Miners collect the incoming transactions through an incoming packeting process. In order to create valid blocks, miners must solve a mathematical problem. Once this problem is solved, the other network's nodes verify that the solution corresponds to a previous transaction. Basically speaking, when nodes check that another node created a new block, whose hash in the header, has the same value as the hash value of the verifying node, the latter recognizes the new block to belong to the valid chain. This is the proof-of-work consensus model employed for Bitcoin transaction. In the Bitcoin protocol, the hash of the previous block is referenced by 256-bit hash in the hash prev block field in the block header.<sup>22</sup>

Once the transaction is validated the new block is added to the ledger and is propagated through the network until every node has an updated version of the blockchain. Rather, blockchain exists on the personal computers or other mobile devices of all those persons or entities, who take advantage of this technological tool.

The most famous application of blockchain technology is Bitcoin. As has been seen, though the backbone technology on which Bitcoin run, is quite complicated, moving Bitcoins is quite simple. A user can purchase Bitcoins online, from miners, exchanger platforms or from private sellers on online marketplaces, as well as, in person from local sellers or ATMs. To transfer Bitcoins, the seller and the buyer must own a wallet, which is made up of two mathematically related keys: a public key and a private key. Wallet owners are identified by the public key, which serves also as a pseudonym. In order to process a Bitcoins transaction, the seller takes advantage of a computer program or an app, through which he needs to enter only the recipient's Bitcoin address, the payment amount and click send: a significant feature of public keys is that they are not inherently tied to the user's real-world identity. Technically speaking, a Bitcoin owner employs his private key, in order to sign the hash of the transaction in which he got Bitcoins. In this way, the user proves that he owns Bitcoins. At the same time, the owner authorizes with the private key the transfer to the public address, representing the receiver's wallet.

## **5. THE ADMISSIBILITY OF BLOCKCHAIN RECORDS IN LEGAL PROCEEDINGS**

Blockchain technology's main feature is the absence of a central authority: every update is automatically carried out on every computer of the blockchain network through a constantly-updating algorithm. Moreover, due to the absence of human intervention in generating the record, blockchain records may be considered as computer-generated. As has been seen, even if a user employs an app in order to

---

22. Andreas M. Antonopolous "Mastering Bitcoin", 2015, Sebastopol CA, O'Reilly, at XX.

transfer, for example, Bitcoins, and enter data such as the recipient's address and the payment amount, the receipt of this transaction is generated without human influence.

Legally speaking, even if it is put relevance on the circumstance, for example, that a Bitcoin transaction is signed by the employment of the user's private key, the user's private key is a data linked to another data. Indeed, the validation process is done by a network of shared computers and blockchain is a shared technology, whose records are computer-generated. It is a plain consequence that the e-IDAS Regulation does not apply to blockchain technologies for two reasons: on one hand, there is no qualified trust service provider, which met the requirements set out by art. 24 e-IDAS Regulation, and on the other hand, the advanced and qualified signatures conditions are not fulfilled. However, it may be recalled art. 25 e-IDAS Regulation, according to which an electronic record should not be excluded for being an electronic record, even if it does not meet the requirements of the e-IDAS Regulation. A Judge is bound to apply rules found in legislation. Consequently, a Court cannot exclude blockchain receipts solely because it is an electronic record. But a blockchain record would be subject, or better subsumed under the civil procedure rules of every European Member State.

This would lead to a legal fragmentation in Europe because every Member State would recall its own rules on evidence law. For example, in Italy, all digital records which have no digital qualified or advanced signature should be regulated by art. 2712 civil code, as real evidence. This leads to further consequences: a record with a qualified digital signature may be subject to a voidness procedure when a party argues that its private digital key to sign digital documents has been abused by an unauthorized person.<sup>23</sup> In case of a positive outcome, the legal effects of the record are void.<sup>24</sup> Another procedure, whose aim is to object to the authenticity of a private signature of a paper-written record, is a sort of exclusion procedure. The outcome of an exclusion procedure may lead to the exclusion of the record from the legal proceeding and consequently, the receipt or record is not comprehended in the proofs, part of the weighing process, carried out by the Court.<sup>25</sup>

The voidness, as well as the exclusion procedure, may not be employed in case of real evidence. As a consequence, a Court can ascertain the integrity and authenticity of the digital record by employing other means of evidence. In this scenario a digital record is not formally excluded from the proofs produced in the legal proceeding and a Court may still decide over the fact represented, even if a party argues on its integrity or on its authenticity. In other words and changing example, if a digital picture is produced and a defendant raises objections on the integrity of the picture because the event represented was manipulated with Photoshop, a Court may still

---

23. Art. 221 and following of the Italian civil procedure code.

24. See for example sentence of Tribunale di Bari number 2741 of 2012.

25. Sentence of Corte di Cassazione number 23155 of 2014.

decide over the fact represented in the submitted picture.<sup>26</sup> By this simple example, it becomes clear that the failed adjustment of the law of evidence to new technological developments added legal risks because the admissibility of a digital record, whose integrity or authenticity has been questioned, is left to the sole judgment of a Judge, without legislative parameters.

As has been previously seen, matters like unauthorized employment of digital key to sign digital records requires the party to lodge a legal proceeding, in order to request the voidness of the legal effects of a digital record. Certainly, this party is called to sustain its position.<sup>27</sup> A similar scenario is possible also with blockchain technologies: the blockchain network is not able to distinguish between a transaction submitted by the actual user and a malicious user with unauthorized access to the private key. Further, the reliability and accuracy of digital records on the blockchain are still not addressed. If a piece of false or wrong information is registered, as long as the correct protocols are employed, this record will be accepted by the network and added to the blockchain. In these cases, the aggrieved party would have legal difficulties to request the voidness of the legal effects of a blockchain recorded transaction because in Italian law voidness and exclusions procedures are only foreseen for paper-written records and for those digital records signed with an advanced or qualified signature. Being blockchain receipts computer-generated without human intervention, there is a legal vacuum because the Italian law of evidence does not expressly cover the legal admissibility of this kind of digital records.

In order to stress the point of how blind is the choice to leave the legal point of the admissibility of blockchain records in legal proceedings solely to a Judge, it would be useful to change law sector and add an example from criminal law. It is technically possible to record on blockchain backups of link lists to child pornography. According to section 184c of the German criminal code,<sup>28</sup> a person may be charged for possession of illegal content when she knowingly possess an accessible holding of the said content.<sup>29</sup> Further, section 11 comma 3 of the German criminal code hardware disk,<sup>30</sup> as well as, sound and video recording are equated by the German legislator to written documents. The critical legal point is the following: a hard disk holding blockchain, where is recorded an illegal content which can be easily be resembled by a user, would

---

26. Nathan Wiebe “Regarding Digital Images: Determining courtroom Admissibility Standards”, 2000, *Manitoba Law Journal* vol 28 no.1, p.61-77: in this paper the author specifically addressed the legal problems related to digital pictures.

27. Sentence of Tribunale di Roma number 1127 of 2017.

28. Section 184c German criminal code available at <https://dejure.org/gesetze/StGB/184c.html>.

29. Matzutt, Hiller, Henze, Ziegeldorf, Müllmann, Hochfeld, Wehrle “A Quantitative Analysis of the Impact of Arbitrary Blockchain Content on Bitcoin”, 2018, on Conference: Financial Cryptography and Data Security 2018, At Curaçao, available at [https://www.comsys.rwth-aachen.de/fileadmin/papers/2018/2018\\_matzutt\\_bitcoin-contents\\_preproceedings-version.pdf](https://www.comsys.rwth-aachen.de/fileadmin/papers/2018/2018_matzutt_bitcoin-contents_preproceedings-version.pdf).

30. Section 11 German criminal code available at <https://dejure.org/gesetze/StGB/11.html>.

be considered as a document, so that the user may be charged for possession of illegal content? This legal point is not easy to be solved because law principles which guarantee the fundamental constitutional rights of a citizen, such as the principle of legality, the principle of no-retroactivity and the prohibition of analogy reasoning *in malam partem*<sup>31</sup> must be respected. Accordingly, the principle of legality implies that a criminal offense and its sanctions should be based only on a prior enactment of a prohibition that is expressed with adequate precision and clarity. As a consequence, the employment of the analogy reasoning *in malam partem* is not allowed, because this would mean to ascribe a new criminal offense which is not clearly proscribed by a legal provision.

From this last example, it is clear that a Judge is called to apply the rules found in legislation and to decide over a single specific case. It is not the role of a Judge to create new rules when there is a legal vacuum. In a constitutional democracy, a legislative gap should be covered by the Parliament. According to Constitution Law, one of the main function of the Parliament, as elected branch, is to assume the responsibility of law reforms, especially those law reforms which has an impact over several law sectors, such as civil or criminal laws. And a law reform would imply a re-examination of subsidiary rules, in order to implement law reforms.

## 6. TECHNOLOGICAL IMPROVEMENTS: DOES IT SOLVE LEGAL QUESTION?

Blockchain technologies are based on a double consensus: consensus of the natural or legal person, who employs this technology in order to transfer money or other assets and the consensus protocols, on which the functioning of blockchain technologies are based. As has been seen consensus protocols rules are a specific set of rules, which determine who, under what circumstances and when a transaction can be carried out. Further, protocols set also rules on double-spending that nodes on the network will implement during the validation process of the block and of the transactions within it.

Blockchain receiving system poses legal problems on its admissibility, as for example when a user would like to get the annulment a transaction validated by the blockchain networks because his private key was abused by an unauthorized person. Or when a user would like to correct information registered in a distributed ledger because it is not correct or false.

There are calls to leave these legal issues to self-regulation:<sup>32</sup> the technology itself and the market would find out an adequate technological solution. In particular, it has been advanced the idea to manipulate blocks through the employment of a special

---

31. Ferrando Mantovani „Diritto Penale, Parte Generale“, 3rd edn, Cedam Padova 1992, p.974.

32. As in note 20.

chameleon hash.<sup>33</sup> A chameleon hash<sup>34</sup> is a cryptographic function which contains a trapdoor: everyone, except the holder of the trapdoor information, is prevented from computing collisions. Blockchain relies on a chain of hashes which connects the blocks, creating a sequence of blocks. The information contained in the blocks is permanently recorded because of the collision resistance of the hash function. However, if a lock is added to each link of the hash chain, it would be possible to find collisions and consequently to replace the content of a block in a chain.<sup>35</sup> Most importantly, only the holder of the trapdoor information allows him to efficiently generate collisions.

Taking advantage of a special chameleon hash, in concrete, this would mean to redact any block in the blockchain keeping the integrity of the original blockchain. As a consequence, there is no need to create a hard fork and to rebuild blocks. In order to identify the corrected blocks, the changes carried out on the block should leave a mark, which cannot be removed even by the holder of the trapdoor information.

Redacting the block appears to be simple: the chameleon hash is employed to unlock the link between the block that must be changed and its successor. The chameleon hash allows replacing the block with a new one without breaking the hash chain. Redaction is publicly examined by existing miners because they must approve the new blockchain and have access to old copies. Another advantage of this technological solution is that it is possible to maintain the virtue of immutability, which characterizes the blockchain technology.

This special chameleon function, on one hand, provide a technical solution, in order to correct or updates blocks, but on the other hand adds a new problems: the management of the trapdoor key with an eye of the specific application which is running on blockchain and the management conflict when miners do not agree with the redacted blocks and the new blockchain.

On the first issue, emerges the difference between a permissioned and a permissionless ledger. Indeed, it is easier to employ a chameleon hash function in permissioned ledgers. With a permissioned ledger, a developer may choose to make the ledger available for everyone to read, but may limit the parties who can transact on the blockchain and also set who can serve the network by writing new blocks on the chain. The trapdoor key would be managed by the developer or by a predetermined set of parties.

Though it appears to be more difficult to employ a chameleon hash function in a permissionless ledger, like the one, for example, on which Bitcoin is running, several

---

33. Ateniese, Magri, Venturi and Andrade “Redactable Blockchain or Rewriting History in Bitcoin and Friends” 2nd IEEE European Symposium on Security and Privacy—EuroS&P 2017 available at <https://eprint.iacr.org/2016/757.pdf>.

34. Krawczyk, H., Rabin, T. “Chameleon hashing and signatures” Proc. Network and Distributed System Security Symposium (NDSS) 2000, Internet Society, pp. 143-154.

35. As in note 29.

key management solutions may be advanced. The easiest would be the distribution of the trapdoor key to public authorities, dealing with digital and crypto-economy or to an authority created ad hoc for this new emerging sector. More complicated appears to be the management of the trapdoor key when it is distributed to miners: in a permissionless blockchain environment, where potentially everyone can serve the network as miner in order to create blocks, it would be necessary to write requirements to identify who within the miners community should hold the trapdoor key, in order to correct blocks.

An alternative would be to distribute the trapdoor key to a predetermined number of miners: in reality, mining is no more a hobby performed by early adopters on ordinary personal computers: according to the data of blockchain.eu mining activity is professionally carried out. According to this data, mining pool like KnCMiner or GHash.io ceased their activity in 2016, while BTC.com was launched in the same year.<sup>36</sup> It appears there is a frequent entry of new mining pools and the exit of a successful one. If one mining pool, who owns a trapdoor key, ceased its activity, what procedures and rules will be applied, in order to transfer the trapdoor key to another mining pool operator? Therefore it should be ensured that the trapdoor key, would not be sold or distributed without control, in order to avoid abusive employment of the trapdoor key. Another scenario may be that a mining pool operator is part of a business, whose company get into administration: would the trapdoor key be considered as an asset? If so, would bankruptcy law apply? Or would the trapdoor key simply be considered lost?

But apart from the trapdoor key management, there is a second and more tricky question: what happens when miners do not agree with the redacted blocks and the updated blockchain? Mining pools operators hold considerable power in terms of which protocol rules they want to support by running client implementation. Miners ensure that only blocks as defined in the protocol are added to the blockchain. If a redacted block enforce rules not recognized by the majority of miners, they would reject the redacted blocks. The result may be a conflict within the network, in which there is one chain backed by a considerable computing power but not accepted by the holder of the trapdoor key and a chain considered valid by the holder of the trapdoor key but not backed by as much computing power. If nothing is established in a protocol on how to solve this conflict, it may be thought that the dispute would be brought to a Court. Again, we are pussyfooting around the same core question: would a blockchain record be admitted in a legal proceeding, in order to get a sentence on this issue?

When a new technology is dipped into economic reality, it is no more a question of conflict management or to correctly write protocols in order to establish who, under

---

36. Compare data mining available at <https://www.blockchain.com/en/pools> and Hileman and Rauchs "Global Cryptocurrency Benchmarking Study" Cambridge Center for Alternative Finance available at [https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user\\_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2017-global-cryptocurrency-benchmarking-study.pdf](https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2017-global-cryptocurrency-benchmarking-study.pdf), pag 92.

what circumstances and condition a block may be redacted. Or what would happen to the trapdoor key when the mining pool operator ceased to work or how would be a conflict between mining pool operators and the trapdoor key holder be solved in case of disagreement over a redacted block. It is a question to provide legal procedures, dynamic rules to a new technology which is going to be employed in the real world in more economic sectors, impacting on several laws.

Further, independently from the economic sector, where blockchain is employed, it is also a question to grant to a natural or legal person to be in the legal condition to bring a claim, in order to exercise a right, it assumed to be infringed. Technical improvements, as the special chameleon hash, provide a technical solution to the exigence to modify or change a block recorded in the blockchain. But the legal question on blockchain admissibility in a legal proceeding remains on the floor.

From the above examples, in a constitutional democracy, it is the duty of the Parliament, as an elected branch, to assume the responsibility to provide a regulation of blockchain technology and to grant the constitutional right to grant the access to justice. According to an Italian sentence of the Constitutional Court, sentence number 18 of 1992, the right of defense and access to the justice must not be deleted or diminished: this right may be diminished also when a party experiences obstacles in bringing a claim to a court. In absence of specific rules, it is the duty of the Parliament to remove these obstacles.

A Parliament is a right place, where a law reform on new technology should be discussed and enacted. A law reform may have an impact on several law sectors, not only commercial or criminal law, but also on bankruptcy, administrative, procedural and evidence law. A reform implies also the examine subsidiary rules and to change them, if necessary. Therefore, a Parliament is in the position to fully appreciate the economic and policy implications it is asked to make and to address the economic policy of a country.

## **7. CONCLUSIONS**

Blockchain technologies raise challenges, which require a tough reply: a legislator could take this hint to dictate a completely new discipline on the digital records law of evidence.

As has been seen in section one, digital records raise several questions about integrity and authenticity. Actual rules on the evidence law are addressed to paper-written documents, whose provisions are not always fit to be interpretatively or analogically extended to digital records. The European legislator decided to introduce advance or qualified signatures in order to equate digital documents to written-paper documents. However, digital records and blockchain records cannot be thought in the same terms as paper-written documents: for example, paper-written records may exist in originals and copies, digital records not. Digital records are technologically different and pose different legal problems. However, the admissibility rules for paper-written

and digital records are still the same. Further, as has been seen in section three legislator failed to rule on records generated by computers without human intervention, which are also subject to the same admissibility rules.

In section four were explained how blockchain technology works, also by providing the example of how a Bitcoin transaction is technologically carried out behind the curtains of an app. Considering the features of blockchain technologies, in section five was discussed that blockchain records would be admitted in legal proceedings according to the civil procedures rules of every single European Member State. This lead to a legal fragmentation in Europe, because every Member States has its own procedural rules. For example, in Italy, if blockchain records are admitted as real evidence a Court is called to evaluate the integrity of an information system and the record produced. As has been pointed out, blockchain technologies do not address the reliability and the accuracy of a record, so if a protocol was respected a record with a wrong or false information would be added to the blockchain. The aggrieved party would not have a proper procedure to rely on, in order to request the voidness of the content of that receipt or its exclusion from the legal proceedings.

Moreover, in section six, was discussed whether technological improvements may make up the deficit of legislative intervention. Technological advancements are a response to needs, in order to keep blockchain competitive. However, between the several ideas on the economic sector where blockchain technology may be applied and its implementation, there is a legal span because the real economy experiences also conflicts and legal disputes. Disputes would mean the application of procedures to grant the right of both parties to present their case: as a consequence, the admissibility of blockchain records in legal proceedings is an unavoidable question for a legislator.

In conclusion, blockchain records and digital records raise several legal questions on the law of evidence: it would be a quite blind choice to pass to the Courts the duty to decide over legal problems put on the floor especially by blockchain technologies for three legal reasons.

Firstly, Courts are bound to apply the rules found in legislation. It is perfectly true, that there are interpretative means and mechanisms which allow a Court to extend or to analogically apply existing rules or principles to new circumstances. As has been seen, the law of evidence is still focused on paper-written documents, whose technological problems are completely different from digital records. For example, with digital records it is extremely difficult to distinguish between the original record and its copy: the actual provision provides rules which cannot be applied to an information system. This has an impact on civil procedural means, such as whether exclusion procedures may be applied or not in the single case.

Secondly, a legislator should keep in mind that a Court is called to decide over one single case. It is not the role of a Judge to provide a general rule because, in a constitutional democracy, the power to modify a provision or dictate a new one is reserved to a Parliament: only this one is in the position to fully appreciate the

economic and policy implications it is asked to make. This kind of major changes to the law requires, for example, to modify subsidiary rules.

And finally, it is a question of constitutional law. In an advance constitutional democracy, it is the duty of the Parliament, as an elected branch, to assume the responsibility of a law reform, whose policy and economic implications were fully analyzed and discussed by its members.

It would also be a blind choice to pass the duty to decide over legal problems solely to the technology and its improvements. As has been seen technological improvements may provide a solution to an exigence. However, blockchain technology is not kept in a closed environment but would dip into the real economy: the admissibility of blockchain records is key legal point, in several law sectors.

These are the legal risks for a failed adjustment that a legislator assumes and which would also have an impact on the economic growth of a country because legal certainty encourages investments.



## Ação de direito material e exercício da ação popular nas vias judicial e administrativa

The possible exercise of the citizen suit in Judicial and Administrative Courts

**Tamyres Tavares de Lucena**

*Master of Laws from the Federal University of Pernambuco, Brazil.*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Ação Popular e controle dos atos estatais: um novo entendimento acerca dos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo; 3. Processo judicial e processo administrativo: possíveis vias de exercício da ação popular; 4. Ação de direito material e exercício da ação popular na via administrativa; 5. Ação popular administrativa e judicial: distinções; 6. Contrapontos à ação popular material; 7. Ação popular material no processo judicial e no processo administrativo.

**Resumo:** O trabalho aborda como a teoria da ação de direito material pode fundamentar o uso da ação popular tanto em âmbito judicial, como também nos processos administrativos, em razão do destacado papel que tal ação possui no sistema de controle dos atos da Administração Pública. Como pano de fundo dessa discussão, expõe-se o desenvolvimento do Direito Administrativo conforme o ideal da “supremacia do interesse público”, princípio cuja soberania no ramo do direito público vem sendo questionada, à luz da efetivação dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Ação de direito material – controle da Administração Pública – ação popular – processo administrativo.

**Abstract:** The essay exposes the development of the Administrative Law based on the principle of the “public interest supremacy” and how this ideal affected the system of judicial review of the state acts, focusing in the use of the citizen suit. Then it is proposed the exercise of the citizen suit in the judicial and administrative Courts in order to expand the potential use of this especial remedy.

**Key-words:** judicial review – administrative process – citizen suit – judicial control of the state acts.

## 1. INTRODUÇÃO

Quando se trata de controle dos atos estatais – tema bastante caro ao direito público – logo se mostra necessário fazer menção à ação popular, um dos meios mais tradicionais para se tentar submeter os entes públicos ao direito e à lei. Como a ação popular é marcada pela peculiaridade de ser postulada por um cidadão, a sempre delicada relação entre Poder Público e particulares assume aqui destacada relevância, eis que a forma como essa relação de poder é tratada pelo ordenamento e pelos estudiosos da matéria irá influenciar na efetividade do controle possibilitado pela ação popular.

A ação popular, como possibilidade legal de controle e reivindicação perante o Poder Público, há muito consta de nosso ordenamento, razão pela qual se fez presente em diferentes fases do desenvolvimento do Estado e sua relação com os cidadãos, assim como acompanhou o gradual reconhecimento de bens coletivos passíveis de tutela. Tudo isso faz necessário que o estudo da ação popular leve em conta as transformações pelas quais passaram as relações de direito público nos últimos anos, contextualizando seu tratamento legal com as exigências que a nova ordem constitucional e a evolução do direito administrativo trouxeram para o controle da atuação estatal.

Essa busca pela máxima efetividade da ação popular permite se vislumbrar potencialidades de seu exercício em diferentes vias (judicial e administrativa), como também diversas possibilidades de tutela, indo além do que tradicionalmente se entendia como participação do cidadão na atuação administrativa. Para tanto, toma-se como base a teoria da ação e os diversos planos em que o fenômeno jurídico pode se manifestar (material, processual, pré-processual), a fim de se melhor compreender o efetivo poder de controle e intervenção da ação popular.

## 2. AÇÃO POPULAR E CONTROLE DOS ATOS ESTATAIS: UM NOVO ENTENDIMENTO ACERCA DOS PARADIGMAS TRADICIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Ao analisar o processo de formação do direito público europeu pós-Revolução Francesa, García de Enterría trata dos fundamentos de um Direito Administrativo em

construção, que se valeu do conceito moderno de liberdade e individualismo pós-revolucionário, para admitir restrições aos cidadãos apenas quando fundamentadas em lei (*la libertad de los modernos*).<sup>1</sup> Essa noção se fez presente no modelo de Administração exportado por Napoleão para as demais nações europeias sob seu jugo e, com a instauração do contencioso administrativo, possibilitou-se o questionamento da legalidade dos atos administrativos e sua possível anulação.<sup>2</sup>

O doutrinador espanhol afirma que essa possibilidade de contraste dos atos administrativos com a lei, a qual marcou o início do Direito Administrativo, não existiria apenas para garantir que a atuação da Administração observasse a estrita legalidade. Seria viável também para a anulação de um ato administrativo visando a um direito subjetivo do cidadão, não para forçar determinado comportamento na Administração, mas para garantir que a esfera vital de direitos da pessoa não fosse afetada sem observância das competências e procedimentos legais.<sup>3</sup>

Ao tratar das origens do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello também afirma que este nasce com o Estado de Direito, disciplinando as relações entre Administração e administrados, com o fito de manter a conduta estatal restrita às disposições legais e proteger o cidadão contra os descomedimentos dos detentores do poder.<sup>4</sup>

Sustenta que o regime jurídico-administrativo fundamenta-se sobre a denominada supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração, sendo a supremacia do interesse público um axioma que, em suas palavras, “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.”<sup>5</sup>

A propósito, a ideia de um interesse público superior a nortear a atividade estatal é comumente suscitada pelos estudiosos da matéria, seja para justificar a autoridade que

1. Esse termo a que García de Enterría apenas faz referência é parte de uma distinção cunhada por Benjamin Constant, em que são opostos os conceitos de *liberdade dos antigos* e *liberdade dos modernos*. A liberdade dos antigos tem mais acentuada a participação política, pois, na Cidade grega, a participação na decisão política, no seio da assembleia do povo, era a única expressão da liberdade, podendo a regra democraticamente elaborada entrar em todos os pormenores da existência cotidiana do cidadão, a ponto de privá-lo de toda autonomia e, ainda assim, este se considerava um homem livre. Já a liberdade dos modernos teria como aspiração menos a participação no poder, concentrando-se mais em subtrair do domínio público a condução da existência individual. A liberdade civil, para os Modernos, seria a verdadeira liberdade. (RIVERO, Jean. *Libertades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 54).
2. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. pp 186-194.
3. ENTERRÍA, Eduardo García de. Op. Cit. p. 195.
4. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47.
5. Idem. *Ibidem*. pp. 69-75.

o Estado desfruta em suas relações jurídicas com os particulares,<sup>6</sup> seja para temperar a estrita vinculação dos atos da Administração à lei, a fim de que as formalidades legais não sejam direcionadas para beneficiar os interesses particulares de grupos influentes.<sup>7</sup>

Essa noção de interesse público sempre se mostrou muito cara ao Direito Administrativo, porque justifica o regime jurídico especial dos entes públicos e seus respectivos atos (atributos e prerrogativas), a fim de se atender ao bem geral. Logo, como fim último da atividade administrativa, o interesse público deveria permear toda esta atuação, não sendo compatíveis com a ordem jurídica os atos praticados sem tal finalidade, de acordo com o entendimento clássico da matéria.

No entanto, essa configuração tradicional do Direito Administrativo, cuja suposta defesa do interesse público coloca a Administração Pública em posição de primazia sobre os administrados, vem sofrendo fortes críticas da doutrina nos últimos anos.

Para Gustavo Binenbojm, o caráter autoritário do Direito Administrativo seria decorrente de um “pecado original”, que se manifestou desde o surgimento desse ramo autônomo do direito. Em suas palavras:

A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de Direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do

- 
6. Carlos Ari Sunfeld afirma que a existência do Estado é justificada pela necessidade de atender a certos interesses coletivos que os indivíduos isolados não poderiam alcançar, sendo estes *interesses públicos* atribuídos ao Estado e qualificados pelo direito como mais relevantes e prioritários, quando confrontados com os direitos particulares (*Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 154). Nessa mesma linha, Hely Lopes Meirelles dispõe que “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o *bem comum*. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins dos fins da Administração” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 50).
  7. Maria Sylvania Zanella di Pietro identifica a premência do interesse público na atividade administrativa, em especial na aplicação da lei, nos seguintes termos: “Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*, que torna o ato ilegal.” (*Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 66).

Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.<sup>8</sup>

A partir daí, sustenta uma mudança dos velhos paradigmas do Direito Administrativo, em especial a supremacia do interesse público, pois a determinação *a priori* de uma preponderância dos interesses públicos sobre os privados não seria compatível com o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição, bem como com a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais.<sup>9</sup>

Aliam-se a essa posição crítica Alexandre Santos de Aragão, para quem o interesse público deve ser considerado pela Administração de forma ponderada com outros valores constitucionais e não sempre de forma superior a estes;<sup>10</sup> assim como Daniel Sarmiento, o qual destaca que a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos é um imperativo constitucional do Estado, sendo por isso também um interesse público,<sup>11</sup> além de outros estudiosos.<sup>12</sup>

Nessa mesma linha, Raimundo Márcio Ribeiro Lima também identifica uma vertente autoritária no direito administrativo desde seu reputado nascedouro, logo após a Revolução Francesa, defendendo que o direito administrativo, de fato, nasceu da necessidade ou imperiosa comodidade de prescrever meios ou instrumentos diferenciados para lidar com questões relacionadas ao Poder Público. Isso teria resultado em um regime que outorgava enormes privilégios ao Estado, já em fins

- 
8. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.
  9. BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit. p. 31.
  10. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 05.
  11. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 83.
  12. Nesse mesmo sentido, veja-se: SILVA, Frederico Rodrigues. A relatividade da Supremacia do Interesse Público: um estudo comparado. In: *Direito Público*. v. 8. n. 43. jan.-fev. 2012. pp. 195-230; SADDY, A. Conceito de interesse público em um Estado em transformação. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. a. 10. n. 108. fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010. pp. 29-42; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Discricionariedade Administrativa e interesses públicos: superando a supremacia em busca da ponderação. In: *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. a. 11. n. 122. abr. 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 9-21; PEDRON, Flávio Quinaud. O Dogma da Supremacia do Interesse Público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. In: *Direito Público*. n. 28. jul.-ago. 2009. pp. 217-234.

do século XVIII e início do século XIX, o qual, em alguns pontos, ainda perduraria até nossos dias.<sup>13</sup>

Para este autor, o direito administrativo no Brasil absorveu diversas contribuições estrangeiras em sua formação e desenvolvimento, além da já citada tradição francesa, como a adoção do sistema de jurisdição una, de influência norte-americana, e da noção de mérito administrativo, do direito italiano, entre outras inspirações. Contudo, não se teria visto livre do exercício autocrático das funções públicas,<sup>14</sup> característica que ainda se mostraria presente no nosso regime de direito público, em que se outorgam garantias privilegiadas aos entes estatais, com base, notadamente, na supremacia do interesse público.

Essa ideia de supremacia dos entes públicos nas relações de direito encontra sustentação já em obras clássicas do direito administrativo. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que a manifestação de vontade do Estado-poder, em relação a sua organização e ação, se exterioriza num plano de superioridade com relação a seus órgãos, entidades políticas menores e aos particulares e, ante o “caráter autoritário dela” (manifestação de vontade estatal), confere e assegura direitos a todos eles, ao mesmo tempo que lhes impõe obrigações, porque regida pelo direito.<sup>15</sup>

Esse mesmo autor ressalva que as possíveis lesões a direitos de terceiros, decorrentes do exercício das respectivas atribuições dos órgãos do Estado-poder, seriam resolvidas pela reparação das perdas e danos, compondo-se os prejuízos havidos, configurando-se nesses estritos termos a responsabilidade do Estado-poder.<sup>16</sup>

Vê-se que, em sua clássica doutrina publicista, admite-se o resguardo dos direitos de terceiros perante a atuação do Poder Público, como um imperativo essencial do direito administrativo. Todavia, apenas se reconhece a possibilidade de reparação patrimonial dos eventuais danos. A responsabilidade do Estado aqui assume um caráter ressarcitório, sem se cogitar de outros deveres legais exigíveis do poder estatal em decorrência de sua sujeição ao direito, assumindo o Poder Público posição de primazia na relação jurídica que encabeça.

Em que pese não ser unânime essa tendência atual de conclamar a incompatibilidade da supremacia do interesse público com o próprio Estado Democrático de Direito e

---

13. Da mesma forma que Gustavo Binenbojm, este autor também contesta o nascimento do direito administrativo a partir da Lei de 28 *pluviose* do ano VIII (1800), tida como a origem formal do direito administrativo. Afirma que a gênese do direito administrativo estaria ligada ao caso *Arrêt Blanco*, já na metade do século XX, no qual ficou definida a existência de um direito aplicável aos particulares, conforme a regra do direito civil, e outro, entre a administração pública e o particular, o qual seria o direito administrativo. (LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 36-37).

14. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. Cit. pp. 50-52.

15. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros: 1979. p. 70.

16. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. Op. Cit. pp. 71-72.

os direitos fundamentais,<sup>17</sup> é certo que a vertente crítica desse axioma trouxe à tona diversas questões as quais não devem ser ignoradas quando se considera a atuação da Administração Pública frente aos novos preceitos constitucionais. A relação entre Administração e administrados é tida, atualmente, como um dos pontos fulcrais na reflexão acerca dos problemas do direito administrativo, tendo em vista que os novos parâmetros que regem o direito público demandam mudanças na tradicional relação fechada e refratária entre a Administração e a sociedade, bem como no tratamento dos indivíduos como súditos, e não como cidadãos.<sup>18</sup>

Merece destaque, em especial, a crítica à visão unitária do interesse público. O amplo espectro de direitos e garantias albergados em sede constitucional compreende interesses de diversas naturezas, podendo-se identificar tanto aqueles de caráter individual, quanto os de feição coletiva, havendo ainda os de cunho civil, político, econômico, social, dentre outros.<sup>19</sup>

A concepção heterogênea da atual Constituição, representativa de uma sociedade complexa e pluralista, permitiria concluir não haver apenas um interesse público, mas vários. Essa multiplicidade conduz a doutrina contemporânea a defender a impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sendo certo que interesses relevantes (como saúde pública, segurança, defesa do patrimônio público

- 
17. Maria Silvia Zanella de Pietro é uma forte crítica dessa corrente, pois defende, a princípio, que a noção de interesses gerais diversos dos interesses individuais encontra suas origens desde a antiguidade greco-romana, tendo o princípio do interesse público no direito administrativo se desenvolvido, principalmente, com o advento do Estado Social de Direito e a crescente atuação estatal em diversos setores. Argumenta ainda que “a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Para esse fim, tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, *nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico*. Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado” (O princípio da supremacia do interesse público. *In: Interesse Público*. a. 11. n. 56. jul.-ago. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 36-48).
  18. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 220.
  19. Ao tratar da *ideologia constitucional* e sua presença no conceito material de Constituição, o professor Ivo Dantas leciona que aquela deve representar a ordem constitucional como um todo, incluindo-se aí os princípios consagrados pela sociedade, de diversas naturezas: econômicos, culturais, políticos, etc. Contudo, o constitucionalista pondera que os diversos valores que compõem a ideologia constitucional consagrada são frutos de uma tentativa de *consenso* dos representantes que elaboram o texto da Constituição e não de uma *unanimidade* (*Constituição e Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. pp. 45-46). Relaciona-se com essa ideia o quanto defendido por Gustavo Zagrebelsky, o qual destaca a necessária coexistência de valores e princípios em uma Constituição, para que esta se mantenha compatível com sua base material pluralista, além de comprometida com escopos de unidade e integração. Tal conjuntura exigiria, por sua vez, que tais valores e princípios não assumissem um caráter absoluto, a fim de que pudessem coexistir entre si de forma compatível (*El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 14). Como bem expõem os estudiosos citados, a heterogeneidade de valores que costumam compor uma Constituição é um dado que não deve ser ignorado, especialmente no âmbito das constituições dirigentes, da qual a brasileira é um exemplo.

etc.) podem conflitar no caso concreto, nem sempre havendo regra predeterminada que defina a preponderância de um sobre o outro.<sup>20</sup>

Ademais, com a superação do Estado Liberal e o advento de uma sociedade mais aberta e democrática, a rígida separação entre as esferas pública e privada na ordem jurídica não se mostraria mais suficiente para regular as relações que se formam, até mesmo pela própria imprecisão dos referidos conceitos.<sup>2122</sup> A consagração em sede constitucional de direitos sociais torna exigível do Estado o atendimento de expectativas privadas e, portanto, essa esperada atuação mais incisiva do Poder Público nas relações sociais culminaria por trazer para as relações privadas parâmetros de direito público e vice-versa.<sup>23</sup>

Esse notável agigantamento do Estado, a partir do significativo aumento de sua esfera de intervenção, em grande medida, contribuiu para a crise pela qual passa o direito administrativo. Quanto mais se aumentavam os fins do Estado e a consequente necessidade de expansão de seus serviços em benefício da coletividade, mais se mostrava evidente a anacronia dos cânones conceituais do direito administrativo, porquanto as velhas estruturas careciam de eficiência em atender às novas demandas advindas das Constituições mais recentes.<sup>24</sup>

Jean Rivero bem notou a distinção entre os clássicos direitos que consagravam as chamadas liberdades públicas e aqueles posteriormente reconhecidos, de natureza diversa, os quais buscavam garantir um mínimo de segurança material, implicando diversos deveres positivos ao Estado. Em suas palavras:

Esses direitos do homem, tão essenciais quanto aqueles que inicialmente haviam sido reconhecidos, contudo, distinguem-se deles profundamente do ponto de vista jurídico: conferem a seu titular, não um poder de livre opinião e de livre ação, mas um crédito contra a sociedade, obrigada a fornecer, para lhes satisfazer, prestações positivas que implicam a criação de serviços públicos: seguridade social, serviço de colocação de emprego, ensino etc.<sup>25</sup>

20. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. pp. 6-7.

21. SARMENTO, Daniel. Op. Cit. pp. 49-50.

22. Nelson Saldanha observa que o advento do liberalismo, no mundo ocidental, consagrou correlativamente o racionalismo burguês e a secularização da cultura, os quais aliados ao aumento demográfico, contribuíram para a tecnocracia e os regimes de massa que eclodiram no século XX. Essa “massificação”, ao lado do incremento das comunicações, resultaram por rebentar as divisões entre publicidade e privacidade. (*O Jardim e a praça*. Porto Alegre: SAFE, 1986. p. 19).

23. Como exemplo dessa tendência, pode-se apontar as relações de consumo, reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/95), tendo em vista que a própria Constituição, em seu art. 5º, inc. XXXII, já determinava que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Com isso, relações tipicamente privadas passaram a ser regidas também por normas de ordem pública, em virtude das fortes repercussões sociais que advém das relações de consumo.

24. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. Cit. pp. 56-57.

25. RIVERO, Jean. Op. Cit. p. 12.

Essa passagem do Estado-Liberal para o Estado-Providência provocou abalos nas estruturas básicas do direito administrativo, porquanto “construído para lidar com o embate entre autoridade e liberdade, viu-se o direito administrativo, de súbito, tomado por questões de organização e de execução da função administrativa, que antes lhe eram, senão estranhas, ao menos subalternas”.<sup>26</sup> Vê-se então que, ao lado da já destacada crise autoritária do direito administrativo, também é notável uma crise de eficiência, vez que o Estado assumiu maiores deveres e, não obstante sua ampla gama de prerrogativas nas relações jurídicas públicas, não logrou atender bem todas as expectativas criadas.

Isso porque o direito administrativo, em sua feição tradicional, foi forjado para regular a atuação estatal frente aos clássicos direitos liberais que exigiam condutas omissivas da administração pública. Tal como se deduz das lições expostas por García de Enterría e Oswaldo Bandeira de Mello, a sujeição do Estado ao direito, em princípio, visava a controlar e reparar possíveis desbordamentos danosos de sua conduta, sem se cogitar da possibilidade de se responsabilizar judicialmente o Estado para forçar a prática de atos em favor dos cidadãos.

Atualmente, a própria ordem constitucional impõe ao Estado o cumprimento de deveres positivos em favor dos indivíduos e da coletividade. Considerando a força cogente das normas constitucionais,<sup>27</sup> é evidente que agora o controle legal da

26. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19.

27. Esse reconhecimento da força normativa e cogente dos dispositivos constitucionais é derivada do neoconstitucionalismo, termo que pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começaram a surgir depois da Segunda Guerra Mundial, sobretudo a partir dos anos 70 do século XX, entre os quais se enquadra a Constituição brasileira de 1988. Tais Constituições não se limitavam mais a estabelecer competências e separar os poderes públicos, mas continham também normas materiais que condicionavam a atuação do Estado, estabelecendo fins e objetivos. Caracterizavam-se ainda por conter amplos catálogos de direitos fundamentais, renovando o marco de relações entre Estado e cidadão e modificando a prática jurisprudencial, a qual passou a funcionar sob parâmetros interpretativos novos, mais complexos, com a aplicação de princípios constitucionais, ponderação, proporcionalidade e maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais (SÁNCHEZ, Miguel Carbonell. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. *El canon neoconstitucional*. SÁNCHEZ, Miguel Carbonell; JARAMILLO, Leonardo García (coord.). Madrid: Trotta, 2010. pp. 154-155). Integra o fenômeno do neoconstitucionalismo aquilo que Ricardo Guastini identifica como “constitucionalização do ordenamento jurídico”, marcado pela presença de uma Constituição bastante “invasora”, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e as relações sociais. As condições que marcam esse processo de constitucionalização do ordenamento são, entre outras, a *força vinculante da constituição* (toda norma constitucional é vinculante e capaz de produzir efeitos jurídicos) e a *aplicação direta das normas constitucionais* (as normas constitucionais – mesmo os princípios e as normas programáticas – podem ser produzidas efeitos diretos e ser aplicadas por qualquer juiz, em qualquer controvérsia) (GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009. pp. 49-55). O ordenamento brasileiro, marcado por uma Constituição de cunho amplo e abrangente, não fugiu dessa tendência, especialmente no que concerne ao reconhecimento da força normativa e da aplicação direta dos direitos fundamentais.

Administração Pública possibilita não apenas eventual anulação de ato administrativo, como também a exigência de prática de ato em favor dos cidadãos, podendo-se, para tanto, utilizar até mesmo as vias jurisdicionais, além dos meios administrativos de resolução de conflitos.

Logo, não se pode mais entender que apenas a Administração Pública, em sua atuação unilateral, pode definir o que é interesse público e conduzir sua atuação, sem considerar os demais atores sociais. Os próprios cidadãos e suas entidades representativas, até mesmo o Poder Judiciário, quando provocado, podem contribuir para apontar os interesses relevantes que a Administração Pública deve considerar ao concretizar sua atuação.<sup>28</sup> O valor participação ganha destaque nessa nova conjuntura, representando uma via de abertura para os cidadãos influenciarem na atuação administrativa, conferindo maior legitimidade às decisões e, assim, mitigando em parte a crise autoritária e representativa da qual padece o Poder Público no Brasil.<sup>29</sup>

Essa nova perspectiva é essencial para se tentar alcançar uma tutela mais adequada e efetiva por meio da ação popular, meio desde sempre vocacionado para o controle da atuação do Poder Público pelos cidadãos.

Elival da Silva Ramos, que insere a ação popular na categoria dos direitos políticos, dispôs sobre esse instrumento, justamente, como uma das formas de participação do cidadão na gestão estatal. Não seria simples exercício de fiscalização, em que meramente se verificaria a correção de procedimento por meio do exame da exteriorização formal e dos demais elementos probatórios da conduta, mas efetivamente um *controle*, que pressupõe atividade de fiscalização, mas vai além por importar na possibilidade de imposição de medidas sancionadoras, no tocante à

---

28. Cabível nesse ponto fazer menção à noção trazida por Peter Häberle de que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. Daí porque defende que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, tendo acesso a esse processo todas as forças da comunidade política, de forma que “o cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos” (*Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997. pp. 14-23).

29. Em que pese no Brasil a *participação* na atividade pública não ter ganho o destaque constitucional que ostenta nos textos constitucionais da Espanha (arts. 9º e 23) e de Portugal (art. 48), em que assume um valor autônomo de especial categoria, é possível se extrair da Constituição brasileira essa previsão. No § 3º, art. 37, da CR/88, se dispõe acerca das possibilidades de participação do usuário na administração pública direta e indireta, comando constitucional acrescentado por força da EC nº 19/98. E ainda há aqueles que extraem o princípio da *participação* do art. 1º, § único, da CR/88: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização. In: CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 800).

conduta irregular. A ação popular constituiria, portanto, participação dos cidadãos na função de controle do Poder Público, controle esse de natureza jurídica.<sup>30</sup>

A lei que regulamenta o procedimento da ação popular constitucional – Lei nº 4.717/65 –, no entanto, ainda dispõe sobre o controle da Administração Pública de forma muito arraigada àquele entendimento tradicional pautado apenas em valores liberais. Isso porque, em sua literalidade, somente permite a anulação de ato, caso presente a lesividade e a ilegalidade, sem tratar expressamente das possibilidades de inibir uma conduta danosa, ou até mesmo, forçar a prática de atos, quando houver para tanto exigência legal ou constitucional.

Esse anacronismo legal fica evidente quando se verifica que a doutrina publicista, ao analisar as possibilidades de tutela decorrentes da ação popular constitucional, costuma restringi-las apenas às de natureza constitutivo-negativa e ressarcitória, extraindo tal entendimento de rigorosa interpretação do artigo 1º, da Lei 4.717/65.<sup>31</sup>

À evidência, essa previsão lacunosa não poderia se sobrepor à necessidade de se efetivar judicialmente, por meio da ação popular, os direitos fundamentais que impõem deveres ao Estado, sobretudo porque muitos desses direitos ostentam repercussão transindividual (como o direito ao meio ambiente equilibrado, p.ex.), sendo a ação popular ainda hoje um dos principais instrumentos do processo coletivo. Ademais, o *status* de norma constitucional desses direitos exige meios para sua efetiva implementação, podendo a ação popular assumir esse papel de via para realização das demandas em favor dos cidadãos e da coletividade.

Nesse contexto de se repensar a atuação do Poder Público sob parâmetros mais participativos, democráticos e efetivos, a ação popular se destaca pelo seu potencial de permitir maior interferência dos destinatários da atuação administrativa (cidadãos) na definição dos interesses que irão conduzir a concretização dos deveres estatais, assim como de forçar a Administração a atender as novas demandas coletivas, em especial aquelas de fundo constitucional.

Contudo, não seriam apenas tais imperativos categóricos provenientes da nova conformação do direito público que emprestariam maior legitimidade à ampliação das possibilidades de tutela da ação popular. É possível se extrair uma ação popular mais

30. RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: RT, 1991. pp. 197-198.

31. Nesse sentido: “Além da invalidade do ato ou do contrato e das reposições e indenizações devidas, a sentença em ação popular não poderá impor qualquer outra sanção aos vencidos” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 176); “A demanda popular é constitutiva negativa e condenatória. (...) O que se pede, pois, imediatamente, na demanda popular, é uma sentença desconstitutiva negativa, isto é, uma sentença que decrete a invalidade do ato lesivo. Em decorrência dessa decisão, deverá a sentença condenar os responsáveis em perdas e danos” (SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104).

efetiva não apenas de exigências sociais hodiernas, mas, especialmente, do próprio sistema legal em que se encontra inserida essa ação.

Como se tentará demonstrar, comedidamente, logo adiante, não apenas é necessário se ter uma ação popular com ampliadas hipóteses de tutela, como é, de fato, possível se vislumbrar uma ação popular mais efetiva, não havendo impeditivos teóricos que demonstrem ser esse meio processual incompatível com os novos parâmetros de atuação estatal.

### **3. PROCESSO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO: POSSÍVEIS VIAS DE EXERCÍCIO DA AÇÃO POPULAR**

A ação popular, como visto, não deve ficar imune às transformações que, no direito público, provocaram a exigência de mudanças na forma de atuação do poder estatal, notadamente na forma de controle legal de seus atos.

A princípio, ao se tratar do controle da Administração Pública, sempre se faz referência às medidas jurisdicionais existentes para tanto, além das possibilidades e limitações do Poder Judiciário nesse sentido. O sistema de Jurisdição Una, adotado no Brasil desde a Constituição de 1891,<sup>32</sup> fortalece bastante esse tipo de controle, ao permitir que os atos administrativos possam ser revistos pelo Poder Judiciário, de forma final.

Nesse tipo de sistema, as funções judicial e administrativa operam de forma paralela, mas também se relacionam, inevitavelmente, já que os pronunciamentos daquela têm a aptidão não apenas de rever os atos desta, mas de estabilizar as relações travadas sob o regime de direito público. Isso fica bem claro pela lição de Agustín Gordillo que, ao distinguir as funções do Estado, destaca ser o regime jurídico

---

32. O sistema de dualidade de jurisdição só teve aplicação no Brasil no período imperial, a partir da estruturação de uma Justiça Administrativa, encabeçada por um Conselho de Estado (na forma prevista no art. 157, da Constituição Imperial e regulada, basicamente, pela Lei nº 234, de 24.11.1841). Francisco Cavalcanti, contudo, defende que tal estruturação legal não conferiu a esses órgãos a necessária independência para que, de fato, representassem eficiente mecanismo de controle da função administrativa do Estado. Ademais, sustenta o autor que, conquanto os publicistas do período defendessem ser esta a forma que melhor se adequava à separação de poderes, não se poderia esquecer que as condições socioeconômicas do Estado brasileiro não eram muito favoráveis a um efetivo controle jurídico sobre o exercício da função administrativa. A derrubada do regime imperial e a instituição da República pelo golpe militar de 15.11.1889 provocaram modificações estruturais no Estado brasileiro e radicais mudanças no sistema de controle do Poder Judiciário sobre as demais funções do Estado, com destaque para a derrubada do sistema de dualidade da jurisdição, reputado como fator responsável pela falta de autonomia dos órgãos judiciais controladores da Administração Pública, e não “os problemas culturais presentes na disforme pirâmide social brasileira”, segundo defende Francisco Cavalcanti. (CAVALCANTI, Francisco. Prefácio. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. XXI-XXII).

próprio da função jurisdicional aquele no qual suas decisões são definitivas, bem como produzidas por órgão imparcial e independente (conceito orgânico-material).<sup>33</sup>

Admite o autor que, em certos casos, o Poder Executivo está autorizado a decidir controvérsias, com base legal. Contudo, em que pese esse tipo de atividade administrativa se assemelhe materialmente à jurisdicional, não se submete ao mesmo regime jurídico desta. O regime jurídico da função jurisdicional, sob o encargo dos juízes, não se aplicaria às atividades similares que realiza a administração.<sup>34</sup> Em outras palavras, as decisões administrativas de controvérsias não se revestem de definitividade, podendo ser, a princípio, submetidas à revisão judicial.

A análise do controle legal da Administração Pública acaba sendo, muitas vezes, reduzida ao controle judicial dessa função, com seus respectivos instrumentos e métodos próprios. O controle jurisdicional da Administração sempre foi importante objeto de estudo entre os publicistas, tendo sido ampliadas suas hipóteses de exercício com o passar dos anos, seja por modificações no sistema legal,<sup>35</sup> seja por se admitir maior ingerência do Judiciário nesse sentido,<sup>36</sup> tudo isso na tentativa de se aprimorar

33. GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. t. I. 3. ed. Buenos Aires: Machhi, 1995. pp. IX-16.

34. GORDILLO, Agustín. Op. Cit. pp. IX-16.

35. Nesse ponto, o mandado de segurança é um bom exemplo. Antes do advento dessa ação, a Lei nº 221, de 20.11.1894, figurou como o primeiro instrumento legal voltado ao controle judicial dos atos administrativos, instituindo a ação de anulação de atos da Administração Pública, em âmbito federal. A Lei nº 221/1894, apesar de representar um marco inicial no controle dos atos do Poder Público, continha limitações que refrearam sua plena eficácia, tais como a impossibilidade de o juiz liminarmente decidir sobre a suspensão do ato e a admissão da ação de anulação somente para os atos da União Federal. A insatisfação quanto ao incipiente sistema de controle dos atos estatais, ensejou a adoção, na prática judiciária, dos interditos possessórios para proteção de direitos pessoais violados por autoridade pública (tema desenvolvido por Rui Barbosa no livro *Posse de Direito Pessoais*) e, posteriormente, do *habeas corpus*, mesmo para proteção daqueles direitos não relacionados diretamente à liberdade de locomoção. O mandado de segurança exsurgiu, assim, para preencher esse vácuo normativo, inicialmente, inserido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1934 e, com exceção do interregno autoritário da Lei Fundamental de 1937, continuou a ser consagrado nos textos constitucionais que se seguiram, até a atual Constituição, sendo marcado por um rito expedito próprio, que possibilita a apreciação liminar da questão litigiosa, medida necessária para fazer frente à força cogente dos atos expedidos pelo Poder Público.

36. García de Enterría demonstra que o desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito não provocou uma diminuição dos poderes do juiz no contencioso-administrativo e uma maior liberdade dos gestores públicos, pelo contrário. Mesmo considerando que juízes no sistema europeu não ostentam a legitimidade popular dos membros do Executivo, eleitos democraticamente, as decisões discricionárias dos agentes políticos devem respeitar o princípio constitucional de submissão da Administração à lei e ao direito. Demais disso, o processo contencioso-administrativo ainda serviria para garantir uma tutela judicial efetiva aos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. Demonstram esse incremento no poder de controle dos juízes nos últimos anos o reforço dado aos princípios gerais do direito, o refinamento do poder de controle da discricionariedade por meio do princípio da proporcionalidade, a teoria do balanceamento de custos-benefícios, a teoria do erro manifesto de apreciação, bem como os progressos em matéria de medidas cautelares e execução de sentenças.

o controle do poder e melhor conter arbitrariedades. Tal circunstância não escapou à análise de Patrícia Baptista, a qual sustenta que:

Tradicionalmente, talvez em razão da origem jurisprudencial da disciplina, a atenção dos administrativistas sempre se voltou para o controle jurisdicional da Administração. Procura-se, cada vez mais, dotar o Poder Judiciário de instrumentos e técnicas que permitam controlar com maior amplitude o exercício da função administrativa. No juiz, em regra recaem todas as esperanças e deposita-se a maior parte da responsabilidade de impedir a arbitrariedade do administrador. O controle jurisdicional, todavia, tem limitações. A adoção do modelo da separação dos poderes impõe que alguma zona de escolhas da Administração remanesça ao abrigo do controle do Judiciário. Até porque a discricionariedade do juiz não é, em si, melhor que a do administrador.<sup>37</sup>

O controle judicial, de fato, comporta limitações, notadamente no que se refere à imposição de condutas à Administração e implantação de políticas públicas, medidas judiciais possíveis, mas que podem, por vezes, esbarrar no princípio da “separação de poderes”, problemática que no direito norte-americano deu ensejo ao chamado *self-restraint* e que na nossa realidade jurídica ainda acende constantes debates.<sup>38</sup> Por isso, reforça a autora o argumento levantado, deduzindo que, sendo insuficiente esse controle judicial da atividade administrativa, surgiria então a necessidade de se reforçar outras formas de controle da Administração.<sup>39</sup>

---

Para este autor, o juiz recebeu novas armas que completam seu arsenal (ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces e control de la administración*. Madrid: Editorial Civitas, 2009. pp. 47-55).

37. BAPTISTA, Patrícia. Op. Cit. pp. 19-20.

38. André Ramos Tavares noticia que desde que o juiz Marshall da Corte Suprema estadunidense avocou para esta a responsabilidade pela supremacia da Constituição, naquele exato momento o Judiciário passou a enfrentar as acusações de usurpar um espaço que não lhe havia sido atribuído ou imaginado pela Constituição de 1787. Não obstante tais críticas, o modelo implementado com o constitucionalismo norte-americano difundiu-se amplamente em diversos países da América, a exemplo do Brasil, que estabeleceu sua corte suprema e um modelo de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis. Esse modelo conduziu os juizes, na sua evolução histórica, a desempenhar um papel diferenciado, mais ativo na concretização implementadora da Constituição. A conotação negativa atribuída a termos como “ativismo judicial” e “Estado judicial” não seria referente à existência de tribunais constitucionais ou ao *judicial review*, mas antes trata de discutir e ponderar a respeito da extensão de sua atividade e respectiva (falta de) legitimidade no que tange a certas “intervenções, notadamente quanto aos limites da “separação de poderes”. É nesse contexto crítico que surge a autocontenção judicial (*self-restraint*), movimento que também se inicia por força do modelo estadunidense, mas que teria sido transportado sem maiores preocupações, por diversos autores, para o modelo de matriz austríaca (Tribunal Constitucional *tout court*). O autor, contudo, opina que, adotada de maneira ampla, a *self-restraint* desemboca na deslegitimação do juiz constitucional para extensas áreas nas quais sua atuação tem sido decisiva e legítima, notadamente perante constituições como a brasileira, que oferece sinais de adoção (e exigência) de uma atuação substantiva (ativista, se se quiser) do juiz constitucional, como implementador da Constituição. A referida exclusão seria dogmaticamente inadmissível (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 114-130).

39. *Idem*, *ibidem*. p. 20.

É nessa conjuntura que se insere o fenômeno da processualidade administrativa, pois esse amplo poder de controle jurisdicional sobre a Administração não impediu que o processo administrativo adquirisse cada vez mais prestígio e relevância, sendo hodiernamente apontado como questão central do estudo do direito administrativo.

Odete Medauar trata bem desse fenômeno, afirmando que, em um primeiro momento, a processualidade era identificada unicamente com a função jurisdicional, de solução de litígios pelo judiciário. A necessidade de se estabelecer parâmetros de controle para os atos administrativos, especialmente os discricionários, assim como o atendimento de garantias prévias dos cidadãos, levou-se a considerar uma processualidade que transcenderia a função jurisdicional, sendo assim uma processualidade administrativa.<sup>40</sup>

Ao esboçar fundamentos de uma teoria geral do processo, Fredie Didier Jr. vai ao encontro desse entendimento, considerando o “processo” como um conceito fundamental primário de sua teoria geral e também um gênero, do qual o processo jurisdicional seria apenas uma de suas espécies, havendo também os de natureza legislativa, administrativa e negocial.<sup>41</sup> Destaca ainda que, sob os auspícios da teoria geral do direito, o poder de criação de normas somente pode ser exercido processualmente, sendo o processo administrativo uma forma de produção de normas gerais e individualizadas pela Administração.<sup>42</sup>

É pertinente observar que essa visão que prestigia a processualidade administrativa representa uma verdadeira evolução, eis que, por várias décadas, a atenção dos administrativistas se voltava para a atividade estatal externada mediante os serviços públicos e os atos administrativos. Os direitos dos administrados, por seu turno, apenas se consideravam protegidos mediante mecanismos de controle a posteriori, como o controle judicial. Com exceção dos procedimentos tendentes à aplicação de sanções (em que se aplicava uma versão simplificada de contraditório), os demais procedimentos de produção de atos administrativos eram tidos como matéria *interna corporis*, subtraída à participação popular, de particulares e interessados.<sup>43</sup>

O reconhecimento da processualidade como fenômeno não apenas jurisdicional, mas também administrativo alcançou maior repercussão ao ser expresso no próprio texto constitucional. O inciso LV, art. 5º, da CR/88, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, de forma que

40. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993. pp. 13-16.

41. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*. Tese (livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual, 2011. pp. 56-68.

42. DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.* p. 59.

43. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 254 -255.

restou consagrado na ordem constitucional que o processo, como instrumento para a resolução de conflitos, pode ser tanto jurisdicional, como administrativo.

Nos textos constitucionais anteriores, não se encontrava previsão de extensão das garantias do devido processo legal para eventuais processos administrativos, sendo a processualidade administrativa no Brasil, até então, muito pouco desenvolvida.<sup>44</sup> A Constituição de 1988 inaugurou esse reconhecimento da processualidade administrativa na ordem constitucional, alçando o processo administrativo a um patamar de maior significância. Mesmo assim, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari fazem crítica contundente ao incipiente estado do processo administrativo no Brasil, reputando ser “quase um escândalo” que date de 1999 a primeira lei federal geral do processo administrativo (Lei 9.784), tendo em vista que, pela tradição constitucional brasileira, o direito de petição e representação (exercidos de forma precípua na via administrativa) já se encontravam muito antes consagrados como garantias individuais fundamentais. Essa inexistência de disciplina normativa teria reforçado a autocracia burocrática da Administração.<sup>45</sup>

Daí se nota o salto qualitativo dado pela Constituição de 1988 ao relacionar o processo administrativo com garantias do devido processo legal (contraditório, ampla defesa e também duração razoável do processo, desde a EC nº 45/2004). Não apenas se reconheceu textualmente processualidade no âmbito administrativo, como se deixou marcado que esse processo também se encontra submetido a balizas que garantem o respeito aos direitos das partes, pois, assim como no processo judicial, há também no processo administrativo a necessidade de se equacionar bem os poderes em jogo e se evitar abusos.

Devido processo legal e o desenvolvimento do processo administrativo são, afinal, ideias que se encontram em fina sintonia, vez que têm em comum o ensejo de limitação do poder e contenção de arbitrariedades.<sup>46</sup> Nesse sentido, os autores acima citados

---

44. MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 156-157.

45. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 23.

46. O devido processo legal pode ser entendido como uma cláusula geral, um conceito aberto, razão pela qual há uma tendência de se definir seu significado e conteúdo a partir de casos concretos. É possível se identificar, contudo, a razão maior por trás desse princípio constitucional que é a tutela dos bens maiores dos cidadãos: vida, liberdade e propriedade, por meio da limitação da atuação do poder estatal (BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008. pp. 180-181). As garantias decorrentes do devido processo legal, como julgamento pelo júri e igual tratamento processual, a princípio, faziam crer que o devido processo legal cuidava apenas de questões procedimentais, mas em sua essência já estava a limitação do poder governamental, noção aprimorada com o tempo (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp. 135-136). Os ideais de limitação do poder e contenção de abusos do devido processo legal são mais facilmente apreensíveis quando se enfoca seu aspecto substancial. Ruitemberg Nunes Pereira identifica um caráter substancial do devido processo legal

bem observam que “as normas de processo administrativo, disciplinando e dando publicidade aos mecanismos de tomada de decisões, encerram, indubitavelmente, uma redução ou uma contenção do poder pessoal da autoridade”,<sup>47</sup> ideal que se encontra plasmado no texto constitucional, na medida em que define balizamentos também para o processo administrativo.

Em razão dessa aptidão do processo administrativo para legitimar decisões e balancear o exercício do poder estatal, não se mostra cabível uma aplicação restritiva dos imperativos do contraditório e da ampla defesa apenas em processos administrativos de caráter sancionatório, na medida em que a atividade processual da administração vai bem além disso. Como já exposto, o processo como gênero é meio de produção de norma jurídica, atividade também presente na seara administrativa, a qual tem sua atuação pautada em parâmetros legais, que podem ser melhor concretizados de forma processualizada. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto segue semelhante linha de raciocínio, ao também defender a ampla aplicação do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos:

Não é lícito interpretar restritivamente a cláusula constitucional, reduzindo-a à mera garantia procedimental na aplicação de sanções administrativas. A menção a “litigantes em processo administrativo” abrange todas as hipóteses em que os direitos dos cidadãos são atingidos pela conduta administrativa, gerando conflito de interesses e, assim, litigância. Em todos esses casos se impõe a observância do contraditório e da ampla defesa, com os seus desdobramentos.<sup>48</sup>

Mesmo o argumento de que os atos administrativos podem ser revistos judicialmente não afasta a necessidade de se aparelhar bem o exercício do processo administrativo, respeitando-se todas as garantias individuais das partes interessadas. Isso porque tal medida atende não apenas aos interesses dos contendores particulares, mas também, em última instância, da própria Administração, ao permitir a pacificação de litígios ainda na esfera administrativa, sem necessitar da intervenção do Judiciário se substituindo às outras autoridades públicas.

Ademais, como já ressaltado, o controle jurisdicional comporta limitações. O juízo de discricionariedade que a própria ordem legal confere, em certos casos, àqueles que exercem as funções administrativas, conquanto não seja permitido seu uso irrazoado e sem critérios, ainda persiste como esfera de atuação própria das

---

desde sua origem, que reputa ser na Alemanha medieval (Decreto de Conrado II, século XI), pois tal norma feudal não possuía caráter estritamente procedimental, mas estava dotada de nítidos contornos substantivos, reproduzidos posteriormente pelo direito britânico. Protegia-se o direito dos vassallos diante da atuação arbitrária e individual dos senhores feudais (PEREIRA, Roitemberg Nunes. *O devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 24-25).

47. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Op. Cit. p. 40.

48. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. Op. Cit. p. 256.

autoridades administrativas, não sendo legítimo que a apreciação judicial se substitua ao juízo de discricionariedade regularmente exercido no âmbito da Administração competente para tal.

Essa questão se torna especialmente delicada quando se trata de uma discricionariedade técnica, tema inicialmente desenvolvido na doutrina estrangeira, mas que os tribunais brasileiros já começaram a enfrentar. É um assunto relacionado com a já conhecida discricionariedade administrativa, mas essa sua variável técnica diz respeito à aplicação, em determinados âmbitos materiais concretos, de critérios resultantes de conhecimentos especializados requeridos pela natureza da atividade desenvolvida pelos órgãos administrativos.<sup>49</sup> Em outras palavras, a discricionariedade técnica “refere-se à necessidade de a Administração recorrer a outras ciências para determinar o campo semântico de um conceito legal”.<sup>50</sup>

Como conhecimentos técnicos especializados são utilizados pela Administração em seu processo decisório, a revisão judicial em tais casos é feita de forma mais criteriosa. Um exemplo disso pode ser encontrado em precedente do STJ (Resp. 1171688 / DF, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 23/06/2010) que julgou contenda entre duas operadoras de telefonia, quanto aos valores de uso da rede móvel (VU-M). O acórdão recorrido havia fixado valores para cobrança diferentes do pactuado pelas partes, sem levar em conta a competência da ANATEL para fixar as condições para interconexão, quando não houvesse acordo entre os interessados (art. 153, § 2º, Lei 9.472/97).

Levando em conta “o alto grau de discricionariedade técnica que permeia o assunto” e o princípio da “deferência técnico-administrativa”, aplicou-se ao caso solução dada pela ANATEL em processo de arbitragem sobre a questão tratada, afastando-se a decisão de primeira instância, afirmando-se assim a competência dessa agência reguladora para decidir acerca do problema técnico discutido. Trecho do julgado confirma o tratamento diferenciado que a tutela judicial deve conferir a casos de discricionariedade técnica, ao expor que “em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo”.

Diversos outros precedentes do STJ fazem menção à discricionariedade técnica e aos cuidados que o controle judicial deve ter quando analisar decisões técnicas da Administração, envolvendo a aplicação de conhecimentos especializados, muitas

---

49. ALONSO, Augusto González. La doctrina de la discrecionalidad técnica a la luz de la jurisprudencia del tribunal supremo. *Justicia administrativa: revista de derecho administrativo*. n. 58. Valladolid: Lex Nova, 2012. p. 19.

50. ROMAN, Flávio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86.

vezes multidisciplinares.<sup>51</sup> O juízo de legalidade, próprio da análise jurisdicional, acaba por esbarrar em questões que desbordam os limites jurídicos e alcançam matérias estranhas à expertise judicial, circunstância que impõe um controle mais limitado.

Não se quer com isto apregoar a existência de âmbitos administrativos imunes ao controle legal, ideia que seria a negação do próprio Estado de Direito. Uma vez que há na atuação administrativa pontos que escapam ao exame judicial pleno e definitivo, um processo administrativo, pautado no devido processo legal, pode servir para superar essa limitação, permitindo um melhor sistema de contenção de abusos.

Logo, pode-se inferir que, não obstante a unidade de nossa jurisdição, é possível se fiar em um processo administrativo, uma vez bem regulado e desenvolvido, como forma de se garantir uma atuação estatal que atenda aos anseios do corpo de cidadãos.

Por meio de um processo administrativo é possível se veicular uma pretensão e obter um provimento estatal que garanta a proteção de um direito, especialmente quando se trate de controlar a higidez da atividade administrativa e da proteção de interesses gerais.

Em razão de todo esse panorama teórico subjacente ao processo administrativo é que se vislumbra, ao lado da ação popular exercida em sede jurisdicional, também uma espécie de ação popular em sede administrativa, em que o cidadão poderia provocar diretamente a Administração, para resolver demandas de fundo coletivo.

No direito português, o direito de ação popular pode ser exercido em dois âmbitos, o judicial e o administrativo, cabendo aqui trazer a lição de J. J. Gomes Canotilho:

O direito de acção popular abrange dois tipos de acções: a acção procedimental administrativa e a acção popular civil (art. 12.º). A acção procedimental pode consistir numa acção judicial administrativa destinada à defesa dos interesses já referidos ou num recurso contencioso contra actos administrativos ilegais lesivos dos mesmos interesses (art. 12º/1). A acção popular civil (art. 12.º/2) segue as formas de acção do Código de Processo Civil, isto é, pode revestir as formas de acção preventiva, condenatória ou inibitória.<sup>52</sup>

Essas duas vias para exercício da ação popular encontram respaldo no art. 52, § 3º, da Constituição portuguesa, bem como na Lei nº 83 de 1995, que regulamenta esse dispositivo constitucional. Nos termos dessa lei – art. 12, § 1º – a ação popular

51. REsp 1162281 / RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25/02/2013; AgRg no AgRg no REsp 1043779 / SC, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 21/11/2012; RMS 32464 / MG, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 04/11/2010; AgRg no RMS 20200 / PA, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 17/12/2007; AgRg na SLS 163 / PE, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 27/03/2006.

52. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 511.

administrativa pode tanto assumir o caráter de recurso contencioso, contra atos administrativos lesivos aos interesses descritos na lei, como também o de ação judicial propriamente dita.<sup>53</sup>

Essa dualidade de formas para se exercer a ação popular no direito português guarda pertinência com a estruturação bipartida de seu sistema jurisdicional, que adota também a via do contencioso administrativo. Não obstante tal peculiaridade, essa dupla forma de se regulamentar o exercício da ação popular traz à tona a existência de distinções relevantes nos interesses veiculados nas lides administrativas, tanto que se franqueia meio próprio para se exercer a participação popular em tais casos, qual seja, a *ação popular administrativa* (art. 12, Lei 83/95), ao lado da *ação popular civil*.

Mesmo no Brasil não havendo a estruturação de uma justiça administrativa especializada, o direito de petição consagrado em sede constitucional (art. 5º, XXXIV, “a”) fundamenta o exercício de uma ação popular no âmbito administrativo.

A Constituição vigente assegura o direito de petição, entre os direitos e garantias fundamentais, para “defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Para Eduardo Couture, o direito de petição não seria outra coisa que o direito de comparecer perante uma autoridade, existente mesmo quando os poderes do Estado se encontravam confundidos, como no direito público romano, que desconhecia separação nítida entre o Executivo e o Judiciário e no Parlamento inglês, até o século XVIII, que também aglutinava o Poder Judiciário. No sentimento de injustiça que acomete o homem lesado em sua esfera de direitos e que não pode fazer justiça por suas próprias mãos, surgiria o impulso de se recorrer à autoridade e o poder jurídico de se exigir a colaboração dos poderes constituídos do Estado.<sup>54</sup>

Desde a Constituição de 1824 (art. 179, XXX) – a primeira de todas – o direito de petição já se encontrava expressamente positivado, tendo sido consagrado também nas demais ordens constitucionais sucessivamente instauradas, variando apenas na forma como textualmente expreso. Conquanto sua origem histórica anteceda o constitucionalismo moderno e nem sempre tenha ostentado feição de participação política,<sup>55</sup> assume no atual sistema constitucional brasileiro o *status* de garantia

---

53. KUYEN, Luiz Fernando Martins. Análise comparativa da ação popular nos direitos português e brasileiro. In: MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos (coord.). *Ação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 112-113.

54. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. pp. 32-37.

55. Nota Raimundo Márcio Ferreira Lima que o direito de petição, como expressão de súplica ou de pedido ao soberano, remonta aos séculos VI e VII, embasando-se não em um dever jurídico próprio, mas em um fundamento moral e religioso de condescendência do rei para com seus súditos. Apenas com o advento do *Bill of Rights* de 1689, na Revolução Gloriosa, este instituto teria começado a assumir precisa definição de um direito de participação política. Defende ainda o autor que o direito de petição, em seus contornos atuais, não é uma decorrência da democracia e nem do constitucionalismo moderno, já que os antecede, sendo na verdade decorrente de uma necessidade

fundamental, havendo quem defenda para esse instituto um caráter ambivalente, por permitir tanto a defesa de pretensões de natureza individual, como também coletivas.<sup>56</sup>

Com efeito, em que pese ser sucinto o dispositivo constitucional que trata do direito de petição, a própria lei que regula o processo administrativo em âmbito federal – Lei nº 9.784/99 – traz possibilidades de se defender, na esfera administrativa, direitos tanto em caráter individual, como coletivos e difusos (vide art. 9º e art. 58). Não haveria porque se restringir o exercício do direito de petição, por meio do processo administrativo, para situações apenas de defesa de direitos individuais, já que situações de ilegalidades ou abuso de poder são circunstâncias que já trazem consigo uma repercussão social e podem ser atacadas pelo uso do direito de petição.

O exercício da ação popular é marcado pela postulação de direitos difusos e coletivos (de cunho patrimonial ou não) por um membro individual do corpo social, categoria esta que a Constituição define como cidadão. Essa forma peculiar de se vindicar direitos é possível de ser observada na prática administrativa, pois há suporte legal para tanto, tendo em vista que na própria lei do processo administrativo federal, além das organizações e associações representativas, se confere legitimidade para pessoas iniciarem o procedimento ou nele intervirem, para defesa de direitos ou interesses difusos (art. 9º, IV, Lei 9.784/99). É possível, portanto, que pessoas, individualmente consideradas, possam reivindicar direitos coletivos, administrativamente.

Como exemplo, considere-se a paradigmática demanda para prestação de medicamentos em face do Estado, com base na saúde pública como direito subjetivo (art. 196, CR/88) e nas atribuições previstas para o Sistema Único de Saúde, notadamente a assistência terapêutica integral (art. 200, CR/88; art. 6º, “d”, Lei 8.080/90). A exigência para o fornecimento de medicamentos pelo Estado pode ser feita judicialmente, mas também é possível se reclamar tal direito nas vias administrativas, impulsionando-se o procedimento próprio previsto na lei do SUS, destinado a definir as prioridades de investimento nessa área.

A Lei 8.080/90, que regulamenta o serviço de saúde pública, sofreu recente alteração, para aprimorar a parte que trata da assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia no âmbito do SUS (Lei nº 12.401/2011), com o fito de procedimentalizar as escolhas administrativas prévias acerca da prestação de medicamentos e produtos para a saúde.

De acordo com as justificativas do então projeto de lei, essa inovação legal levou em conta a constante expedição de medidas liminares pela Justiça nos últimos anos, obrigando os gestores do SUS a fornecer medicamentos não ofertados ou não disponíveis nas farmácias das unidades públicas de saúde, alguns até mesmo ainda

---

de se criar mecanismos de comunicação entre os atores do poder. (LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. Cit. pp. 337-338).

56. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. Cit. pp. 345-346.

não registrados no País. A estruturação de um processo administrativo para definição de estratégias terapêuticas poderia, assim, assegurar uma prestação da saúde mais adequada e financeiramente mais segura.<sup>57</sup>

O art. 19-Q da referida lei agora determina ser atribuição do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, a “incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica”. Diz ainda que essa atribuição será realizada mediante a instauração de *processo administrativo* (art. 19-R), o qual observará, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784/99, além das suas determinações especiais (§1º, art. 19-R).

Uma vez regido esse procedimento específico pelas regras gerais da Lei nº 9.784/99, seria possível que pessoa, individualmente considerada, no exercício de seu direito de petição, iniciasse o processo administrativo próprio, com a finalidade de tentar incluir no rol preestabelecido pelo SUS medicação ou produto terapêutico o qual achasse necessário. Haveria aí nessa situação o exercício de uma ação popular no âmbito administrativo, mesmo que a instauração do procedimento para inclusão de medicamento visasse a interesse do próprio peticionante, que por ventura precisasse do tratamento, tendo em vista que a possível aceitação de seu pleito (inclusão de medicamento na lista) ampliaria o direito à saúde de todos os demais que necessitassem desse medicamento no âmbito do SUS. Por meio desse pleito administrativo individual poderia se concretizar um direito difuso (direito à saúde).

Importante observar que esses acréscimos legais operados pela Lei nº 12.401/2011 criaram uma esfera de *discrecionabilidade técnica*, porquanto estipularam competências administrativas específicas, pautadas em critérios técnicos, de forma que, uma vez atendido o regular procedimento de decisão, torna-se mais dificultoso para as vias judiciais superarem ou substituírem as escolhas administrativas.

O pleito para fornecimento de medicamentos pelo Estado, em âmbito judicial, é plenamente possível, pois o direito à saúde merece ampla proteção e efetivação. Todavia, devem ser respeitadas as escolhas administrativas, se pautadas no regular processamento feito para assegurar a segurança e a eficácia da prestação terapêutica, circunstância que a análise judicial não poderá ignorar. César Caúla esclarece bem esse ponto, ao analisar as inovações procedimentais trazidas pela Lei nº 12.401/2011 e como isso afetará o exame judicial das prestações terapêuticas pelo Estado:

---

57. É isso que entende César Caúla, a partir dos pareceres expedidos na tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados e no Senado, para justificar os acréscimos legais na Lei 8.080/90. (CAÚLA, César. Judicialização da saúde: o que deve mudar em face da lei número 12.401/2011? In: PINTO E NETTO, Luísa Cristina; Bitencourt Neto, Eurico (coord.). *Direito administrativo e direitos fundamentais – diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 99).

[...] A partir do momento em que a lei estabelece que a obrigação estatal se prende a protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, é indubitável que soluções simplistas, as quais apenas questionem acerca da pertinência entre estado mórbido e medicação, procedimento ou produto, serão de todo inadequadas para o trato judicial dos problemas relacionados à assistência médica.

Perceba-se, inclusive, que os ditos documentos deverão, quanto às doenças e aos agravos à saúde a que se refirir, estabelecer métodos de tratamento alternativos, à consideração do quadro evolutivo daqueles, bem assim, da ocorrência de intolerância ao tratamento ou de ineficácia dele. É necessário, por conseguinte, que se estabeleçam os medicamentos, produtos ou procedimentos de “primeira escolha”, mas que igualmente se determinem, como alternativa a eles em situações nas quais se apresentem inadequados, outros esquemas de tratamento. Ora, isso impõe que a tal “primeira escolha”, tecnicamente estabelecida, deva ser respeitada pelo administrador público e pelo julgador, apenas se justificando sua superação quando o determinarem as condições específicas referidas pela lei (de cuja presença concreta, deverá a parte autora, no processo judicial, fazer prova cabal, quando pretender que o ente público lhe preste essa assistência distinta do padrão tecnicamente tido como preferencial) e, ainda assim, em favor das demais alternativas previamente referidas nos protocolos e diretrizes.<sup>58</sup>

O exemplo ora trazido demonstra não apenas a possibilidade legal de se exercer uma ação popular administrativa, como também a pertinência desse exercício para provocar a Administração a rever ou a praticar atos que no âmbito judicial teriam uma análise mais limitada.

Poderia se arguir contra a possibilidade de ação popular administrativa que o direito constitucional de petição sobre o qual se acha fundamentada não poderia se equivaler ao direito de ação que fundamenta a ação popular judicial, porquanto o direito de ação no sistema brasileiro seria condicionado (legitimidade e interesse de agir) e submetido a diversos requisitos formais (art. 485 e incisos, CPC/2015) que não poderiam ser transpostos para a seara administrativa.

Em verdade, é próprio do direito de petição seu livre exercício, em razão, notadamente, de seu especial *status* constitucional (art. 5º, XXXIV, “a”) e da sua aptidão para contenção de abusos e defesa de direitos. A gratuidade do seu uso é assegurada na própria Constituição.

Ademais, o direito de petição decorre de um dispositivo constitucional autoaplicável, podendo ser exercido perante qualquer órgão do Poder Público, de forma provocada ou de ofício, independente de regulamentação prévia, não dispondo de forma rígida de procedimento, porquanto se caracteriza também por ser informal. À evidência, também não se exige para tanto o preenchimento da capacidade

58. CAÚLA, César. Op. Cit. p. 106.

postulatória, tal qual no exercício do direito de “ação”.<sup>59</sup> Mesmo considerando que a lei pode regular o modo, a forma e a estrutura do processo administrativo que irá instrumentalizar o direito de petição, em homenagem ao *devido processo legal*, é certo que o Poder Público não poderá deixar de receber e processar o pedido nesses termos, só lhe cabendo denegar a postulação se carecedora de amparo legal.<sup>60</sup>

Não obstante as aparentes diferenças nos regimes jurídicos, “direito de petição” e “direito de ação” são aptos a fundamentar a defesa de interesses legalmente protegidos, inclusive os de caráter metaindividuais, eis que *ação*, como categoria jurídica, ostenta não apenas uma feição processual, mas também material.

Quando aqui se defende o exercício de uma ação popular, no âmbito administrativo, está-se tratando de uma ação de direito material, a qual subsiste paralelamente à ação de direito processual, esta sim submetida a todos aqueles condicionamentos que escapam ao direito de petição.

Essa distinção entre ação material e processual persiste em nosso sistema, ainda que se considere o monopólio da jurisdição pelo Estado (art. 5º, XXXV, CR/88), já que, como visto, o plano administrativo também comporta a defesa de direitos, individuais ou coletivos. Além disso, estando bem assentada essa diferenciação, torna-se possível não apenas estender as possibilidades de prestação de direitos para a esfera administrativa, como também ampliar as hipóteses de tutela dentro da própria atividade jurisdicional.

#### **4. AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E EXERCÍCIO DA AÇÃO POPULAR NA VIA ADMINISTRATIVA**

Quem melhor desenvolveu o tema da ação na doutrina pátria, notadamente em sua perspectiva material, foi Pontes de Miranda, merecendo detalhada análise sua teoria sobre o tema.

A ação sempre deu ensejo a diversas correntes de pensamento, as quais procuravam dar consistência teórica e melhores possibilidades de exercício a esta que sempre foi uma das categorias nucleares da teoria do processo. Mesmo já consagrada a autonomia do plano processual, o estudo da ação não se vê livre de polêmicas, já que nele o processo e o direito material se tangenciam, fenômeno nem sempre bem compreendido apesar de sua ampla repercussão prática. Pontes de Miranda não ignorou essa peculiaridade, trabalhando bem a ação tanto sob o aspecto material, como processual, razão pela qual suas conclusões permitem uma visão mais ampla do tema.

59. Todas essas características do direito de petição são listadas por Leonardo Carneiro da Cunha, ao criticar a paradigmática decisão do STF que conferiu à Reclamação (prevista no art. 102, I, “I”, da CR/88) a natureza jurídica de direito de petição e não de ação autônoma (ADIn 2.212-1/CE) (*Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 644-645).

60. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Op. Cit. pp. 147-149.

É necessário, antes de tudo, deixar bem assentado que a ação material existe mesmo antes de ser deduzida em juízo e invocada qualquer pretensão à tutela jurídica. Isso porque é uma categoria pertencente ao âmbito do direito material, consubstanciando-se como uma das decorrências do direito subjetivo, podendo ser exercida em juízo ou fora dele. Logo, ação material e direito subjetivo são categorias diretamente relacionadas.

Pontes de Miranda define o direito subjetivo como “a vantagem que veio a alguém com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático”. A distribuição dos bens da vida (liberdade, honra, direitos políticos etc.) feita pelas regras jurídicas, quando atribui posição de vantagem a alguém, confere a este um direito subjetivo.<sup>61</sup>

O autor, contudo, faz notar que essa posição jurídica de vantagem que é o direito subjetivo não se confunde com a pretensão, nem com a ação, as quais seriam um “plus” àquele. A ação, portanto, não seria um elemento constitutivo do direito subjetivo, mas uma decorrência dele, tal qual a pretensão. Ação e pretensão seriam, enfim, acréscimos à esfera de vantagens do detentor do direito subjetivo, sendo derivados deste, podendo ocorrer ou não, a depender da situação concreta.

Na relação jurídica básica formada em razão de um direito subjetivo, no lado ativo há uma posição de vantagem; no lado passivo, um dever. Todavia, a coercibilidade desse direito já seria um “plus”, pertencente ao plano das ações e da tutela jurídica. De forma mais específica, conferido a alguém um direito subjetivo, se este se torna também exigível, surge a pretensão; se descumprido o comando legal exigido, sobrevém a ação. Não sendo a exigibilidade sempre existente no direito subjetivo, é possível se cogitar de direitos sem pretensão ou ação, como os créditos de jogo. Da mesma forma, também é possível que, mesmo após extinto o prazo para a ação, permaneçam intactos a pretensão ou o direito subjetivo, como ocorre nas dívidas prescritas.<sup>62</sup>

Por isso, direito subjetivo, pretensão e ação não se confundem. As pretensões são dotadas de exigibilidade; a ação é a atividade para a satisfação, uma vez já exigido o direito e não cumprido e, por sua vez, ambas (pretensão e ação) só podem ser exercidas pelo titular do direito quando a lei assim permita.<sup>63</sup>

Ação no sentido material, portanto, traz consigo uma ideia de agir (possibilidade de agir), sendo uma atividade do titular do direito dirigida contra a parte passiva da relação jurídica, dependendo de autorização legal para tanto.

Esse caráter ativo, próprio da ação material, também foi observado por Ovídio Baptista da Silva, ao deduzir que “o direito subjetivo, assim definido é um *status*, uma categoria jurídica estática, ao contrário da ação que pode ser esse próprio direito

61. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. t. I. São Paulo: RT, 1970. p. 30.

62. MIRANDA, Pontes de. *Op. Cit.* pp. 31-33.

63. MIRANDA, Pontes de. *Op. Cit.* pp. 47-48.

subjetivo em seu momento dinâmico”.<sup>64</sup> Segundo o processualista, a ação de direito material é o agir do titular do direito para a realização, independente da vontade do obrigado; diferente do exercício da pretensão, que supõe a simples exigência por parte do titular do direito subjetivo, “de tal modo que a realização ainda se dê como resultado da ação do próprio obrigado”.<sup>65</sup> A ação material, portanto, já é a busca para a realização do direito, em face da relutância em se cumprir o exigido.

Analisando a teoria de Pontes de Miranda, Pedro Henrique Nogueira destaca que os direitos subjetivos são integrados por poderes (poder do proprietário de alienar a coisa, poder do credor de renunciar ao crédito etc.), mas haveria ainda aqueles poderes jurídicos conferidos *in genere*, independentes da natureza do direito que se estivesse a tratar. Dentre esses poderes gerais, aponta a pretensão, como poder jurídico de exigir, e a ação material, como o poder de impor a satisfação do direito subjetivo.<sup>66</sup>

Afinal, a ação material seria “o poder jurídico conferido ao titular de um direito subjetivo, após a ocorrência de um fato jurídico, de impor a sua satisfação, ainda que contra a vontade do sujeito passivo”.<sup>67</sup> Este autor, contudo, ressalta ainda um importante aspecto da ação material, muitas vezes ignorado, qual seja, a diferença entre a sua titularidade e o seu exercício.

Isso porque a ação material seria um efeito jurídico específico e existiria em potência, podendo-se ter a ação, sem, no entanto, exercê-la.<sup>68</sup> Comumente, quando se trata da ação material se realça o momento de seu exercício que se dá, em regra, por meio da ação processual. Contudo, a ação como categoria do direito material já existe antes mesmo de ser invocada em juízo, havendo ainda as excepcionais hipóteses de autotutela em que pode ser exercida a ação, independentemente de apelo jurisdicional (p.ex. direito de retenção do depositário e legítima defesa, respectivamente, artigos 644 e 188, I, do CC/2002, entre outros).

Essas autorizações para exercício da ação material fora do Judiciário, todavia, constituem hipóteses excepcionais, em razão do monopólio estatal da jurisdição e da proibição geral da justiça de mão própria. Quando o titular do direito material não pode realizar privadamente sua ação material, cabe ao Estado realizá-la, disso insurgindo a pretensão à tutela jurídica, exercida por meio dos remédios processuais.

Pontes de Miranda destaca que essa pretensão à tutela jurídica é irrenunciável, de direito público e sempre dirigida contra o Estado, quer a exerça o autor ou o réu.<sup>69</sup>

64. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

65. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. Cit. p. 18-19.

66. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *A teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 107.

67. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Op. Cit. p. 110.

68. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Op. Cit. p. 108.

69. MIRANDA, Pontes de. Op. Cit. p. 232.

Destaca ainda que é indiferente, para os fins da Justiça, que o postulante, de fato, tenha direito subjetivo material ou disponha de pretensão. Os pressupostos da tutela jurídica somente poderiam ser os pressupostos para que o Estado tenha de julgar, e não os pressupostos para que tenha de julgar favoravelmente ao autor, ao demandado, ou ao terceiro; sob pena de se misturarem pressupostos da tutela jurídica, com pressupostos da pretensão de direito material.<sup>70</sup>

Pretensão à tutela jurídica não é, portanto, uma pretensão à sentença favorável e do seu exercício surge a pretensão processual.<sup>71</sup> O dever estatal decorrente dessa pretensão processual é o de decidir sobre o mérito, a questão de fundo, independentemente de ser favorável ou não a quem postula. É ainda possível que esse tipo de pretensão se submeta ao preenchimento de pressupostos, como capacidade e interesse, que determinarão a admissibilidade da ação processual.<sup>72</sup>

Vê-se, afinal, que a pretensão à tutela jurídica<sup>73</sup> é aquilo que comumente é referido como “direito de ação”, de caráter abstrato e voltado contra o Estado, para que este preste a tutela que passou a dever quando monopolizou a jurisdição.

O exercício dessa pretensão, por seu turno, é feito através dos remédios jurídicos processuais, que nada mais são que o meio instrumental posto à disposição daqueles que queiram suscitar uma prestação de tutela,<sup>74</sup> isto é, a via formal prevista no ordenamento para obtenção de uma tutela processual.

Para muitos, o remédio jurídico seria a “ação processual”,<sup>75</sup> mas estes conceitos não se confundem, pois aquele é o instrumento para se provocar a prestação da tutela,

70. MIRANDA, Pontes de. Op. Cit. pp. 236-238.

71. Pontes de Miranda explica que a pretensão à tutela jurídica se exerce pré-processualmente. Quem tem pretensão à tutela jurídica tem-na, ainda que não a exerça. Já a pretensão processual depende do pedido (para que se declare, constitua, condene, mande ou execute). Por isso, quem exerce pretensão à tutela jurídica não a perde e se faz titular também da pretensão processual. (Pretensão à tutela jurídica, pretensão processual e pretensão objeto do litígio. *Revista Forense comemorativa 100 anos*. t. V. MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 94-95).

72. MIRANDA, Pontes. Op. Cit. pp. 242-243.

73. Explica Marcos Bernardes de Mello que a pretensão à tutela jurídica decorre de um direito público subjetivo que no Brasil tem status constitucional de direito fundamental (art. 5º, XXXV e LV). Diz ainda que se insiste em chamar *pretensão à tutela jurídica* e não *direito à tutela jurídica*, porque aí o direito e a exigibilidade já nascem simultaneamente, já se configurando uma pretensão, razão pela qual não teria sentido se falar em direito, quando já existente a pretensão que o acoberta. (Da ação como objeto litigioso no processo civil. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Juspodivm, 2010. pp. 390-392).

74. MIRANDA, Pontes de. Op. Cit. p. 277.

75. Remédio jurídico processual e ação processual, via de regra, são duas categorias equiparadas, vistos como instrumentos fornecidos pelo ordenamento para se ir a juízo alegar uma pretensão violada. Todavia, há quem defenda uma distinção entre um e outro, sendo o remédio jurídico processual meio para obtenção da tutela jurisdicional; ao passo que a ação processual seria a afirmação

inclusive perante o judiciário; ao passo que este é o meio para se afirmar em juízo uma ação material, deduzida como um dos elementos da *res in iudicium deducta*, sendo a forma mais comum de se tentar satisfazer uma ação material.

Já se mostra possível agora perceber a ação material como categoria distinta do remédio jurídico processual (exercido no plano processual), sendo aquela, como visto, a possibilidade de imposição da pretensão não cumprida, de natureza concreta, determinada e voltada contra o sujeito passivo da relação jurídica material. O remédio jurídico processual, por outro lado, é de feição universal, abstrata e indeterminada,<sup>76</sup> atribuído a qualquer um que tenha capacidade de ser parte<sup>77</sup> (podendo ter ou não ação material). Quando o remédio jurídico é exercido em juízo, dando ensejo à “ação processual”, é manejado contra o Estado, na qualidade de devedor da prestação de tutela jurisdicional.

Ao se distinguir ação material, remédio jurídico processual e pretensão à tutela jurídica como diferentes acepções do termo ação, parte-se da noção de que o fenômeno jurídico pode se manifestar em três planos: o material, o processual e o pré-processual. O direito material e o processual se contrapõem, qualificando-se de material um direito quando se toma como referência um processo. Admite-se, desse modo, que o direito também existe fora do plano processual, uma vez titularizado e ainda que não exercido.<sup>78</sup>

---

(comunicação de fato) que preenche o conteúdo do remédio jurídico processual, uma afirmação feita processualmente da existência ou inexistência de situações jurídicas materiais, em especial a ação. O primeiro seria o continente, o segundo o conteúdo. (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. *O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito*: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda. Artigo inédito).

76. Pontes de Miranda esclarece que esse caráter universal vai até certo ponto, na medida em que a lei pode determinar para os remédios processuais pressupostos de legitimação ativa e passiva que atenuem a possibilidade de serem usados por todos, independentemente das ações que tenham (abstração) e do objeto (indeterminação). De toda sorte, é possível se inferir que o remédio jurídico processual é conferido a quem quer que se ache em condições de propô-lo, variando apenas os pressupostos de legitimação ativa e passiva. (Op. Cit. p. 275).
77. Marcos Bernardes de Mello explica que os remédios jurídicos exigem para o seu uso a titularidade da capacidade de ser parte, reconhecida no direito hodierno, indistintamente, a todas as pessoas físicas e jurídicas. No entanto, no direito brasileiro, ainda haveria a possibilidade, em situação particulares, de essa capacidade ser reconhecida a certos entes que não são pessoas, como o o espólio, o nascituro, o condomínio etc. Em suma, leciona que “a simples possibilidade de poder estar em juízo como parte ou interveniente, mesmo que seja por intermédio de representante (absolutamente incapaz) ou assistente legal (relativamente incapaz), é que caracteriza a capacidade de ser parte”. (Op. Cit. p. 394).
78. O direito fora do processo subsiste por si só, não precisando, a princípio, ser qualificado de material. Essa adjetivação surge quando se toma o processo como ponto de referência. Da mesma forma, o plano pré-processual se define a partir dessa contraposição entre direito material e processual. (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Op. Cit.).

O pré-processual é um plano intermediário entre o material e o processual, mas que com estes não se confunde, situando-se em tal limite aquelas categorias eficáciais que não são objeto de um processo, mas que são necessárias para formação da relação jurídica processual.<sup>79</sup> Aquilo que se situa no plano pré-processual (direitos, pretensões etc.) é determinante para a eficácia da relação processual, sendo um pressuposto desta, mas não faz parte daquilo que é levado a julgamento.

Em razão desse caráter equívoco do termo ação, proponho a designar distintas realidades, é importante delinear-se bem os diferentes planos do direito, a fim de melhor destacar as consequências decorrentes dos diversos sentidos em que a ideia de ação pode ser tomada.

Quando se fala em ação material, essencial se mencionar sua classificação pela eficácia preponderante. Em que pese não ser a única forma de se classificar as ações, tem como ponto positivo o reconhecimento de que as estas possuem sempre mais de uma eficácia, as quais decorrem do próprio direito material, mesmo quando reconhecida judicialmente a ação.

Assim ensina Pontes de Miranda quando diz que não há nenhuma ação (material) que seja pura, que apenas disponha de eficácia declarativa (ou só constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva). Diz-se que uma ação material é, por exemplo, declaratória, quando esta é sua eficácia preponderante, havendo sempre ainda um pouco das demais, em força menor. A sentença julgada procedente também é dotada de todas essas eficácias, em diferentes pesos, já que aí se reconhece, total ou parcialmente, a ação material afirmada em juízo. Logo, também não há sentença procedente de única eficácia.<sup>80</sup>

No plano do processo, o remédio jurídico processual é a via pela qual se pede que se declare, se condene, se constitua, se mande ou se execute a ação material, sendo que este pedido não se confunde com a própria ação que se quer ver reconhecida.<sup>81</sup> A afirmação de um direito subjetivo, pretensão ou ação material será objeto de exame no processo, podendo ser reconhecida (procedência) ou não. Ação material e remédio jurídico processual podem ser exercidos conjuntamente, porém, nem sempre que se afirme uma ação material em um processo, necessariamente, esta será reconhecida como existente.

A pretensão à tutela jurídica (“direito de ação”), devida tanto ao autor quanto ao réu, é própria do plano pré-processual, assim como o direito ao remédio jurídico processual (e sua respectiva pretensão), uma vez que devem ser pré-existentes ao processo e são determinantes para sua formação regular.<sup>82</sup> Igualmente, aquilo que se

79. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Op. Cit.

80. MIRANDA, Pontes de. Op. Cit. pp. 124-126.

81. MIRANDA, Pontes de. Pretensão à tutela... p. 94.

82. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Op. Cit.

consagrou no direito brasileiro como condições da ação e pressupostos processuais<sup>83</sup> (art. 485, inc. IV e VI, do CPC/2015, que para Marcos Bernardes de Mello deveriam ser chamados de pressupostos para o exercício da pretensão à tutela jurídica)<sup>84</sup> também se encontram no plano pré-processual, pois configuram pressupostos para o desenvolvimento válido e regular da relação processual jurisdicional.

É importante atentar-se para os fenômenos típicos do plano pré-processual, eis que é nessa esfera intermediária entre o processo e direito material que se encontram as situações jurídicas que irão justificar a possibilidade de prestação de tutela tanto em vias judiciais, como administrativas.

Isso porque o remédio jurídico processual tanto pode assumir a forma de “ação processual” como de “ação administrativa”, no sentido de se consubstanciar como uma via para a afirmação e o exercício da ação material. Afinal, a pretensão e a ação material não dispõem apenas do caminho judicial para sua satisfação e imposição, desde que a ordem jurídica não proíba as demais vias.<sup>85</sup>

A própria Constituição reconhece a via administrativa como apta ao desenvolvimento do processo e defesa de interesses, como já destacado. É, portanto, cabível se

- 
83. Fredie Didier Jr. observou que o CPC/2015 não mais menciona a categoria “condição da ação”, tampouco se vale do termo “carência de ação” para expressar ausência interesse de agir e legitimidade das partes, concluindo que não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito “condição da ação”, categoria que teria sido abandonada no CPC em vigor, que teria tratado o *interesse de agir* e a *legitimidade das partes* como meros pressupostos processuais (*Curso de direito processual civil*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. pp. 346-347). Contudo, tal entendimento pelo abandono da teoria de Liebman no CPC/2015 e o conseqüente desinteresse no seu estudo, não é posicionamento pacífico na doutrina. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, ao contrário, entendem que o CPC/2015, apesar da ausência de referência expressa a “condição da ação”, não se afastou da concepção de Liebman, mas se aproximou ainda mais, ao prever apenas duas hipóteses de condição da ação, em vez de três, dessa forma se ajustando à versão final da teoria do doutrinador italiano, que deixou de considerar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação (*Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. pp. 200-201.). Não obstante tal polêmica doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida pela Primeira Seção, posicionou-se no sentido de não mais considerar as condições da ação como categoria processual autônoma, diversa dos pressupostos processuais e do mérito, expressamente apontando que a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser questão relativa à admissibilidade e passou a ser mérito (STJ. AR 3.667/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 27/04/2016, DJe 23/05/2016).
84. Também é objeto de crítica pelo eminente jurista a inclusão da *possibilidade jurídica do pedido* e da *legitimidade ad causam* como pressupostos para o exercício da pretensão à tutela jurídica, pois seriam, na verdade, questões referentes ao mérito da causa, e não preliminares à formação da relação processual. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Condições da ação: questões de mérito ou não mérito?* In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 858).
85. Pontes de Miranda ainda reconhece a possibilidade de uma “ação” em juízo arbitral, ou em outro corpo não estatal ou paraestatal. Diz ainda que o possível corte que o direito processual faça em alguma dessas vias (judicial, administrativa, arbitral) não afeta a ação material, cujo corte total ou parcial deve ser feito pelo direito material. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações...* pp. 110-112).

entender que há direito ao remédio jurídico processual também no plano administrativo, em nosso ordenamento.

## 5. AÇÃO POPULAR ADMINISTRATIVA E JUDICIAL: DISTINÇÕES

O direito ao remédio jurídico processual é determinado, previamente, pela lei processual, podendo ser disponibilizado mais de um tipo de procedimento para afirmação e satisfação de uma mesma situação material. Um exemplo claro disso é a possibilidade de se exigir uma tutela mandamental tanto por meio do procedimento ordinário, regulado no Código de Processo Civil, como pela via do mandado de segurança, uma vez satisfeitos seus requisitos específicos. Caso se verifique a necessidade de dilação probatória, a sentença desfavorável não irá atingir a ação material, mas apenas a pretensão àquele remédio jurídico processual específico.<sup>86</sup>

Essa possibilidade de previsão de mais de um remédio jurídico processual para a tutela de uma mesma situação material (direito, pretensão, ação, exceção), ou até mesmo a concessão de remédio jurídico processual para uma situação material específica (habeas corpus, execução fiscal, mandado de segurança, execução de títulos extrajudiciais etc.), são formas de se concretizar a exigência de uma tutela adequada,<sup>87</sup> apta a efetivamente salvaguardar as situações materiais, notadamente as dotadas de especificidade.<sup>88</sup>

Uma vez que há, constitucionalmente, autorização para o processamento de direitos pela via administrativa, a prestação de uma tutela adequada também se mostra imperativa nesse âmbito, devendo-se permitir o uso de remédio jurídico apto ao exercício de direitos, pretensões e ações materiais carentes da tutela administrativa.

À evidência, a relação jurídica processual formada a partir de remédio jurídico exercido no judiciário, não será a mesma que exsurgirá do remédio jurídico utilizado em âmbito administrativo.

86. BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi. A denunciação da lide como remédio jurídico processual: uma contribuição à luz da doutrina de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. pp. 691-692.

87. BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi. Op. Cit. p. 691.

88. A prestação de uma tutela (que pode ser jurisdicional ou administrativa), para ser efetiva, deve guardar respeito àquilo que se encontra previsto no plano do direito material. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas às necessidades que dele decorrem”. Mais adiante, arremata: “se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 114).

Em sede jurisdicional, a relação jurídica formada contrapõe autor e réu perante o juiz, sendo esta a angularização típica.<sup>89</sup> Já no processo administrativo, a relação processual pode ser formada apenas entre o ente estatal julgador de um lado e, do outro, a(s) parte(s) interessada(s), sem se cogitar de autor, réu e sucumbência entre um e outro, como ocorre, por exemplo, nos processos fiscalizatórios que tramitam nos Tribunais de Contas (prestação de contas, auditorias etc.), bem como nos processos administrativos disciplinares em geral. Nesses casos, o objetivo é aplicar o direito ao caso, cominar a devida sanção e recompor perdas, se necessário, não havendo, ao fim, uma situação de vencedor e vencido.

Da mesma forma, a eficácia de uma relação processual administrativa não se encontra condicionada aos pressupostos de admissibilidade listados no Código de Processo Civil (condições da ação e os demais pressupostos processuais do art. 485 do CPC/2015), porque tais requisitos condicionam e definem o desenvolvimento válido e regular da relação processual jurisdicional,<sup>90</sup> devida pelo Estado em razão do monopólio da jurisdição.

Conquanto se encontre vozes dissonantes na doutrina,<sup>91</sup> é certo que no processo administrativo brasileiro não há manifestação do poder jurisdicional, nem exercício da sua decorrente pretensão à tutela jurídica (“direito de ação”), pois o monopólio estatal da jurisdição, no Brasil, é desenvolvido perante o Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR/88), salvo raras e pontuais exceções (art. 52, I e II, CR/88). Todavia, é possível que na esfera de poder administrativo se aplique o direito, com o auxílio de um processo – embora não como função jurisdicional específica – satisfazendo-se, quando necessário, situações jurídicas materiais.

Assim sendo, a atividade de aplicação do direito pelo ente estatal pode ser realizada tanto sob os auspícios do poder jurisdicional, como em razão de outras funções (exercício do poder de polícia – art. 78, CTN; do poder regulamentar – art. 84,

---

89. É o que Marcos Bernardes de Mello chama de estrutura angular *triádica*. Ressalva esse autor, contudo, que nos procedimentos de jurisdição voluntária, ou em certos procedimentos administrativos que se desenvolvem perante o Judiciário – inventário e partilha, por exemplo – a relação jurídica processual se conforma apenas entre juiz e autor. Quando há demanda (lide) é que haveria, necessariamente, a angularidade triádica da relação (juiz-autor-réu), uma vez que se mostraria necessária a presença do réu, a partir de sua citação válida (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* -1ª parte. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 214-215).

90. Os pressupostos de admissibilidade (pressupostos pré-processuais, processuais ou processuais especiais) condicionam o exercício da pretensão à tutela jurídica (obrigação do Estado de cumprir a promessa de prestação jurisdicional). Verificada a ausência de tais pressupostos, não haveria a obrigação de prestação da tutela jurisdicional, extinguindo-se o processo (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico...* pp. 216-217).

91. Raimundo Márcio Ribeiro Lima é um exemplo dessa tendência ao afirmar, categoricamente, existir uma *jurisdição administrativa*, caracterizada pela observância e aplicação do direito no caso concreto pela autoridade competente (*Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 213).

IV, CR/88; do poder de fiscalização – art. 49, X, CR/88, entre outros), que podem também se valer da forma processual.

O exercício da ação popular – como eficácia de direito material – fora das esferas jurisdicionais, perante a própria autoridade obrigada, consubstancia-se, enfim, como uma expressão da possibilidade jurídica de se provocar o Poder Público para se efetivar direitos, reclamar abusos e ilegalidades (direito de petição).

O direito de petição é um direito subjetivo público (com suas respectivas pretensões), de fundo constitucional, assegurado a todos aqueles submetidos às leis e aos atos de autoridade, independente de capacidade (política ou civil), podendo ser exercido perante qualquer das esferas de poder (legislativa, executiva, judiciária).<sup>92</sup> Perante a Administração, impulsiona o dever de autotutela do Estado e sua submissão ao direito, seja para defesa de interesse próprio do peticionante, ou geral.

Um exemplo disso pode ser extraído do art. 41, § 1º, da Lei 8.666/93, dispositivo que permite a qualquer cidadão, no decorrer de um procedimento licitatório, impugnar edital de licitação que incorra em ilegalidade, devendo a própria Administração julgar e responder a tal reclamação. O referido comando legal prevê uma ação popular (material) para ser exercida administrativamente, com o fito de forçar o ente público a corrigir o edital de seleção, de acordo com o que determina a lei de regência. Essa faculdade conferida a qualquer um – independentemente de ser parte ou não no procedimento licitatório – não é exercício de uma pretensão de tutela jurídica contra o Estado, na qualidade de terceiro imparcial, mas sim a reclamação contra uma possível ilegalidade que o próprio ente estatal descumpriu, sendo mais uma expressão do direito constitucional de petição.

Ao se conferir ao particular o poder de forçar o ente licitante a cumprir a lei, “inflama-se” o plexo de direitos públicos que garantem uma licitação hígida (art. 3º, da Lei 8.666/93), que passam a contar com a efetiva possibilidade de exigência para satisfação, circunstância que denota a materialidade dessa espécie de ação popular.

Tudo isso demonstra que, ao lado da ação popular prevista como remédio jurídico específico (como o previsto na Lei nº 4.717/65), também é possível se tratar de uma ação popular de cunho material, como possibilidade prevista no ordenamento para se buscar a satisfação de uma pretensão de direito público violada, que tanto pode ser afirmada pelo exercício da pretensão à tutela jurídica (ação processual), como também se valendo do direito de petição, iniciando-se um processo nas vias administrativas.<sup>93</sup>

92. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limond, 1953. v. IV (arts. 141-156). pp. 439-440.

93. Não se adota aqui o pensamento de Eduardo Couture de que ação (no sentido de pretensão à tutela jurídica) seria forma típica do direito constitucional de petição: a petição seria o gênero e a ação, espécie. (COUTURE, Eduardo J. Op. Cit. pp. 38-39.). Uma categoria não decorre da outra, possuindo cada qual natureza jurídica distinta, em que pese ambas conferirem a oportunidade de se provocar o

## 6. CONTRAPONTO À AÇÃO POPULAR MATERIAL

Esse reconhecimento de uma acepção material do termo ação não é uma unanimidade na doutrina processualista, opondo-se a esse entendimento aqueles que concebem a ação como uma categoria exclusiva do direito processual, que apenas nesse plano pode ser exercida.

Defendem Cintra, Dinamarco e Grinover que a doutrina dominante no Brasil conceitua a ação como um direito subjetivo público, ressalvando ainda vertente que a compreende como um poder. De toda forma, para esses autores, a ação é uma situação jurídica de que desfruta o autor (direito cívico, de natureza constitucional – art. 5º, XXXV), que tem como objeto uma prestação positiva por parte do Estado, sendo sempre dirigida contra este ente e nunca contra o adversário. Em que pese sustentarem ser a ação um direito autônomo (independentemente da existência de direito subjetivo material), admitem ser conexo a uma situação jurídica concreta, em razão de ser também instrumental (já que sua finalidade seria dar solução a uma pretensão de direito material).<sup>94</sup>

Essa ideia de ação como um direito abstrato e autônomo, mas conexo a uma situação material, faz alusão à teoria de Liebman,<sup>95</sup> francamente adotada pelo Código de Processo Civil revogado (vide as “condições da ação”, art. 267, IV, CPC/73), não obstante as críticas de parte da doutrina contemporânea.<sup>96</sup> “Direito de ação” seria o direito ao julgamento do mérito da causa, uma vez preenchidas as condições para tanto (possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual), as

---

Estado a cumprir o direito e, quando possível, satisfazer situações jurídicas materiais do petionante ou da coletividade.

94. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 272-274.
95. A ação, para Liebman, é um direito que “tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular (...)”. Quando, em determinado caso, faltassem as condições da ação, ou mesmo uma delas, haveria *carência de ação*, devendo o juiz negar o julgamento de mérito e declarar inadmissível o pedido (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984. pp. 150-151). Para esse autor, a ação é um direito condicionado de obter um provimento de mérito, seja favorável ou não.
96. A chamada *teoria da asserção* é uma das principais vertentes críticas a essa opção legislativa. Levando em conta a grande identidade entre condições da ação e mérito, bem como a autorização legal para que as condições da ação sejam averiguadas a qualquer tempo e grau de jurisdição (§ 3º, art. 267, CPC), a teoria da asserção propõe que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento, a partir das alegações do demandante na petição inicial. Com isso, evitar-se-ia a indesejável possibilidade de extinção do processo sem exame do mérito, por falta de condição da ação, mesmo após vários anos de tramitação processual. Apesar dessa tentativa conciliatória, em razão das inúmeras dificuldades práticas de sua aplicação, há quem simplesmente proponha a abolição das condições da ação como categoria jurídica (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 216-219).

quais, por sua vez, seriam como um elo entre a ação e o mérito, havendo até mesmo quem não veja diferença entre condição da ação e mérito, em certos casos.<sup>97</sup> Faz-se uma concessão ao direito material, mas nem por isso se admite que a ação também possa se expressar fora do processo jurisdicional.

Além daqueles que ignoram uma possível acepção material do conceito de ação, ainda há quem diretamente defenda a impertinência de uma ação material no direito brasileiro. Carlos Aberto Alvaro de Oliveira encabeça essa tendência, sendo um dos principais críticos da teoria de Pontes de Miranda, deduzindo que “tudo não passa de confusão entre os dois planos, com amesquinçamento do plano do direito processual”.<sup>98</sup>

Esse autor não nega que, nada obstante as afinidades e conexões existentes, o direito material e o processual são dois planos distintos e bem definidos. Contudo, sustenta que quando posto em lide, o direito material se torna incerto, de forma que não seria possível se admitir uma ação material previamente existente ao processo. Ademais, declarar, constituir, condenar, mandar e executar seriam verbos que não existiriam no direito material, mas apenas no processual, eis que seriam imanentes ao império e imparcialidade pressupostos pelo exercício da jurisdição.<sup>99</sup>

Hermes Zaneti Jr. também critica a ação material (e suas respectivas eficácias) como categoria apartada do fenômeno processual. Para esse autor, o direito material, quando afirmado em juízo, tornar-se-ia incerto, de forma que a incidência não coincidiria com a aplicação da norma em abstrato, mas com a decisão judicial, que constituiria essa incidência, criando o direito.<sup>100</sup>

As críticas dirigidas contra a ação material, todavia, são insuficientes para desmerecer toda a construção teórica “pontea”, especialmente no que concerne à possibilidade de exercício de uma ação popular material no processo administrativo.

Ovídio Baptista da Silva bem rebate esse rechaço à ação material. Identifica em tal vertente crítica uma “apropriação indébita” da categoria ação, por supor que sua transferência para o processo a tenha eliminado do direito material. E não apenas defende a ação material como emanção própria do direito subjetivo, como sustenta sua preexistência ao processo. Nesse ponto, refuta as afirmações de Carlos Alberto Alvaro Oliveira, que não poderia, a seu juízo, considerar a jurisdição declaratória e,

---

97. Fredie Didier Jr. defende que, na tutela individual, quando se trata de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, seria impossível extremá-las do mérito da causa. Afirma ainda que, em muitos casos, a falta de condições da ação revela situações de improcedência macroscópica, que justificaria, até mesmo, o julgamento antecipado da lide (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais* ... pp. 214-219).

98. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito material, processo e tutela jurisdicional. Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 298.

99. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. Cit.* pp. 289-295.

100. ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 218.

ao mesmo tempo, sustentar que não seria possível haver ação material antes de seu reconhecimento na sentença. Citando Chiovenda, arremata: “os direitos preexistem às sentenças que os reconhecem”.<sup>101</sup>

Quanto àqueles que negam pertencer ao plano material as eficácias declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas – por entenderem que sempre precisam de um processo para se concretizar – opõe-se Daniel Mitidiero. Deduz esse autor que não se pode confundir a “vedação à autotutela” com o próprio plano do direito material, pois o direito para existir não dependeria da proibição da justiça de mão própria. Mesmo necessitando-se de um processo para sua satisfação, o direito subjetivo por si só já garantiria ao seu titular uma situação de vantagem. Destaca que a dificuldade em se admitir a materialidade, em especial, das ações declaratórias, constitutivas e condenatórias, seria pelo fato de que essas ações seriam essencialmente normativas, só podendo ser pensadas e compreendidas nessa sede.<sup>102</sup>

Outros detalhes dessa polêmica ainda merecem destaque. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira exorta o caráter publicístico da jurisdição e do processo, afirmando que “o comando daí resultante projeta sua eficácia no patrimônio das partes por força própria, em razão da soberania do Estado-juiz, e não certamente em virtude de uma norma de direito privado”. Daí a insuficiência do conceito de ação material, por seu caráter eminentemente privado, que não resistiria ao confronto com o sistema processual, de cunho eminentemente público e constitucional.<sup>103</sup> Inevitável concluir que, para essa visão, direito material é direito privado e sua única forma de produzir eficácia seria por força do exercício da jurisdição, de caráter público.

Além disso, prossegue o eminente processualista dizendo que as chamadas ações de direito material (declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas) não teriam existência mesmo antes do processo, em razão do já decantado monopólio estatal da administração da justiça, como também porque “os pronunciamentos judiciais e as sentenças, seja qual for o seu conteúdo (declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo), não passam de formas próprias e exclusivas da tutela jurisdicional”. Aqui, mais uma vez, se limita a força cogente do direito material ao exercício da função jurisdicional, que se pressupõe imparcial e imperativa.

---

101. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 71-79.

102. MITIDIERO, Daniel. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material - “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 132-133.

103. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e tutela jurisdicional. *Polêmica sobre a ação...* pp. 100-101.

A ação material, de fato, se contrapõe à “ação” processual, mas não por seu caráter privado e sim por figurarem cada qual em planos distintos, como visto. Uma ação material pode decorrer de um direito público e, assim, ostentar também natureza publicística. Afinal, o que seria a chamada autoexecutoriedade do ato administrativo se não uma ação material de direito público? A ação popular material que ora se defende, igualmente, é uma inflamação do direito subjetivo de caráter público, já que sua impositividade é referente a interesses gerais, que acometem a todo o corpo de cidadãos. Essa suposta natureza privatística da ação material não pode ser mencionada para diminuí-la perante a ação processual, não apenas porque há casos de ação material de direito público, mas especialmente porque, seja de direito público ou de direito privado, a ação material sempre se caracteriza por sua impositividade, independentemente de um processo.

Sem se negar ou diminuir a importância do processo jurisdicional, é certo que essa não é a única via para a satisfação de situações materiais, notadamente da ação material. O monopólio estatal da jurisdição não serve para reduzir todo o fenômeno jurídico ao processo judicial, sendo o processo administrativo um exemplo de via alternativa para aplicação do direito e satisfação de ações materiais.

Havendo autorização legal para tanto, a ação popular material pode ser afirmada e exercida tanto pela via do processo judicial, como também do processo administrativo, observadas as peculiaridades de cada uma dessas formas processuais.

## **7. AÇÃO POPULAR MATERIAL NO PROCESSO JUDICIAL E NO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Admitida, portanto, uma acepção material da ação popular, bem como sua possibilidade de satisfação tanto pelo processo judicial, como pelo processo administrativo, deve-se atentar para as repercussões práticas de tais conclusões.

De início, importante destacar que limitar *a priori* as possibilidades de tutela da ação popular somente às de caráter constitutiva-negativa e ressarcitória, não apenas se mostra insuficiente perante a atual ordem constitucional que atribui ao Estado maiores deveres perante os cidadãos, mas também minimiza indevidamente o aspecto material das ações, que é sempre dotado de várias eficácias, em diferentes medidas, inclusive a mandamental. Não se pode restringir as possibilidades de tutela jurisdicional, quando o próprio direito material afirmado e sua respectiva ação demandam satisfação mais ampla.

Sérgio Cruz Arenhart ensina que as formas de prestação de tutela agrupam-se em dois grandes grupos: aquelas que visam a operar exclusivamente no plano normativo (declaratórias, constitutivas e condenatórias) – lidando apenas com a realidade jurídico-normativa, sem alterar o plano fático – e aquelas que tendem a

atuar no mundo concreto, alterando-o (mandamentais e executivas lato sensu).<sup>104</sup> Dentro desse quadro, destaca que a tutela mandamental seria adequada para todo caso em que fosse indispensável a colaboração do sujeito passivo da relação (aquele que deve realizar a prestação) para satisfação do interesse, sendo duas as hipóteses que ocasionariam a necessidade de se recorrer a essa forma de tutela: (i) as prestações infungíveis e (ii) aquelas exigidas em face do Estado. Nesse último caso, reforça que a colaboração do sujeito passivo (Estado) é imprescindível, em função da repartição de competências da Administração Pública, que confere a cada um dos agentes estatais atribuições vinculadas, que não poderiam ser exercidas por outros.<sup>105</sup>

Como as eficácias de cada uma dessas possíveis tutelas deflui da ação material que se afirma, uma ação popular material que exija uma prestação do Estado apenas poderá ser satisfeita, de fato, com a concessão de uma tutela mandamental. Mesmo no caso da ação popular constitucional (art. 5º, LXXIII, CR/88), que fala apenas em “anular ato lesivo”, uma possível tutela mandamental não deve ser negada. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra a proteção pela ação popular, entre outros interesses, do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural, bens que para sua efetiva salvaguarda, muitas vezes, demandam a concessão de uma tutela inibitória (prestação negativa), já que o simples ressarcimento dos prejuízos e desconstituição do ato não seriam suficientes para compensar danos irreversíveis ao ambiente histórico e natural. A reação de tais direitos à sua, até mesmo, possível violação, se satisfaz apenas com um provimento de eficácia mandamental, que altera o plano fático, mesmo que isso não venha expressamente dito no comando constitucional que os protege.

Outrossim, é importante atentar que, para exercício da ação popular no processo administrativo, não se cogita do preenchimento dos condicionantes e pressupostos para o exercício da pretensão à tutela jurídica, pois o exercício do direito de petição não os exige. Isso é relevante, pois, se uma mesma ação popular material puder ser exigida tanto nas vias processuais administrativas como judiciais, caso se negue o pedido por ausência de interesse de agir ou legitimidade, por não apresentação do título eleitoral (art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65), ou não preenchimento de qualquer dos outros pressupostos de desenvolvimento válido da relação jurisdicional (capacidade postulatória, competência etc.), nada disso poderia, a princípio, impedir que se postule a ação popular na esfera administrativa.

---

104. Para este autor, as tutelas mandamental e executiva possuem alto grau de afinidade, permitindo agrupá-las em uma só categoria: *tutelas de prestação concreta*. Essa classificação dos provimentos em declaratórios, constitutivos, condenatórios (normativos) e mandamentais e executivos *lato sensu* (concretos) apenas fariam referência ao conteúdo da ação de direito material, sem considerar as demais informações apresentadas pelo direito material e a adequação do procedimento às suas peculiaridades. Por isso que, ao lado das tutelas tradicionais, ainda propõe o reconhecimento das chamadas tutelas *inibitória*, *ressarcitória*, *reintegratória* e *tutela do adimplemento* (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. pp. 92-100).

105. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit. p. 91.

Aquilo que se considera no processo administrativo é se o objeto da postulação possui ou não amparo legal. Contudo, lembrando que na função administrativa não é possível se decidir acerca de situações materiais concretas de forma definitiva (art. 5º, XXXV, CR/88), caso se julgue administrativamente que o postulante não teria legitimidade ou mesmo razão em seu pedido, ainda seria possível se provocar um processo judicial, respeitados os requisitos para tanto.

De toda forma, seja no processo administrativo ou judicial, será possível a imposição da ação material em todas as suas eficácias (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva), devendo-se prestar a tutela processual adequada, que efetivamente garanta a satisfação da situação material afirmada.

## 8. REFERÊNCIAS

- ALONSO, Augusto González. La doctrina de la discrecionalidad técnica a la luz de la jurisprudencia del tribunal supremo. *Justicia administrativa: revista de derecho administrativo*. n. 58. Valladolid: Lex Nova, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *Interesses públicos versus intereses privados*: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi. A denúncia da lide como remédio jurídico processual: uma contribuição à luz da doutrina de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell; JARAMILLO, Leonardo. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAÚLA, César. Judicialização da saúde: o que deve mudar em face da lei número 12.401/2011? In: PINTO E NETTO, Luísa Cristina; BITENCOURT NETO, Eurico (coord.). *Direito administrativo e direitos fundamentais – diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CAVALCANTI, Francisco. Prefácio. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Discricionariedade Administrativa e interesses públicos: superando a supremacia em busca da ponderação. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. a. 11. n. 122. abr. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*. Tese (livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual, 2011.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. *O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda*.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. t. I. 3. ed. Buenos Aires: Machhi, 1995.
- GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.
- KUYEN, Luiz Fernando Martins. Análise comparativa da ação popular nos direitos português e brasileiro. *Ação Popular*. MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- MEDAUIAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- \_\_\_\_\_. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. Condições da ação: questões de mérito ou não mérito? *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- \_\_\_\_\_. Da ação como objeto litigioso no processo civil. *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Salvador: Juspodivm, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros: 1979.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. v. IV (arts. 141-156). 2. ed. São Paulo: Max Limond, 1953.
- \_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. t. I. São Paulo: RT, 1970.
- MITIDIERO, Daniel. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *A teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PEDRON, Flávio Quinaud. O Dogma da Supremacia do Interesse Público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *Direito Público*. n. 28. jul.-ago. 2009.
- PEREIRA, Roitemberg Nunes. *O devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*. a. 11. n. 56. jul.-ago. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: RT, 1991.
- RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ROMAN, Flávio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SADDY, A. Conceito de interesse público em um Estado em transformação. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. a. 10. n. 108. fev. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça*. Porto Alegre: SAFE, 1986.
- SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização. In: CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, Frederico Rodrigues. A relatividade da Supremacia do Interesse Público: um estudo comparado. *Direito Público*. v. 8. n. 43. jan.-fev. 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.





## Quinze conclusões sobre o conflito entre coisas julgadas: um estudo crítico das principais teorias existentes

Fifteen conclusions about the conflict between two *res iudicatae*: a critical study of the main existing theories

**Rodrigo Nery Cardoso**

LLM Candidate at the Faculdade Baiana de Direito, Brazil. Lawyer.

**Resumo:** O presente trabalho visa a estudar o conflito entre coisas julgadas, com o objetivo auxiliar na solução dessa antinomia jurídica. Através de um estudo crítico das teorias mais conhecidas sobre o assunto, foram elaboradas 15 (quinze) conclusões a respeito.

**Palavras-chave:** Coisa julgada; Conflito; Direito Processual Civil.

**Abstract:** The present essay aims to study the conflict between two *res iudicatae*, with the objective to help in the solution of this legal antinomy. Through a critical study of the best known theories on the subject, 15 (fifteen) conclusions were elaborated.

**Keywords:** *res iudicata*; conflict; Civil Procedural Law.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A tese da inexistência jurídica da segunda coisa julgada – 3. A tese da nulidade absoluta da segunda coisa julgada – 4. A tese da inconstitucionalidade da segunda coisa julgada – 5. A tese da revogação da primeira coisa julgada pela segunda – 6. A tese da ineficácia da primeira coisa julgada – 7. Síntese e conclusões – 8. Referências.

**Summary:** 1. Introduction - 2. The thesis of the juridical inexistence of the second *res iudicata* - 3. The thesis of the absolute nullity of the second *res iudicata* - 4. The thesis of the unconstitutionality of the second *res iudicata* - 5. The thesis of the revocation of the first *res iudicata* by the second - 6. The thesis of the ineffectiveness of the first *res iudicata* - 7. Summary and conclusions - 8. References.

## 1. INTRODUÇÃO

O conflito entre coisas julgadas, para o âmbito deste trabalho, pode ser definido como a ocorrência de duas coisas julgadas oriundas de duas decisões sobre uma mesma questão, em processos diferentes.

Trata-se, consoante será observado, de um dos grandes problemas jurídicos dentro do direito processual civil. Poucas linhas foram escritas sobre o tema, na maioria das vezes de forma secundária e despreocupada em abordar satisfatoriamente o assunto.

As razões para tal desinteresse doutrinário se encontram na própria dificuldade de ocorrência desse fenômeno (não obstante ele ser mais comum do que pensa a maioria das pessoas), e, principalmente, na própria complexidade que a ele é inerente. Para entendê-lo, mister se torna uma prévia compreensão da natureza jurídica dos conceitos que são aplicados, sob pena de partir por um caminho sem volta, em direção ao fracasso.

Tomando como base a apurada classificação feita por Beclaute Oliveira Silva,<sup>1</sup> faremos uma análise das teorias existentes (ao menos as mais conhecidas), resumindo-as brevemente para, após cada síntese, apontarmos nossas críticas e, ao fim do trabalho, estabelecermos o nosso posicionamento.

## 2. A TESE DA INEXISTÊNCIA JURÍDICA DA SEGUNDA COISA JULGADA

Tendo como grandes expoentes os autores Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina, a tese da inexistência jurídica consiste na afirmação de que a segunda decisão proferida em relação a uma mesma questão já decidida e passada em julgado em outro processo seria juridicamente inexistente e que, por ser inexistente, não possuiria

---

1. SILVA, Beclaute Oliveira. Conflito entre coisas julgadas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. capítulo 5.

a aptidão de produzir coisa julgada.<sup>2</sup> A razão, por sua vez, para tal inexistência jurídica, seria por não ter havido no processo em que foi proferida essa segunda decisão a presença de interesse jurídico processual, que se configura como uma das condições da ação, de acordo doutrina favorável a essa teoria.<sup>3</sup>

Ante a ausência de interesse processual, inexistiria processo, o que faria com que, portanto, o juiz que proferiu a segunda decisão não pudesse praticar tal ato, e, por tê-lo praticado, teria dado origem a uma decisão juridicamente inexistente.<sup>4</sup>

Nesse raciocínio, com base nos ensinamentos de Arruda Alvim, esse que afirma a impossibilidade de se rescindir sentença inexistente juridicamente por considerar que “o que é rescindível não pode ser inexistente”,<sup>5</sup> defendem então que não haveria se falar em prazo de dois anos para a ação rescisória, sendo o seu manejo até mesmo prescindível, pois essa inexistência jurídica, além de impedir a formação de coisa julgada, pode ser declarada “por meio de ação que não fica sujeita a um lapso temporal pré-definido para ser movida”.<sup>6</sup>

Essa concepção merece algumas observações de cunho crítico, que serão feitas a seguir.

Inicialmente, destaca-se a grande controvérsia quanto à existência ou não das chamadas condições da ação no ordenamento jurídico processual brasileiro, ao menos sob esse rótulo.<sup>7</sup> Não obstante isso, na hipótese de se aceitar que elas existem, ainda assim a lógica defendida pelos autores supramencionados não merece prosperar, principalmente por eles afirmarem que a carência da ação se configuraria como uma inexistência de processo.

Os atos jurídicos processuais, tal como os atos jurídicos em geral, podem ser plenamente analisados em três planos: existência, validade e eficácia.<sup>8</sup> Ocorre que,

2. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 36-39.
3. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pp. 466-467.
4. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 36-39.
5. Conforme aponta Teresa Arruda Alvim sobre os ensinamentos de Arruda Alvim (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 466).
6. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 39.
7. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. pp. 306-307.
8. Conforme defendem Dinamarco e Humberto Theodoro Jr., por exemplo, o plano da existência se aplica aos atos jurídicos em geral, não somente no plano do direito processual (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Liticonsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 315; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As nulidades no código de processo civil. Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 3. outubro de 2011. p. 911. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271915/>

ao menos em relação ao plano da existência, essa dimensão não corresponde a uma realidade fática, mas sim a uma realidade jurídica que até mesmo contradiz o próprio fenômeno em si (o que por si só não significa que não mereça ser aplicada). Conforme ensina Humberto Theodoro Jr., a inexistência está relacionada à própria vida do ato jurídico, e não ao seu plano de validade propriamente dito.<sup>9</sup> Daí por que se diz que ato jurídico inexistente não produz efeitos jurídicos, haja vista que não se concebe um efeito jurídico oriundo de um ato que não exista no plano jurídico.<sup>10</sup>

Contudo, isso não quer dizer que ele não produza efeitos *lato sensu*, pois, mesmo sendo inexistente no plano jurídico, esse ato ainda poderá ter eficácia no plano fático, conforme se observa da explicação feita abaixo:

Pode ser até que uma “sentença” sem *decisum* muito se aproxime, do ponto de vista da aparência, de uma sentença, no sentido jurídico. Mas não o é. Pode ser até que a forma como está redigida dê azo à confusão sobre o que seja *decisum* e o que seja fundamento. Contudo, enquanto uma autoridade (no caso, uma autoridade investida de jurisdição) não o disser, se a sentença tiver aptidão material para gerar efeitos, os gerará.<sup>11</sup>

Por esse raciocínio, em se tratando, o plano da existência, de uma ficção jurídica; mesmo havendo um processo que não possua os seus pressupostos, não há como desconsiderar que ainda assim ele tenha se formado, não obstante desde o seu nascimento já estivesse destinado à extinção por não possuir aptidão para se formar. Ocorre, nesse caso, a formação do processo e a consequente extinção do processo (pelo julgador) por ausência de seus pressupostos.

Caso a extinção do feito não ocorra de imediato em decisão exordial e seja verificada a ausência de pressupostos de existência em um momento posterior, os atos e fatos que se originaram desse processo juridicamente inexistente também serão inexistentes por contaminação, isso na hipótese de o vício concernente à ausência do pressuposto não ter sido sanado.

Assim se operam os pressupostos da existência. Não é bem dessa maneira, contudo, que são operadas as condições da ação. Ainda que pareça semelhante a lógica

---

mod\_folder/content/0/RTDoc%20%2015-3-09%203\_50%20(PM)%20(2).pdf?forcedownload=1> . Acesso em: 15 nov. 2018. p. 1).

9. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no código de processo civil. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 3. out. 2011. p. 911. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271915/mod\\_folder/content/0/RTDoc%20%2015-3-09%203\\_50%20\(PM\)%20\(2\).pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271915/mod_folder/content/0/RTDoc%20%2015-3-09%203_50%20(PM)%20(2).pdf?forcedownload=1)>. Acesso em: 15 nov. 2018. p. 3.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Liticonsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 315-316.
11. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 461.

procedimental (extinção do processo sem resolução de mérito), nesses casos não se aplica a ficção jurídica de inexistência, haja vista que o processo já existe juridicamente mesmo sem que elas estejam presentes.

As condições da ação nada têm a ver (ou ao menos assim deveria ser) com os pressupostos objetivos e subjetivos do processo em si, mas sim com a aptidão desse último para desenvolver-se de forma válida.

Enquanto a ausência delas impede o prosseguimento do processo para a satisfação da pretensão a uma decisão de mérito (ante a sua impossibilidade por “não existir ação”), a falta dos pressupostos objetivos e subjetivos existenciais impossibilita a própria existência do processo, embora ela (essa falta) opere em um plano de ficção jurídica e, na prática, acarrete a mesma consequência da verificação da carência de ação, que é a extinção do feito sem resolução de mérito.

Daí por que, caso se adote a tese da extinção das condições da ação com o advento do CPC/2015, elas (interesse processual e legitimidade *ad causam*) podem (ainda que isso seja questionável) ser inseridas no escopo dos requisitos de validade, e não no dos pressupostos de existência,<sup>12</sup> haja vista serem os requisitos “tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade”.<sup>13</sup> Sobre a terminologia, correto está o apontamento de Didier Jr. ao afirmar que “‘pressupostos processuais’ é denominação que se deveria reservar apenas aos pressupostos de existência”,<sup>14</sup> haja vista que “pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica”.<sup>15</sup> As condições da ação seriam, portanto, não pressupostos de existência, mas sim requisitos de validade do processo.<sup>16</sup>

Ademais, a falta da declaração da inexistência de um ato processual tem efeitos diversos da ausência de reconhecimento das condições da ação no processo. Isso se dá em razão da chamada *teoria da asserção*, que se configura como uma modificação doutrinária (uma adaptação) da teoria de Enrico Tullio Liebman, essa última que estabelecera um “meio termo” em relação às discussões referentes às teorias da ação.<sup>17</sup>

12. Cf. fluxograma contido em DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 316.

13. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 312.

14. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 312.

15. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 312.

16. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. pp. 306-309.

17. NUNES, Jorge Amaury. *Aula sobre condições da ação*. Brasília: Universidade de Brasília (disciplina: Fundamentos do Processo Civil), 2018. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 210-216.

Segundo os seus defensores, na hipótese do não reconhecimento da inexistência das condições da ação em um primeiro juízo de admissibilidade, caso ainda assim se constatasse a sua ausência, o julgamento na sentença que as reconhecesse seria de mérito e em cognição exauriente.<sup>18</sup>

Por essa lógica, a depender do momento de verificação, poderiam as condições da ação acarretar a extinção do feito sem resolução de mérito (caso o momento fosse o do “primeiro exame” de admissibilidade) ou a extinção do feito com resolução de mérito (caso a verificação da existência ou inexistência se desse na sentença após a produção de provas, por exemplo). Essa teoria foi amplamente adotada por diversos autores (com respectivas variações), tais como José Carlos Barbosa Moreira,<sup>19</sup> Kazuo Watanabe,<sup>20</sup> Luiz Guilherme Marinoni,<sup>21</sup> dentre outros. A tese também foi confirmada pelo próprio Supremo Tribunal Federal<sup>22</sup> e possui ampla possibilidade de ser ainda aplicada no novo regime caso se considere que ainda existe a categoria das condições da ação.

Pois bem, em tendo sido feitas essas explicações, partimos então ao segundo equívoco da tese da inexistência jurídica: em razão de as condições da ação estarem submetidas aos postulados da teoria da asserção, amplamente reconhecida no direito

- 
18. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 216-219.
  19. “Para que o autor deva ser considerado parte legítima, não tem a menor relevância perquirir-se a efetiva existência do direito que alega. Nem será possível, aliás, *antepor-se* tal investigação ao juízo sobre a presença (ou ausência) do requisito da legitimidade, que é necessariamente, conforme se disse, *preliminar*. Averbar de ilegítima a parte, por inexistir o alegado direito, é inverter a ordem lógica da atividade cognitiva. A parte pode perfeitamente satisfazer a condição da *legitmatio ad causam* sem que, na realidade, exista o direito, a relação jurídica material. Mais: não há lugar para a verificação dessa existência senão depois que se reconheceu a legitimidade da parte; só o pedido da parte legítima é que pode, eventualmente, ser repellido no mérito, isto é, julgado improcedente. O exame da legitimidade, pois – como o de qualquer das ‘condições da ação’ –, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in status assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrado pela atividade instrutória” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial. *Temas de direito processual*. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977. pp. 199-200).
  20. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 98-96.
  21. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 211.
  22. “A legitimidade para a causa, segundo a teoria da asserção adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para a verificação das condições da ação, é aferida conforme as afirmações feitas pelo autor na inicial” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo*: ARE 713.211 AgR/MG. Relator: Min. Luiz Fux. 1ª Turma, julgado em 01/04/2014. DJ: 15/04/2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000208727&base=baseAcordaos>>. Acesso em 27 out. 2018).

brasileiro (salvo algumas exceções de doutrinadores, como é o caso de Dinamarco<sup>23</sup>); levando-se em conta que o julgador do segundo processo (no qual essa segunda coisa julgada se formou) não tinha conhecimento da existência da primeira *res judicata* (pois se tivesse, teria extinguido o feito sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual); a decisão que ele proferir, sobre essa mesma questão será, ao invés de inexistente, somente injusta (equivocada juridicamente).

Com efeito, se o reconhecimento de condições da ação em um momento final do processo enseja a extinção do feito com resolução de mérito, pela própria lógica desse raciocínio, o seu não reconhecimento nesse momento final somente tem a aptidão de fazer com que a sentença seja injusta e não juridicamente inexistente. Haverá, então, resolução de mérito de forma injusta (ausência de reconhecimento de condição da ação).

Ressalta-se que aqui não é olvidada a grande incoerência da teoria da asserção, ao menos ao nosso ver.<sup>24</sup> Contudo, partindo do pressuposto de que ela deva ser

23. As críticas são pertinentes: “Não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam realmente. Uma condição da ação é sempre uma *condição da existência do direito de ação*, e por falta dela o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, quer o autor já descreva uma situação em que ela falte, quer dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade [...]. Goza no entanto de crescente prestígio a *teoria da asserção*, que afirma o contrário. Segundo seus seguidores as condições da ação deveriam ser aferidas *in status assertionis*, ou seja, a partir do modo como a demanda é construída – de modo que estaria diante de questões de mérito sempre que, por estarem as condições da ação corretamente expostas na petição inicial, só depois se verificasse a falta de sua concreta implementação. Ao propor arbitrariamente essa estranha modificação da natureza de um pronunciamento judicial conforme o momento em que é produzido (de uma sentença terminativa a uma de mérito), a *teoria della prospettazione* incorre em uma série de erros e abre caminho para incoerências que desmerecem desnecessária e inutilmente o sistema” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. pp. 368-369).

24. E não nos limitamos apenas à argumentação de que a teoria da asserção seria inaplicável em razão somente da inexistência da categoria das condições da ação. Na realidade, o principal motivo para dizermos que ela não se aplica é por entendermos que as condições da ação são, na verdade, matéria de mérito, todas elas (tal como nos ensinou Jorge Amaury Maia Nunes em NUNES, Jorge Amaury. *Aula sobre condições da ação*. Brasília: Universidade de Brasília (disciplina: Fundamentos do Processo Civil), 2018).

Por essa razão (cuja fundamentação não cabe no presente trabalho) entendemos que não caberia reclassificá-las como requisitos de validade do processo. A única hipótese que poderia se verificar como um requisito de validade do processo seria a da legitimidade extraordinária. Uma boa leitura sobre o tema é a do artigo “*Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*”. Trata-se de artigo que rendeu a primeira citação de relevo de Fredie Didier Jr., segundo ele mesmo, no qual há (ao menos nesse trabalho especificamente) a adoção de uma posição semelhante à aqui defendida, principalmente no que toca à afirmação de que as condições da ação se configuram como “aspectos do direito material” (DIDIER JR., Fredie. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. *Revista Forense*. v. 351. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 66).

aplicada, a única lógica que merece subsistir, ante o exposto e conforme entendemos, é a apontada acima.

Agora, caso não se adote a teoria da asserção como ponto de referência para a discussão, talvez seja possível, *ao menos sob uma primeira análise*, afirmar a existência de um defeito que seja capaz de ensejar a decretação de nulidade absoluta da decisão do segundo processo, que é o que constitui exatamente a segunda teoria das vertentes favoráveis à prevalência da primeira coisa julgada, que será devidamente analisada no próximo item.

### 3. A TESE DA NULIDADE ABSOLUTA DA SEGUNDA COISA JULGADA

Essa tese tem como principal expoente Thereza Alvim<sup>25</sup> e muito se assemelha à tese da inexistência jurídica, que explicamos no item anterior. Em breves palavras, a diferença primordial entre ambas reside no fato de que, enquanto uma afirma que a segunda coisa julgada conflitante seria, na verdade, inexistente, ou seja, nem sequer teria se formado por ausência interesse processual (carência dessa condição da ação) no processo em que ela supostamente iria se formar; a outra diz que essa ausência de interesse, na verdade, se configura como uma hipótese de decretação da nulidade da sentença (e pelo regime do CPC/2015, da decisão de mérito), e não necessariamente uma inexistência jurídica. Essa nulidade poderia ser decretada não só nos casos de carência de ação, mas também sempre quando passasse despercebido algum dos pressupostos processuais negativos.<sup>26</sup> pronunciáveis de ofício (não seria o caso, é claro, de convenção de arbitragem, por exemplo).<sup>27</sup>

Ressalta-se que a tese da nulidade, ao que nos parece, surgiu antes da tese da inexistência, o que de certa forma não prejudica a explicação dessa última ser feita depois da primeira.<sup>28</sup> De todo modo, em razão de ambas compartilharem a mesma base argumentativa (como diz Beclate Oliveira Silva, “trata-se de argumento idêntico ao sustentado por Teresa Arruda Alvim, mas com consequências diversas”<sup>29</sup>),

25. ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. pp. 12-13. Conferir também a nota de rodapé nº 23 de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 466.

26. Pela classificação da própria Teresa Arruda Alvim, em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 50.

27. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 466, nota de rodapé nº 426.

28. Supomos isso pelas observações feitas por Teresa Arruda Alvim, principal autora da tese da inexistência, em relação suas às aulas ministradas na PUC de São Paulo (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 466, nota de rodapé nº 426).

29. SILVA, Beclate Oliveira. Conflito entre coisas julgadas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, F.; PASSO CABRAL, A. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora

remetemos o leitor aos argumentos sobre pressupostos processuais, requisitos de validade e condições da ação feitos no item anterior, e partiremos diretamente para o apontamento das críticas em relação a essa segunda teoria.

A primeira delas, de pronto, é a de que a conclusão obtida por aqueles que adotam essa posição acaba sendo influenciada completamente pela teoria da asserção, tal como no caso também da tese da inexistência. A sentença que deixa de reconhecer a inexistência de uma das condições da ação, se aplicarmos os postulados da teoria da asserção, se configuraria, na verdade, como uma sentença injusta, jamais uma sentença inexistente ou, incluindo agora, uma sentença nula.

Levando-se em conta que as decisões que reconhecem a inexistência de condições da ação no fim do processo são consideradas, pela teoria da asserção, como decisões de mérito em cognição exauriente,<sup>30</sup> a única conclusão aceitável é a de que, se essa mesma decisão equivocadamente não as reconhecer, ela se configurará como uma decisão injusta, mas plenamente existente e válida, sendo completamente apta à formação de coisa julgada.

Contudo, se não adotarmos a teoria da asserção como premissa fundamental para a análise (embora essa seja a posição da doutrina majoritária no que diz respeito à operacionalização das condições da ação), a situação estudada se torna um pouco diferente, conforme se verá.

De acordo com os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, as nulidades absolutas podem se dar em razão de duas hipóteses gerais: “a) defeito de forma, somente quando há expressa cominação legal; b) violação de pressuposto processual ou condição da ação”. Por essa lógica, independentemente de existir ou não a classificação das condições da ação no atual regime do CPC/2015, sendo constatada, por exemplo, a ausência de interesse, estaríamos falando em possibilidade de decretação de nulidade absoluta.

Ainda conforme ensina o referido autor, essas nulidades possuem algumas consequências (elencadas a seguir de forma não exaustiva): (i) elas alcançam o processo como um todo, se não forem removidas ou saneadas; (ii) não se sujeitam à preclusão, mesmo se o julgador não as reconhecer no processo; (iii) impedem a formação de *res iudicata* em relação às decisões por elas atingidas.<sup>31</sup>

Tal como no caso da inexistência, se for constatado, conforme entende Theodoro Jr., um vício que enseja a decretação de nulidade absoluta no processo, isso em um

---

JusPodivm, 2018, p. 129.

30. DIDIER JR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 217.

31. Sobre todas as afirmações elencadas: THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 3. out. 2011. p. 911. Disponível em: <[https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271915/mod\\_folder/content/0/RTDoc%20%2015-3-09%203\\_50%20\(PM\)%20\(2\).pdf?forcedownload=1](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271915/mod_folder/content/0/RTDoc%20%2015-3-09%203_50%20(PM)%20(2).pdf?forcedownload=1)>. Acesso em: 15 nov. 2018. pp. 14-15.

momento posterior ao trânsito em julgado, mesmo que já tenha transcorrido o prazo para a ação rescisória; ainda assim será possível a “declaração” desse vício, mediante ação declaratória de nulidade. Também nesse caso defende o autor que não há se falar em manejo de ação rescisória para rescindir algo que não existe. A coisa julgada não é formada nessas hipóteses, segundo defende, o que faz com que seja incabível manejo da ação do art. 966 do CPC/2015.

Não obstante essa posição, Teresa Arruda Alvim, de maneira (ao nosso ver) acertada e em referência à obra de Theodoro Júnior, afirma que somente a inexistência jurídica é que impede a formação da coisa julgada, enquanto que a nulidade absoluta, por sua vez, permite a sua formação:

Humberto Theodoro Jr. sempre reafirma sua tradicional posição no sentido de que “cabe, então, a ação comum declaratória de nulidade, se o caso for de sentença *ipso iure* ou inexistente, e cabe ação rescisória, se a sentença válida como ato processual tiver incorrido numa das hipóteses que a tornam indiscutível”.

Citado professor identifica a inexistência com a nulidade *ipso iure* (com o que não concordamos), mas, por outro lado, assevera que estas são impugnáveis por meio de ação meramente declaratória, porque não têm aptidão para produzir coisa julgada. Dá o clássico exemplo da sentença de mérito proferida em processo em que não houve citação. Parece, portanto, que as nossas divergências no que se refere ao respeitado autor, se limitam, quanto a esse ponto, ao plano terminológico.

Para nós, o ponto distintivo principal entre a antiga *querela* ou *actio nullitatis* e a ação rescisória é que aquela visa a impugnar sentença inexistente – é, portanto, ação declaratória de inexistência jurídica, e não de nulidade. A ação rescisória, a seu turno, objetiva atingir, por meio da desconstituição da coisa julgada, a nulidade da sentença. Essa distinção se nos afigura imensamente relevante, já que se trata de duas categorias distintas, de dois grupos de diferentes sentenças que padecem de “vícios” bem diferentes (é que a inexistência jurídica pode ser vista como vício, em sentido lato), e é a própria doutrina tradicional que sugere essa terminologia, já que, por exemplo, a sentença proferida por juízo incompetente é nula (uma vez que está ausente pressuposto processual de validade). E é rescindível!<sup>32</sup>

Como já aditando, faz todo o sentido a afirmação da autora transcrita acima. As sentenças (e decisões) passíveis de decretação de nulidade não impedem a formação da coisa julgada, embora isso se configure como pressuposto autorizativo da rescisão do *decisum*. A nulidade absoluta origina-se da ausência de algum requisito de validade do processo ou do ato (por estar relacionada ao plano de validade do ato jurídico processual) após a sua decretação pelo julgador, não tendo aptidão, antes dessa decretação, de impedir a formação da *res iudicata*, haja vista que a decisão, embora seja viciada, ainda é existente e plenamente válida.

32. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 474.

Daí por que o CPC/2015 houve por bem estabelecer no rol do art. 966 a possibilidade de rescisão de decisões que ofendam a coisa julgada (inciso IV) ou que violem manifestamente norma jurídica (inciso V). Nesse último caso, trata-se de preciosa correção ao antigo art. 485 do CPC/1973, que se referia apenas à violação de literal disposição de lei, deixando de abarcar (ao menos em termos expressos) outras hipóteses de vícios processuais.

Portanto, por essa lógica, plenamente se torna cabível o manejo da ação rescisória, frisando-se que o alvo dessa ação é sempre a estabilidade processual da decisão, através da desconstituição do efeito que a ela deu origem.<sup>33</sup>

Ademais, por ser cabível a ação rescisória, haja vista a existência de previsão expressa no nosso ordenamento, sem sombra de dúvidas, após o transcurso do prazo para o ajuizamento da ação do art. 966 do CPC/2015, esse vício não irá subsistir. Com efeito, estamos tratando aqui de uma seara diferente da do direito civil, levando-se em conta que nessa última ocorre a confusão entre os planos da existência e da validade, tendo alguns doutrinadores até mesmo questionado a necessidade dessa construção teórica.<sup>34</sup>

No direito processual, percebe-se que, em razão de se tratar de ramo do direito público, regido por uma lógica distinta da do direito privado, não se fala necessariamente em hipótese de declaração de nulidade, mas sim de decretação.<sup>35</sup> Essa justificativa se dá pelos próprios princípios que norteiam esse campo, que diferem dos princípios da seara privada, o que faz com que seja plenamente possível considerarmos que “um

33. Pois bem, para corroborar essa afirmação, usamos o exemplo da hipótese expressamente prevista no § 2º do art. 966 do CPC/2015, que é a de serem rescindíveis, além das decisões de mérito transitadas em julgado, as decisões que impeçam (i) nova propositura da demanda ou a (ii) admissibilidade do recurso correspondente. Ainda que não pretendamos aprofundar nessa discussão, isso se justifica pelo fato de que, como dito, o objetivo da ação rescisória não está necessariamente atrelado à rescisão da coisa julgada, mas sim à rescisão de estabilidades processuais.
34. Explicando a controvérsia: TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2017 p. 300.
35. “As invalidades dos atos jurídicos em geral podem ser apenas parcialmente transpostas para os atos jurídicos processuais porque, como lembra o Prof. Arruda Alvim, os princípios que norteiam o processo não são os mesmos do direito privado. O ato jurídico processual, ainda que continente de um vício, tem uma ‘vida artificial’ sobrevivendo até sua invalidação. Trata-se de patente diferença em relação às invalidades dos atos do direito privado. Para que se verifique nulidade no processual esta tem que ser pronunciada, ou seja, é equivocado afirmar que se “declara” nulidade. A nulidade processual é “decretada”. Outro dado que separa as nulidades processuais daquelas do direito privado é que as invalidades processuais podem ser relevadas, e, portanto, a invalida” (CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*. v. 255. mai. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.255.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.05.PDF)>. Acesso em: 13 set. 2018. 2.3.2, n. p).

ato jurídico processual, ainda que continente de um vício, tenha uma ‘vida artificial’ sobrevivendo até sua invalidação”.<sup>36</sup>

Por razões de política legislativa e levando-se em conta os princípios que norteiam o direito público, o nosso ordenamento jurídico submeteu as nulidades processuais a um prazo de impugnação, diferentemente do caso do direito privado, em que o instrumento para a declaração de nulidade (que se confunde com a inexistência jurídica) não possui prazo para ser manejado, por se tratar de uma ação que busca solucionar uma incerteza jurídica e pelo fato de que ato nulo não é suscetível de convalidação.

No direito processual não subsiste essa assertiva, principalmente em razão da primazia da segurança jurídica das relações processuais, daí por que há a afirmação (também feita por Teresa Arruda Alvim, inclusive<sup>37</sup>) de que a decretação das nulidades se submete a prazo estipulado em lei, e que, embora isso não se aplique ao caso das inexistências jurídicas, de *lege ferenda* também deveria ser estipulado um prazo para a sua declaração.<sup>38</sup>

Conforme se observa dos apontamentos que aqui foram feitos,<sup>39</sup> a teoria da nulidade da segunda coisa julgada não merece subsistir também quando se verifica que a ausência de uma das condições da ação (ou, caso assim se entenda, de algum dos requisitos de validade do processo<sup>40</sup>), ainda que se configure como hipótese de decretação de nulidade absoluta da decisão, não impede a formação de *res iudicata*, essa última estando submetida ao prazo de dois anos da ação rescisória para a sua desconstituição. Trata-se, como dito, da aplicação dos princípios do direito processual civil em relação à teoria geral das nulidades no direito privado.

Portanto, em síntese dos apontamentos que aqui foram feitos, se adotarmos a teoria da asserção, não merecerá acolhimento a teoria da nulidade absoluta pois a decisão não irá se configurar como nula, mas sim como injusta. Agora, caso não adotemos essa teoria (da asserção) e consideremos as condições da ação como requisitos de validade; a decisão realmente estará destinada a ser decretada como nula,

36. CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*. v. 255. mai. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.255.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.05.PDF)>. Acesso em: 13. set. 2018, 2.3.2, n.p.

37. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pp. 198-199.

38. “Esta preocupação levou alguns autores a sustentar que o sistema a que estão submetidas as nulidades dever-se-ia aplicar também às hipóteses de inexistência. Na verdade, o desejável seria que houvesse previsão legal a respeito” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 199).

39. Ressalta-se ser curioso o fato de estarmos usando da concepção da autora da teoria da inexistência para criticar a teoria da nulidade absoluta. Ambos os autores dessas duas posições dialogam entre si em suas obras, o que faz com seja cabível o destaque que aqui está sendo feito.

40. Que nesse caso faria ser aplicável somente o primeiro raciocínio desenvolvido neste item.

mas, de todo modo, permanecerá sendo apta à produção de coisa julgada enquanto não houver essa decretação, podendo, em vista disso, ser alvo de ação rescisória. Na hipótese de essa ação desconstitutiva (a rescisória) não ser ajuizada no prazo de 2 anos estipulado pelo artigo 975 do CPC/2015, não mais poderá ser decretada a nulidade da decisão, por ter decaído o direito potestativo inerente a essa decretação.

#### 4. A TESE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SEGUNDA COISA JULGADA

No tocante à tese da inconstitucionalidade da segunda coisa julgada, Arruda Alvim e Sérgio Rizzi são, sem sombra de dúvidas, seus maiores expoentes. Em produção mais recente, contudo, destaca-se a obra do professor Rodrigo Becker, que incrementa o posicionamento defendido pelos dois primeiros autores mencionados.

Passaremos, então, ao estudo dos argumentos desses três processualistas, para depois procedermos às críticas.

Conforme entende Arruda Alvim, a coisa julgada possui garantia constitucional, tendo como base o art. 153, §3º, da Constituição de 1967 (atualmente repousando no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988), e, como se não bastasse, guardaria dentro de si uma outra garantia, também de natureza constitucional, que seria a do direito adquirido daquele que venceu a demanda que teve a primeira decisão passada em julgado.

Com efeito, em razão das constatações acima descritas, afirma esse primeiro autor que se a própria lei, tal como determina a constituição, não pode prejudicar o direito adquirido e a coisa julgada, indubitavelmente a atividade do poder judiciário, por ser um *minus* em relação à lei, também não o pode<sup>41</sup>.

Outrossim, prossegue Alvim em sua análise afirmando que o processo que deu origem à segunda *res iudicata* conflitante possuiria várias ilegalidades, tais como (i) a ausência de alegação da existência de coisa julgada pelas partes; (ii) a ausência de reconhecimento dessa coisa julgada *ex officio* pelo juiz, desrespeitando a recomendação da lei; (iii) afronta ao artigo 471 do CPC à época vigente (correspondente ao art. 505 do CPC/2015), que estabelecia que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas”.<sup>42</sup> Para ele (Alvim), em razão de todas essas ilegalidades, a primeira decisão seria imaculada, enquanto que a segunda decisão, em contrapartida, seria manifestamente maculada, o que faria ser imprescindível a prevalência da primeira em detrimento da segunda.<sup>43</sup>

Por sua vez, Sérgio Rizzi, além de ratificar a posição de Arruda Alvim, defende que o sistema processual brasileiro, ante a determinação expressa contida no art. 485, IV,

41. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 137.

42. Cf. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 135.

43. Cf. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 135.

do Código de 1973 (correspondente ao atual 966, IV, do CPC/2015), tenderia a rejeitar a ideia de uma prevalência da segunda coisa julgada em face da primeira. Segundo entende, “tal norma é um indício de que o nosso ordenamento está preordenado à preservação do julgado mais antigo”.<sup>44</sup>

Ademais, o referido autor elenca dois argumentos que seriam frequentemente invocados para sustentar a prevalência da primeira decisão em detrimento da segunda: (i) os da nulidade absoluta ou inexistência jurídica da segunda decisão; e (ii) os que deslocam o enfoque para o plano constitucional, retirando-o do nível de lei ordinária, argumento esse que, segundo entende, seria o mais decisivo para a resolução do problema.<sup>45</sup>

Nesse diapasão, valendo-se também da argumentação de que a coisa julgada possui garantia constitucional e, além disso, que ela resguarda direito adquirido, esse que também possui natureza constitucional; alega o referido autor não fazer sentido “sujeitar-se a propositura da rescisória ao biênio do art. 495 do Código”<sup>46</sup> (correspondente ao art. 975 do CPC/2015), pois esse prazo foi editado a nível de legislação ordinária, não devendo, segundo o seu entendimento, ser observado caso ele obste a aplicação de um preceito constitucional.

Em vista disso, conclui dizendo que o melhor seria “considerar como não escrito o prazo do art. 495 do Código, autorizando-se a rescisória sem o pressuposto do biênio”.<sup>47</sup>

No caso de Rodrigo Becker, esse autor, após ampla pesquisa realizada, inclusive de direito comparado; ratifica o posicionamento de Rizzi, acrescentando também, em referência à obra de Sérgio Porto, que a primeira coisa julgada deve prevalecer em razão também da garantia constitucional do ato jurídico perfeito, o que faz com que o art. 495 do CPC/1973 (atual 975 do CPC/2015) não possa prevalecer em face de norma expressa da Constituição.<sup>48</sup>

Esses são, em síntese, os principais argumentos dos autores que entendem que a segunda coisa julgada seria inconstitucional em face da primeira.

Passaremos, agora, à exposição das críticas a todos eles.

No que toca aos argumentos de caráter infraconstitucional, com base no Código de Processo Civil e na teoria geral das nulidades processuais, ratificamos os apontamentos feitos nos dois itens anteriores para evidenciar que nesses casos, segundo entendemos, a decisão posterior sobre a mesma matéria pode ser alvo de decretação de nulidade

44. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 134.

45. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 138.

46. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 138.

47. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 135. pp. 138-139

48. BECKER, Rodrigo Frantz. *Sobreposição de coisa julgada: uma perspectiva no exterior e no Brasil em busca de uma solução adequada para o direito brasileiro*. 172 p. Tese de Mestrado. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FDUUnB, 2015. pp. 135-136.

por ausência de interesse ou, e aqui acrescentamos, ofensa a requisito extrínseco/pressuposto negativo de validade, que é o da não ocorrência de coisa julgada; o que autoriza a rescisão da estabilidade processual (*res iudicata*) que sobre ela se formou, para que se proceda essa decretação.<sup>49</sup>

Da mesma forma, entendemos que o direito de pleitear a decretação da nulidade dessa segunda decisão (que se dará por meio de uma tutela constitutiva negativa concedida no bojo da própria rescisória<sup>50</sup>), tal como em todos os casos de ações constitutivas (e constitutivas negativas) em que o nosso ordenamento jurídico estabelece um prazo para o seu ajuizamento (ou exercício do direito), irá decair (extinguir-se, nos termos do art. 975 do CPC/2015) após o prazo legal de dois anos para o manejo dessa ação.

Em relação, agora, aos argumentos de viés constitucional, percebe-se que os referidos autores que defendem a tese de inconstitucionalidade da segunda *res iudicata* adotam uma interpretação demasiadamente restrita e que, ao nosso ver, acaba não sendo adequada em face da ampla complexidade do nosso ordenamento jurídico e dos princípios que o regem.

No intuito de evitarmos uma argumentação eminentemente retórica, apenas nos limitaremos à afirmação de que o ordenamento jurídico brasileiro se antecipou à possibilidade de ocorrência de conflito entre coisas julgadas e estabeleceu, em face dessa questão, formas de solução dessa antinomia através do manejo, como dito, da ação rescisória contra a segunda decisão que poderia ser alvo de uma decretação de nulidade (por ausência de interesse ou por ofensa à coisa julgada).

Note-se que quando utilizamos a expressão “ordenamento jurídico”, nos referimos também às teorias gerais que servem como subsídio para uma correta interpretação do sistema jurídico com o qual elas se relacionam. Nesse diapasão, aplicando-se uma teoria das nulidades adequadamente (seja a que aqui defendemos, com base

---

49. Antes de ocorrer a decretação, fala-se somente em ato jurídico processual imperfeito, e não nulo (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 104-114). No processo civil, a nulidade não pode ser alvo (ao menos num primeiro momento) de declaração (haja vista ser ela uma sanção), mas sim de decretação. Daí por que a afirmação de que um ato processual “padece de nulidade” estaria equivocada, tal como aponta, dentre outros autores, Antônio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*. v. 255. mai. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.255.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.05.PDF)>. Acesso em: 13 set. 2018, 3.2, n. p.).

50. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 198.

na mistura das concepções de Teresa Arruda Alvim,<sup>51</sup> Calmon de Passos,<sup>52</sup> Humberto Theodoro Jr.,<sup>53</sup> Antônio do Passo Cabral,<sup>54</sup> Galeno Lacerda,<sup>55</sup> dentre outros; seja a que esses próprios autores defendem separadamente<sup>56</sup>) e, outrossim, compreendendo-se que a garantia da coisa julgada, na realidade, se configura como uma positivação constitucional fruto de uma concepção ao nosso ver ultrapassada,<sup>57</sup> sendo que o fundamento da *res iudicata*, tal como o de toda estabilidade, se encontra na própria garantia constitucional da segurança jurídica;<sup>58</sup> sem sombra de dúvidas não precisamos

- 
51. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
  52. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 104-114.
  53. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no código de processo civil. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 3. out. 2011. p. 911. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271915/mod\\_folder/content/0/RTDoc%20%2015-3-09%203\\_50%20\(PM\)%20\(2\).pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271915/mod_folder/content/0/RTDoc%20%2015-3-09%203_50%20(PM)%20(2).pdf?forcedownload=1)>. Acesso em: 15 nov. 2018.
  54. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010; CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*. v. 255. mai. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.255.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.05.PDF)>. Acesso em: 13 set. 2018.
  55. LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.
  56. “Existem diversas formas por meio de que se podem sistematizar as nulidades do processo civil, pois há vários critérios de que podem partir as classificações” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 153).
  57. CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, *passim*. Da mesma forma, CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013, *passim*).
  58. CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, *passim*. Da mesma forma, CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013, *passim*). Sobre a natureza constitucional do princípio da segurança jurídica, transcrevemos os ensinamentos do Mestre Jorge Amaury Maia Nunes: “Na doutrina recente do Direito Brasileiro também já se veem afirmações sobre a natureza constitucional do princípio. Inocêncio Mártires Coelho, em trabalho acadêmico sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem ao iniciar a verificação de compatibilidade vertical da Lei nº 9.307 com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, deixou marcado que não examinaria a matéria sob o enfoque dos princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Não afirmou tratar-se de princípio constitucional, mas é sintomática sua colocação ao lado do princípio da pessoa humana. E, mais adiante assevera: “... juristas de vanguarda desde cedo se insurgiram contra essa miopia jurisdicional, no particular aspecto do respeito ao valor da “segurança jurídica, reputado tão importante para a vida do direito quanto o são os princípios da constitucionalidade e da legalidade”.
- Vale o registro de que, ainda antes do advento da Constituição de 1988, veio a lume trabalho de Almiro do Couto e Silva, intitulado Princípios da legalidade da Administração e da Segurança Jurídica no

recorrer a interpretações constitucionais que, de tão abertas, podem servir, no fim das contas, para fundamentar um posicionamento que talvez não esteja em consonância com a lógica do próprio sistema jurídico que figura no plano de fundo.

Com efeito, como forma de demonstrar a evidente possibilidade de se adotar os dois lados do embate, isso através de premissas que têm com base alegações de direito constitucional, expomos aqui os argumentos de Cândido Rangel Dinamarco, autor desse que, diferentemente de Alvim, Rizzi e Becker, entende que a segunda *res iudicata* deve prevalecer em detrimento da primeira. Eis as suas palavras:

Essas disposições do direito positivo constitucional e infraconstitucional são portadoras da manifesta intenção de proteger os efeitos substanciais da sentença passada em julgado e assegurar ao vencedor aquele *status* de segurança que caracteriza a coisa julgada material. Nada diz a constituição ou a lei, todavia, sobre o que fazer ou entender quando, apesar de todo aquele empenho em evitar uma nova decisão sobre a mesma causa, essa nova decisão vem a ser tomada por algum juiz ou tribunal, sobrevindo a irrecorribilidade e conseqüente trânsito em julgado. Essa nova coisa julgada cancela a precedente, ou simplesmente é desconsiderada em razão de existir uma coisa julgada mais antiga?

Diante do silêncio do direito positivo, é imperioso buscar resposta a essa importante indagação nos fundamentos sociais e políticos da própria garantia da coisa julgada e nos modos como esta se insere no universo das demais garantias constitucionais do processo. É o que se fará a seguir.

---

Estado de direito Contemporâneo, em que o tema é tratado agudamente, se bem que com o viés nitidamente limitador do princípio da legalidade do agir da administração pública que é apenas uma das facetas possíveis da aplicação do princípio da segurança jurídica. Não obstante isso, o autor ressalta as duas dimensões do Estado de Direito. A formal, que envolve: (a) sistema de direitos e garantias fundamentais; (b) divisão de funções do Estado; (c) legalidade da administração pública; e (d) proteção da boa-fé ou da confiança; e a material cujos elementos estruturantes são as noções de justiça e de segurança jurídica, que normalmente se completam.

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, havia algumas manifestações sobre o princípio da segurança jurídica, mas, em regra, vinculando-o mais ao aspecto da estabilidade do direito, à sua feição estática. Mais recentemente, em decisão proferida em processo cautelar (Relator o Ministro Gilmar Mendes), relativo à atribuição de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário em que se discutia o direito a transferência para universidade pública (Universidade Federal do Rio Grande do Sul) de pessoa que fora nomeada (não transferida) para trabalhar em Porto Alegre, a mais alta corte de Justiça do País abordou o tema ao abrigo do princípio da segurança jurídica para o fim de conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto autorizando que a recorrente continuasse o curso, tal como lhe fora deferido na sentença de primeiro grau que fora reformada pelo acórdão recorrido, do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. Na decisão em tela, e independentemente da aplicabilidade ou não ao caso concreto, do voto do relator extrai-se o entendimento de que o princípio da segurança jurídica tem assento constitucional como subprincípio do Estado de Direito, assumindo ‘um valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material’”. (NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança Jurídica. *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*. Brasília, n. 06, p. 299-333, 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/2922>>. Acesso em: 15 nov. 2018. p. 319).

(...)

A garantia constitucional da coisa julgada material e todo o aparato infraconstitucional destinado à sua efetividade têm como objetivo último a preservação da *segurança jurídica*, indispensável ao convívio dos seres humanos em sociedade (José Afonso da Silva).

É da grandeza desse valor que decorre o empenho de todos em afirmar a autoridade da coisa julgada como fator de estabilidade para os litigantes depois de extinto o processo no qual litigaram, mas é também essa fonte de certos exageros que conduzem a desviar e a projetar aquela autoridade em um plano distorcido e às vezes irracional. Sequer será necessário enveredar pelo terreno fertilíssimo das elegantes discussões acerca da *relativização da coisa julgada*, para se tomar consciência da necessidade de ver essa solene garantia e o próprio valor da *segurança* no plano de uma *família de princípios e garantias* e não em um destacado *podium* que a pusesse acima de todos e imune às influências de cada um deles; hoje é corrente a ideia de que entre os princípios e garantias constitucionais deve reinar harmonia e equilíbrio para que cada um deles possa produzir os resultados benéficos que de todos eles se espera. Porque, como venho dizendo e me parece óbvio, *nenhum princípio ou garantia tem valor absoluto*.

Se o valor *segurança* ou a garantia da coisa julgada tivesse valor absoluto, não haveria lugar na ordem processual para a ação rescisória nem para as relativizações que muito comedidamente os tribunais vêm impondo em nome da moralidade e contra fraude processual, ou ainda para a preservação de certos valores mais elevados que aquele. É o caso, v.g., das decisões com que o Superior Tribunal de Justiça vem prudentemente abrindo portas para uma nova ação de investigação de paternidade, agora com suporte probatório nos testes imunológicos permitidos pela ciência moderna, sem embargo da existência de uma precedente coisa julgada a amparar a sentença que julgará improcedente uma demanda idêntica. Como se vai reconhecendo nessas manifestações pioneiras e desbravadoras, mais grave que fragilizar em casos extremos a segurança jurídica seria impor a estabilização de decisões transgressoras de algum valor mais elevado que esse.<sup>59</sup>

Portanto, ainda que não concordemos com todas afirmações feitas acima, o principal objetivo nosso ao transcrevê-las neste item é o de demonstrar o quão persuasiva pode ser para os dois lados do embate a argumentação pautada em alegações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

O certo é que, ao nosso ver, não estão com a razão os doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade da segunda coisa julgada pois, (i) diferentemente do que postula Dinamarco (não obstante ele ser também contrário à tese aqui criticada), acreditamos que no direito brasileiro há a resposta para a solução do problema; (ii) agora, em conformidade com o defendido pelo referido autor, consideramos imperioso observar a garantia constitucional, seja da coisa julgada, seja da segurança jurídica, através de

---

59. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 320-321.

uma lógica pautada na ponderação entre princípios e que priorize a *ratio* estabelecida pelo próprio sistema, para que não se inclua no próprio comando principiológico defendido (garantia constitucional da referida estabilidade) uma disposição que por ele não seja abarcada.

Ademais, no tocante à última afirmação feita no parágrafo acima, conforme se observa do art. 5º, inciso XXXVI da CF, lá está determinado que lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Ao falar de direito adquirido a norma constitucional não está se referindo aos pronunciamentos judiciais, mas sim aos direitos que precedem a própria atividade do poder judiciário. São direitos que derivam do próprio ordenamento jurídico em si, e não do pronunciamento judicial. Valemo-nos aqui da expressão do Mestre Jorge Amaury Nunes<sup>60</sup> ao afirmarmos que a interpretação aqui criticada (a de se considerar como direito adquirido somente o direito declarado judicialmente) se configura, na realidade, como um exemplo de uma tendência de se atribuir aos direitos um viés “judiciário”, e essa concepção não deve subsistir. Na mesma linha, podemos citar também as palavras de Eduardo Talamini, ao afirmarmos que “não é a sentença que atribui à parte o direito. A sentença apenas reconhece um direito. Portanto, a sentença favorável não significa ‘direito (material) adquirido’”<sup>61</sup> e não o resguarda, pois quem resguarda esse tipo esse direito é o próprio ordenamento.

Em relação, agora, à parte expressa da garantia da coisa julgada, o que se percebe é que não há se falar em vulneração do instituto ao ser estabelecido um regramento que, no intuito de propiciar uma maior segurança jurídica, possibilita uma maior estabilidade nas relações processuais ao determinar (tal como defendido aqui) que depois de transcorrer o prazo de dois anos da rescisória a nulidade da segunda decisão não poderá mais ser decretada em razão da decadência do direito de rescindir

---

60. O professor fazia essa observação ao criticar, em uma de suas aulas, as concepções doutrinárias que entendiam que a ação só surgiria a partir do momento em que o judiciário fosse movimentado. Nesse ponto, afirma Amaury (inspirado em parte pela teoria de Pontes de Miranda), que há ação tanto de direito material quanto de direito processual. Eis algumas notas sobre as suas observações: “Atualmente, a moderna doutrina processual procura identificar a ação como direito ao processo, cujo conteúdo mínimo encontra-se nas garantias constitucionais, talvez como uma forma de superar as divergências teóricas que o tema tem suscitado. Porém, parece-nos que não. O processo veicula a ação, mas direito de ação não é direito ao processo, é, insista-se, direito à obtenção de uma resposta estatal, direito à prestação da atividade jurisdicional.

É importante, pois, ter presente a possibilidade de identificar uma ação processual, consistente na provocação que se faz ao Estado para que preste a jurisdição, e uma ação material, que tem como partes autor e réu e que coincide, no mais das vezes, com o conteúdo do processo” (Texto de autoria de Jorge Amaury Maia Nunes disponibilizado aos alunos em sala em: NUNES, Jorge Amaury. *Aula sobre condições da ação*. Brasília: Universidade de Brasília (disciplina: Fundamentos do Processo Civil), 2018).

61. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 157.

a estabilidade processual que se instaurou sobre o segundo *decisum*. Trata-se, na verdade, de uma garantia da prevalência do postulado da coisa julgada (caso assim se entenda), e não uma afronta ao que nele está determinado.

Por essas razões, tal como Beclaute Oliveira Silva, entendemos que a garantia constitucional (adotando-se aqui, apenas a título argumentativo, uma posição que aceita essa garantia específica da coisa julgada) não se dirige especificamente à primeira coisa julgada, mas sim a todas que se formarem. Com efeito, “fazer tábula rasa da segunda acabaria por ofender a própria garantia constitucional. Ademais, a legislação processual não adotou essa linha de raciocínio, tanto que se manteve a hipótese de rescisória, no caso de ofensa à coisa julgada”.<sup>62</sup>

Outrossim, tal como defende Talamini, “é o legislador infraconstitucional que define os meios de fazer valer a coisa julgada”,<sup>63</sup> ou seja, é dele a incumbência de, no intuito de privilegiar a segurança jurídica, “conferir limites a tais meios – inclusive o limite decadencial para a rescisória. Por isso, e com a devida *venia*, não é válido o argumento de que a lei infraconstitucional não poderia limitar em dois anos o prazo para ajuizamento da rescisória por ofensa à coisa julgada”.<sup>64</sup> Ademais, finaliza o autor: “se fosse procedente a tese ora criticada, ela seria aplicável não só à hipótese de violação da coisa julgada, mas a todo e qualquer caso em que a sentença revestida da coisa julgada estivesse em desacordo com norma constitucional – o que se descarta”.<sup>65</sup>

No tocante, por fim, ao argumento de Rodrigo Becker sobre a garantia constitucional do ato jurídico perfeito, embora bem fundamentado, também não merece subsistir. Como dito nos parágrafos anteriores, o legislador estabelece forma de desconstituição dos atos jurídicos processuais, que segue uma lógica derivada do próprio ordenamento jurídico e das teorias que dele fazem parte. Nesse diapasão, afirmar que a primeira coisa julgada deve prevalecer em razão de haver uma proteção aos atos jurídicos perfeitos é dizer que todo ato praticado que gere uma suposta confiança aos jurisdicionados não poderá ser desconstituído por nenhuma hipótese.

Por essa premissa, que seja abandonada então a teoria das invalidades tanto da seara processual quanto do direito privado, haja vista que, em razão do princípio da garantia do ato jurídico perfeito, não deve mais haver prazo decadencial para o manejo de ações desconstitutivas (constitutivas negativas), ou seja, não haveria mais

62. SILVA, Beclaute Oliveira. Conflito entre coisas julgadas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; Cabral, Antonio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 131. Na mesma linha, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 327.

63. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 158.

64. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 158.

65. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 158.

se falar em decadência de ação anulatória de negócio jurídico ou de ação que vise à decretação de nulidade absoluta de ato processual.

Ressalta-se que aqui neste trabalho adotamos a posição de J. J. Calmon de Passos em relação a esse ponto, que é a de que o ato somente se torna nulo após a decretação da sua nulidade. Antes disso, trata-se apenas de ato imperfeito.<sup>66</sup>

Embora a teoria das nulidades deva se adequar à seara processual, sendo aplicada com devidas adaptações, ainda assim remanesce uma lógica interpretativa que é comum (e por isso aplicável) a ambos os campos, daí por que o que será dito a partir de agora se aplica a essas duas áreas.

A segunda decisão proferida, adotando a lógica aqui defendida, embora seja imperfeita inicialmente, é plenamente válida,<sup>67</sup> isso em razão de não ter sido decretada a sua nulidade. O prazo para a decretação da nulidade através da ação rescisória, por se tratar de ação desconstitutiva<sup>68</sup>, possui natureza decadencial, haja vista se tratar de direito potestativo.

Tomamos como base o antológico trabalho de Agnelo Amorim Filho,<sup>69</sup> autor responsável pela sistematização da atual concepção que temos (ao menos em termos gerais) em relação a operacionalização dos prazos prescricionais e decadenciais no nosso ordenamento jurídico.<sup>70</sup> Segundo esse autor, os direitos potestativos são situações jurídicas ativas cujo exercício (ou não exercício, que é, para nós, o que mais

66. “O nulo é ineficaz e desvalioso. Logo, o vício, o defeito, a imperfeição do ato é um estado anterior ao estado de nulo. E enquanto produz efeitos, válido. Todavia, porque imperfeito, a lei, que dá ao tipo relevância jurídica, fá-lo suscetível de impugnação, para, mediante pronunciamento judicial, merecer ou não a sanção de nulidade, isto é, sua transformação de ato defeituoso, atípico, irregular em ato nulo, ato ineficaz ou, inclusive, autoriza seja ela decretada de ofício. O estado de nulo é, por conseguinte, estado posterior ao pronunciamento judicial, é o estado do ato após a aplicação da sanção de nulidade” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp 107-108).

67. “O ato, quando atípico, é apenas ato imperfeito, não ainda um ato nulo. Enquanto apenas imperfeito, desviado do tipo, é ato que produz efeitos. E quando produz efeitos, válido” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p 107).

68. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 198.

69. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*. 2ª fase. v. XIV. 1960. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/413/356>>. Acesso em: 28 out. 2018.

70. “Como a matéria era demais confusa na vigência do Código Civil de 1916, visando esclarecer o assunto, Agnelo Amorim Filho concebeu um artigo histórico, em que associou os prazos prescricionais e decadenciais a ações correspondentes, buscando também quais seriam as ações imprescritíveis” (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 320).

importa neste momento) de sua ação (ação de direito material<sup>71</sup>) “afeta, em maior ou menor grau, a esfera jurídica de terceiros, criando para esses um estado de sujeição, sem qualquer contribuição da sua vontade, ou mesmo contra a sua vontade”.<sup>72</sup>

Pois bem, como estamos falando ato jurídico válido, por não ter sido decretada a sua nulidade, haja vista que a nulidade se configura como uma sanção,<sup>73</sup> podemos apenas concluir que ele produz todos os seus efeitos jurídicos de forma livre até que seja manejada a ação rescisória. Por produzir efeitos jurídicos, embora eivado de imperfeição, se configura como ato jurídico que, após um período de tempo (prazo de dois anos da rescisória) irá se aperfeiçoar ante a extinção do direito de um eventual interessado de fazer valer a desconstituição dos seus efeitos através da decretação de sua nulidade.

A lógica defendida acima se baseia nas seguintes duas premissas, expostas a seguir.

A primeira é a de que, por ser ato processual eivado de autoridade estatal e que produz plenamente os seus efeitos (ante a ausência de decretação da sua nulidade), a possibilidade *ad aeternum* de manejo da ação rescisória pode trazer grande insegurança jurídica e afetar de forma incisiva a paz social, daí por que, tal como aponta Amorim Filho, o legislador, valendo-se do postulado da primazia da segurança jurídica, estabeleceu um prazo decadencial para o exercício desse direito, através da respectiva ação desconstitutiva (ou constitutiva negativa).<sup>74</sup>

Ora, se não for exercido esse direito, a situação de insegurança não pode permanecer para sempre. Isso afrontaria, da mesma forma, o postulado de garantia do ato jurídico perfeito. Daí por que concordamos com o argumento de Cândido Rangel Dinamarco (que será explicado a seguir) e estabelecemos a segunda premissa abaixo, que é a da existência de um ônus por parte do interessado em desconstituir a segunda coisa julgada.

Segundo explica Dinamarco, ainda que não existissem instrumentos no ordenamento jurídico que possibilitassem solução da controvérsia aqui estudada, pelas próprias premissas éticas e políticas da sistemática geral da ordem processual já

---

71. Conforme as lições do Mestre Jorge Amaury em NUNES, Jorge Amaury. *Aula sobre condições da ação*. Brasília: Universidade de Brasília (disciplina: Fundamentos do Processo Civil), 2018.

72. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*. 2ª fase. v. XIV. 1960. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/413/356>>. Acesso em: 28 out. 2018. p. 18.

73. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 106.

74. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*. 2ª fase. v. XIV. 1960. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/413/356>>. Acesso em: 28 out. 2018. p. 325.

é possível chegar à conclusão de que a segunda *res iudicata* é que deve prevalecer.<sup>75</sup> Trata-se, nesse caso, do próprio ônus da parte contrariada pela segunda decisão de impugná-la através do ajuizamento de ação rescisória com base na ofensa à coisa julgada.<sup>76</sup>

Portanto, conclui-se que, na verdade, o postulado constitucional da garantia do ato jurídico perfeito autoriza exatamente a existência de prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória,<sup>77</sup> que é o instrumento correto para a desconstituição da segunda coisa julgada. Na hipótese do não exercício desse instrumento e, conseqüentemente, do não exercício do direito potestativo de desconstituir o ato jurídico processual imperfeito, esse direito decai e o ato se aperfeiçoa (por impossibilidade de ser invalidado), permanecendo, portanto, plenamente válido.

Em tendo sido estabelecidas as constatações feitas acima, passaremos agora à análise das teses que fazem parte da vertente favorável à prevalência da segunda *res iudicata*.

## 5. A TESE DA REVOGAÇÃO DA PRIMEIRA COISA JULGADA PELA SEGUNDA

A tese da revogação tem como grandes expoentes os processualistas Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. Em um primeiro ponto, entendem esses autores que antes do esgotamento do prazo da ação rescisória, a coisa julgada que deve prevalecer é sempre a primeira.<sup>78</sup> Nesse sentido, a ação em comento pode ser usada tanto para fazer valer o “efeito negativo” do instituto, para que ocorra o *ius rescidens*, que seria a invalidação por completo da primeira decisão, conforme explica Talamini; quanto para concretizar o seu “efeito positivo”, através do *iudicium rescissorium*, que seria a efetivação da invalidação seguida por um novo

75. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 327.

76. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 327.

77. Utilizamos a expressão “prazo decadencial para o ajuizamento” apenas para tornar mais claro o nosso ponto de vista. Sabemos que o prazo decadencial não está necessariamente atrelado ao ajuizamento de eventual ação, mas sim ao exercício do direito ao qual ele se refere. Não obstante isso, por se tratar único meio possível de se fazer valer o direito de desconstituir ato jurídico processual imperfeito, não vemos óbice de adotar a expressão em comento. Sobre essa questão, cf. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*. 2ª fase. v. XIV. 1960. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/413/356>>. Acesso em: 28 out. 2018. p. 325. p. 18.

78. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 152; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. v. 3. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 487.

juízo da questão, levando-se em conta o conteúdo da coisa julgada que teria sido ignorada no processo anterior.<sup>79</sup>

No que concerne, agora, ao critério de superação do conflito quando já tiver transcorrido *in albis* o prazo da rescisória, ambos os autores supramencionados entendem que a segunda *res iudicata* revoga a primeira, variando, contudo, apenas no raciocínio (ou talvez na forma de explicarem o raciocínio) adotado. Eduardo Talamini entende que, ante a ausência de critério jurídico estabelecido no nosso ordenamento, em outras palavras, “na falta de uma regra expressa em outro sentido”, deve valer o arquétipo geral que é aplicável a todos os campos do direito público: o ato posterior prevalece sobre o anterior (critério da temporalidade).<sup>80</sup> Já Didier Jr. e Carneiro da Cunha adotam uma explicação um pouco mais peculiar, considerando eles que, nesse caso, haveria um detalhe positivado expressamente na lei, que faria com que a segunda *res iudicata* revogasse a primeira: a suposta afirmação contida no art. 503 do CPC/2015 de que a coisa julgada tem força de lei entre as partes. Nesse sentido, entendem que, se a *res iudicata* possui força de lei, deve-se aplicar, no caso de conflito entre duas estabilidades desse tipo, o critério de “lei posterior revoga a anterior” como forma de solucionar a antinomia.

Esses são, em breves linhas, os principais argumentos dos defensores da teoria da revogação da primeira coisa julgada pela segunda. Passaremos, a partir de então, às críticas a cada um deles.

Em linhas gerais, seja pela ausência de critério expresso, como entende o próprio Talamini, seja pelo fato de o CPC/2015 afirmar expressamente que a questão decidida terá força de lei entre as partes, tal como afirmam Didier Jr. e Carneiro da Cunha, todos esses autores entendem que deve ser aplicado o critério da “Temporalidade” como forma de solucionar o conflito aqui estudado, isso para que se considere que a primeira coisa julgada acaba sendo revogada pela segunda após transcorrer *in albis* o prazo da ação rescisória em relação a essa última.

No que concerne à afirmação de Didier e Carneiro Cunha, ousamos de pronto discordar de seu entendimento, por entendermos que o dispositivo utilizado por eles como base para sustentar a tese da revogação está se referindo, na verdade, à decisão e não à própria coisa julgada que incide sobre ela, e explicaremos esse ponto.

Ao se analisar a redação do art. 503 do CPC/2015, percebe-se que nela há a afirmação de que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito, tem força de lei”. Por sua vez, o art. 502 do mesmo diploma afirma que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito

79. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 152.

80. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 152.

não mais sujeita a recurso”. Pela comparação desses dois dispositivos, percebe-se que o 502 se refere à própria coisa julgada em si, definindo-a como a autoridade (efeito) que incide sobre a decisão, tornando-a imutável e indiscutível; enquanto que o 503, por sua vez, refere-se à própria decisão alvo dessa autoridade e que tem seu *status* jurídico modificado por causa dela, passando a possuir “força de lei” em razão dessa modificação. A força de lei à qual se refere o artigo 503 é, portanto, a própria situação jurídica (imutabilidade e indiscutibilidade) instaurada pela coisa julgada, e não ela própria (como efeito).

Agora, em relação ao posicionamento de Talamini, o critério da “Temporalidade”, embora positivado no art. 2º da LINDB (“Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”), refere-se a uma hipótese jurídica que não se assemelha à aqui discutida, haja vista não estarmos tratando de leis incompatíveis entre si, talvez em normas (extraídas do conteúdo do julgado sob o qual incidiu *res iudicata*), mas não aquelas oriundas de um diploma legislativo e que sequer colidem, na verdade.

As “normas” aqui estudadas, ainda que possam ser conflituosas (contrárias), estão ambas imutáveis e indiscutíveis em razão das coisas julgadas que incidiram sobre as respectivas decisões que as contêm. Elas estão sob essa situação jurídica *lato sensu* (uma estabilidade processual) em razão da própria natureza preclusiva do instituto jurídico (coisa julgada vista como um efeito), que impede (i) a repositura de demanda e (ii) a decisão de modo diverso do que já foi decidido.

O conflito entre coisas julgadas, e talvez este seja o ponto principal do presente trabalho, é um conflito entre situações jurídicas contrárias entre si, ou seja, entre duas “impossibilidades jurídicas” contraditórias decorrentes decisões que foram alvo de incidência da *res iudicata*, essa que se configura meramente como um efeito de natureza preclusiva que gera uma estabilidade jurídica (preclusão específica). Essa preclusão se opera tanto entre as partes quanto em relação ao magistrado. Entre as partes seria justamente a dimensão negativa da coisa julgada, enquanto que no caso do julgador, seria a positiva.

Quando dizemos que o alvo da incidência da *res iudicata* é a decisão, o fazemos apenas para explicitar que essa (as normas dela extraídas) se tornaria imutável e indiscutível. Ocorre que, na realidade, os alvos da coisa julgada são situações jurídicas (posições jurídicas) processuais, tanto das partes quanto do próprio magistrado. Extingue-se a possibilidade de rediscussão da matéria já decidida e veda-se a decisão sobre essa mesma matéria de forma diversa.<sup>81</sup>

---

81. O raciocínio aqui desenvolvido tem grande influência da teoria das estabilidades de Antonio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013; CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018) e de todo o estudo feito para a elaboração deste trabalho.

Pedro Henrique Nogueira,<sup>82</sup> Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria<sup>83</sup> entendem que uma situação jurídica processual se configura como um efeito de fato jurídico processual.<sup>84</sup> Ao nosso ver, embora isso não seja evidenciado de forma clara pela doutrina, há um meio termo entre ambas as concepções (fato jurídico e situação jurídica) que é justamente o efeito jurídico do fato jurídico que gera a situação jurídica (alteração no mundo jurídico). Pontes de Miranda, ainda que de forma sutil, fez essa observação: “Tôda relação jurídica que se prende ao fato jurídico *anterior* é efeito, sim, *mais algum outro fato que a fêz vir*” (destaque nosso em itálico).<sup>85</sup> Ou seja, a relação jurídica, que se insere no gênero de “situação jurídica”,<sup>86</sup> não é somente efeito (embora esteja inserida no plano da eficácia<sup>87</sup>), mas sim o efeito somado a um outro fato que fez surgir essa situação. Ora, fica cristalino que há uma separação conceitual, nesses casos.

Uma situação jurídica modificada antecede (logicamente falando) o fato jurídico que a modificou. Esse fato jurídico, por sua vez, realizou a modificação jurídica através dos seus efeitos jurídicos decorrentes da incidência

- 
82. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 243 p. Tese de Doutorado. Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – FDUFB, 2011. p. 54.
83. DIDIER JR.; Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 513.
84. As situações jurídicas processuais são efeitos de fatos jurídicos, os quais, por sua vez, funcionam como sua causa. Tratando-se as situações jurídicas no plano do Direito Processual, em especial no âmbito da Teoria Geral do Processo – já que fato jurídico e situação jurídica são conceitos lógico-jurídicos –, é possível afirmar que as situações jurídicas processuais decorrem de fatos jurídicos processuais em um procedimento (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 243 p. Tese de Doutorado. Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – FDUFB, 2011. p. 54).
85. E completa o referido autor: “Quando A. von Tuhr (Der Allgemeine Teil, 1, 123), por exemplo, escreveu que a relação jurídica é a eficácia jurídica das relações humanas, definiu a causa pelo efeito. Quando o fato se fêz jurídico, jurídicas fizeram-se as relações que êle implicou. Só a pôsteridade disso é que é eficácia. Se novas relações jurídicas decorrem disso é outro problema” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. t. I: introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, § 40, 1, p. 203).
86. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 187-205.
87. “Se a relação sobrevém à incidência e dela decorre, é no campo da eficácia...” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. t. I: introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, § 39, 2, p. 199). Na mesma linha: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193.

da norma sobre um determinado suporte fático. Ao nosso ver, um suporte fático, ao ter sobre ele uma norma incidida, produz efeitos constitutivos ou desconstitutivos (tal como os das decisões judiciais)<sup>88</sup> seja pelo fato de só existir como fato jurídico (gerando uma posição jurídica, como é o caso de negócios jurídicos bilaterais que geram direitos mas não produzem efeitos, haja vista uma eventual eficácia suspensiva acordada entre as partes), seja pelas consequências outras que não as decorrentes somente da sua existência, como é o caso das decisões de mérito transitadas materialmente em julgado, que como fato jurídico composto<sup>89</sup> geram a coisa julgada, essa que é um efeito de natureza preclusiva que extingue a possibilidade de questionar as normas contidas na decisão que constitui suporte fático.

Essa extinção de possibilidade de questionamento opera em relação aos sujeitos do processo, o que inclui o próprio magistrado, podendo, portanto, ser definida como uma relação jurídica processual instaurada através da coisa julgada.<sup>90</sup> Essa relação decorreu da extinção de situações jurídicas antecedentes ao surgimento do fato jurídico que originou a coisa julgada, essa que, como efeito, foi a responsável pela modificação das referidas situações.

Daí por que defendemos que não é aplicável o critério da “Temporalidade”, ao menos não o que está positivado na LINDB, haja vista não estarmos tratando de conflito entre normas jurídicas (muito menos de diplomas jurídicos), mas sim de

88. Repetimos a citação de Marcos Bernardes de Mello: “somente fatos jurídicos produzem eficácia jurídica, isto é, somente fatos jurídicos criam, modificam ou extinguem relações jurídicas, cujo conteúdo é composto de direitos, deveres, obrigações, ações, situações de acionado, exceções, situações de exceptuado. Não há, no mundo jurídico, efeito jurídico, do mais amplo e irrestrito direito à mais simples situação jurídica, que não decorra, exclusivamente, de um fato jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*: 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 120).

89. Sobre a possibilidade de fatos jurídicos (e, analogamente, ao nosso ver, fatos jurídicos processuais) servirem de suporte fático para a formação de outros fatos jurídicos, cf. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 46-48.

90. Sobre o conceito de relação jurídica: “A relação jurídica constitui o mais importante das categorias jurídicas eficaciais. Em geral, de fatos jurídicos resultam relações jurídicas, as quais, para existir, têm como pressupostos essenciais, ao menos, a vinculação de dois sujeitos de direito, mesmo que um deles seja o *alter* (princípio da intersubjetividade), em torno de um objeto (princípio da essencialidade do objeto), com correspectividade de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, situações de acionado e exceções, situações de exceptuado (princípio da correspectividade de direitos e deveres)”(MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*: 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 100). Fredie Didier Jr., ao definir o que são relações jurídicas processuais, afirma aplicar a teoria de Mello (DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*. n. 210. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012. p. 43). Na mesma linha, Nogueira (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 243 p. Tese de Doutorado. Salvador, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – FDUFBA, 2011. p. 57).

situações jurídicas contrárias entre si, decorrentes de fatos jurídicos processuais, situações essas que se originaram da coisa julgada, efeito de natureza preclusiva que é produzido por fato jurídico processual composto. Ressalta-se que quando utilizamos da expressão “natureza preclusiva”, nos referimos à capacidade do efeito jurídico de constituir ou desconstituir (a depender do ponto de vista) situações jurídicas processuais.<sup>91</sup>

E por fim, não obstante a posição defendida acima, na hipótese de se aceitar a aplicação do critério da revogação, entendemos que esse fenômeno jurídico (revogação) não deveria ocorrer (não ocorre) de forma imediata logo após o transcurso *in albis* do prazo da rescisória, tal como parecem entender os autores que defendem a tese aqui criticada, haja vista que, se até mesmo as nulidades, defeitos de um ato jurídico processual, necessitam de decretação para que possam ser constatadas, antes configurando-se apenas como imperfeições do ato, a ineficácia decorrente da revogação, por ser, em tese, menos grave (atrelada ao plano da eficácia e não ao da validade), não pode se dar de forma imediata, sob pena de desvirtuar a própria lógica do sistema jurídico-processual que condiciona até as nulidades absolutas a uma decretação.

Se considerarmos como correta tal assertiva (a de que a revogação ocorre de forma imediata), estaríamos admitindo que o julgador apenas declararia essa ineficácia, sendo a pretensão dessa declaração imprescritível, o que até pode fazer sentido quando falamos em um fato jurídico de direito privado, mas não quando falamos em um fato jurídico processual que não possui nenhum vício e que, na verdade, somente tem seus efeitos conflitando com os efeitos de outro fato jurídico também processual.

De todo modo, até o presente momento não há uma solução difundida no nosso ordenamento para conflitos entre situações jurídicas processuais da magnitude daquelas geradas pela coisa julgada, daí por que o respectivo conflito, ou melhor, a respectiva contradição entre impossibilidades jurídicas, se torna uma questão extremamente complexa de ser estudada.

Passemos para a análise da última tese da vertente favorável ao prevailecimento da segunda coisa julgada.

---

91. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 425.

## 6. A TESE DA INEFICÁCIA DA PRIMEIRA COISA JULGADA

A tese da ineficácia muito se assemelha à da revogação. Não é incomum encontrarmos na doutrina uma classificação única para essas duas teorias.<sup>92</sup> Dentre os seus expoentes, é possível citarmos aqui Pontes de Miranda<sup>93</sup> e Flávio Luiz Yarshell.<sup>94</sup>

Pontes de Miranda, adotando o conceito de coisa julgada como “fato”<sup>95</sup>, afirma que, na hipótese de existir um conflito, a primeira coisa julgada permanece “válida e eficaz”, podendo até mesmo a sentença sobre a qual ela incidiu ser “executada”, enquanto que a segunda seria “válida e da mesma forma eficaz”, mas até o prazo de manejo da ação rescisória seria rescindível por ofensa à anterior (em referência ao CPC/1973).

Podemos concluir então que o referido autor entende que a segunda coisa julgada (para nós a situação jurídica decorrente da coisa julgada como efeito), ao ofender a primeira, não seria nula e nem inexistente, mas apenas rescindível (ressalta-se que o próprio Pontes confunde a coisa julgada com a decisão sobre a qual ela incide, e ele não é o único<sup>96</sup>). Constatamos isso em razão da sua afirmação de que a nulidade absoluta impede a formação de *res iudicata*, tal como a inexistência jurídica.<sup>97</sup> Se é possível haver rescisão, é porque houve a formação de coisa julgada, daí ser plenamente possível dizer que a segunda decisão padece, para o referido autor, de algum defeito que não enseja as duas consequências supramencionadas (nulidade absoluta ou

92. A título de exemplo: DIDIER JR., Fredie; CUNHA; Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. v. 3. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 487, nota de rodapé nº 152; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp. 155-156, notas de rodapé nº 37-39; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 329.

93. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado das ações rescisórias*. Atual. Nelson Nery Júnior e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pp. 299-317.

94. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescidendi e rescisório*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. pp. 316-321.

95. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado das ações rescisórias*. Atual. Nelson Nery Júnior e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 302. Mais uma vez fica evidenciada a total ausência de uniformidade conceitual sobre o instituto.

96. Beclaute Oliveira Silva, em texto que inspirou a ordem da análise que aqui foi feita, incorre no mesmo equívoco ao utilizar-se de expressões como “caso a primeira coisa julgada seja executada” (SILVA, Beclaute Oliveira. Conflito entre coisas julgadas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; Cabral, Antonio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 137). O que se executa é o julgado e não a coisa julgada. Trata-se de resquício da concepção romanística do instituto, que entendia a coisa julgada como aquilo que foi julgado. O próprio nome possibilita tal confusão.

97. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado das ações rescisórias*. Atual. Nelson Nery Júnior e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 306.

inexistência jurídica, embora essa última não seja uma consequência propriamente dita), impeditivas da formação de *res iudicata*, segundo o seu entendimento.<sup>98</sup>

Como visto neste trabalho, *não adotamos* o posicionamento de que a nulidade absoluta impede a formação de coisa julgada, e é importante que isso fique constatado, até para que seja evitada uma possível confusão entre o fato de concordarmos com determinada premissa do autor em comento (Pontes de Miranda) e com o fato de discordarmos dele em outros pontos (até mesmo em relação ao próprio conceito por ele adotado).

Ao nosso ver, a nulidade absoluta, além não impedir o surgimento e a incidência de coisa julgada, também é abarcada pela estabilidade processual dela decorrente, se submetendo ao prazo decadencial de manejo da ação rescisória. Entretanto, embora tenhamos esse posicionamento divergente em relação ao do referido autor, isso não impede de concordarmos com o que foi estabelecido por ele e explicado nos parágrafos anteriores, haja vista que nesse caso não há dependência entre os dois pontos de discordância. E ousamos dizer mais: acertadamente, mas não de forma expressa ou aprofundada, o referido autor alagoano afirmou ser cabível o início da execução da primeira decisão alvo da coisa julgada após o transcurso *in albis* do prazo da rescisão da segunda. Isso, tal como as outras afirmações com as quais concordamos, pode ser visto do seguinte excerto de seu “Tratado da Ação rescisória”:

Se duas sentenças forem absolutamente iguais, proferidas pelo mesmo juiz, no mesmo processo, só a primeira vale. Se proferidas em dois processos diferentes, na *mesma espécie* (identidade de ação), vale a primeira, ou, passados os dois anos, a segunda, se não foi executada, ou não começou a ser executada a primeira. Não sendo iguais, ainda que *in minimis*, dá-se a ofensa à coisa julgada. A rescindibilidade pende, durante o biênio, e após ela rege a segunda, e não a primeira, salvo se a primeira já executou, ou começou de executar-se. Se o momento posterior ao prazo bienal da segunda encontra a outra em execução, ainda não precluso o prazo para embargos do devedor, pode o executado, a que a segunda sentença interessa, opor-se à execução, sustentando a *irrescindibilidade da segunda sentença*. A execução posterior da primeira não pode ofender a irrescindibilidade da segunda.<sup>99</sup>

Conforme se observa dos trechos por nós grifados no excerto acima, o autor de forma discreta afirma que após o transcurso do prazo bienal para o ajuizamento da ação rescisória (prazo de natureza decadencial), o executado poderá alegar a existência de outra coisa julgada posterior para se opor à execução, sustentando a

98. A premissa pode ser derrubada caso haja uma contradição nas obras de Pontes de Miranda.

99. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado das ações rescisórias*. Atual. Nelson Nery Júnior e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 310. Com grifo nosso.

irrescindibilidade da segunda decisão sobre a qual incidiu essa última *res iudicata*,<sup>100</sup> enquanto ainda não tiver ocorrido a preclusão do prazo de oposição de embargos à execução (ou impugnação ao cumprimento de sentença).

Por essa lógica (pedimos que seja relido trecho acima exposto), não tendo sido alegada, no prazo para o oferecimento de impugnação ao cumprimento de sentença, a existência de *res iudicata* posterior irrescindível; não há mais como valer-se dessa exceção e a primeira coisa julgada, não obstante a irrescindibilidade da segunda, manterá sua eficácia e o cumprimento de sentença deverá prosseguir.

Essa é, portanto, a diferença da teoria da eficácia para a teoria da revogação.<sup>101</sup>

Em termos simples, enquanto uma teoria entende que a segunda coisa julgada revogaria a primeira, de forma automática, após transcorrer *in albis* o prazo da ação rescisória em relação à segunda, seja pela ausência de critérios, seja pela crença (equivocada) de que a coisa julgada teria força de lei e que por isso deveria ser aplicado o critério estipulado pela LINDB em relação à vigência das normas jurídicas; a outra entende que ambas as coisas julgadas permanecem em toda a sua eficácia, mesmo após o transcurso *in albis* do prazo da ação desconstitutiva (rescisória) da segunda, somente havendo a perda dessa eficácia quando uma das partes que se beneficie da segunda alegar a sua existência e irrescindibilidade, no momento processual adequado para tal ato, sob pena de preclusão dessa oportunidade. Não havendo a referida exceção da segunda coisa julgada irrescindível, não há se falar em desconstituição da primeira.

Entendemos estar com a razão essa última tese, com as seguintes adaptações: a coisa julgada não se constitui como um fato jurídico, mas sim como um efeito que decorre de um fato jurídico, efeito esse de natureza preclusiva e que dá origem a uma situação jurídica processual *lato sensu* que se configura como uma estabilidade processual. O conflito entre coisas julgadas na verdade é um conflito entre situações jurídicas, mais especificamente entre impossibilidades jurídicas decorrente da relação jurídica processual instaurada pelo trânsito em julgado das decisões de mérito proferidas em sede de cognição exauriente. Pelo teor da norma do art. 502 do CPC/2015, a *res iudicata* tem a natureza de efeito jurídico que acarreta uma estabilidade processual.

100. Pontes de Miranda fala em rescindibilidade de sentença (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado das ações rescisórias*. Atual. Nelson Nery Júnior e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 310). Não concordamos com essa afirmação. Entendemos que a rescisória tem como finalidade rescindir estabilidades processuais, mais comumente sendo usada para rescindir as ocasionadas pelas coisas julgadas produzidas (como efeitos jurídicos).

101. Como dito no início da análise das teses sobre o conflito entre coisas julgadas, adotamos como ponto de partida a classificação feita por Beclaute Oliveira Silva (SILVA, Beclaute Oliveira. Conflito entre coisas julgadas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; Cabral, Antonio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. pp. 127-129), mas somente no que diz respeito à separação em si. Os motivos que justificam a classificação, para nós, neste trabalho, são diferentes dos motivos descritos pelo referido autor no artigo em que a separação foi feita.

Quando há num processo um conflito entre coisas julgadas, o que há, na verdade, é um conflito entre duas situações jurídicas contrárias entre si (impossibilidade de se questionar o comando de duas decisões diversas sobre uma mesma questão) e essa antinomia só vem à tona através da alegação das partes, o que justifica a possibilidade de ambas as decisões que foram alvo dessas coisas julgadas poderem ser executadas caso não se instaure o conflito.

Antes de aprofundarmos um pouco mais nesse último ponto, é imperioso ressaltar que há mais uma premissa que também merece ser problematizada, que é a da crença de que, após o trânsito em julgado soberano da segunda decisão, a situação jurídica oriunda da coisa julgada posterior deve prevalecer em face da anterior. Por que acontece dessa forma?

Em relação a esse ponto, entendemos que não se trata de aplicação de critério de temporalidade ou algo do tipo, mas sim somente de interpretação jurídica oriunda do próprio regramento legal, e nesse ponto também estamos de acordo com o que ensina Pontes de Miranda, a saber:

A decisão inconciliável com o julgado anterior, porém que, não obstante, já se tornou irrevocável, prevalece. O fundamento disso não é a renúncia à sentença anterior ou a aquiescência à posterior. Não é, por si, ato jurídico ou de consequências jurídicas interindividuais. A segunda toma lugar da primeira, porque a lei a fez só rescindível no lapso bial. Não prevalece, porque a primeira se desvaleça, e sim porque convescendo-se inteiramente, tornando-se inatacável, irrevocável, torna impossível o que lhe é contrário. O direito moderno repudiou o princípio romano da perenidade da exceção à sentença que viola a coisa julgada, o *\*Ipso fure nullam esse posteriorem sententiam quae contraria sit priori*. A segunda sentença, ou outra, que após ela veio, torna indefectível a segunda, ou outra posterior prestação jurisdicional; e o primeiro julgado é como se não tivesse havido. Assim havia de ser pela descategorização que processualmente ocorreu: o que era inexistente, então dito “nullum”, para o direito romano, passou a ser, nos nossos dias, apenas *rescindível*.<sup>102</sup>

Trata-se de uma solução extremamente lógica para o problema. Adaptando-a para o nosso entendimento, concebemos que: se a própria lei estabelece a hipótese de a segunda coisa julgada (decorrente de um pronunciamento judicial imperfeito e passível de decretação de nulidade absoluta) “aperfeiçoar-se” e se tornar “irrevocável e inatacável” (não ser mais possível a sua desconstituição<sup>103</sup>), a única justificativa seria a de que ela deveria prevalecer ante a primeira *res iudicata*. Do contrário, de que adiantaria a sua convescência por completo se, caso ela fosse usada como exceção

102. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado das ações rescisórias*. Atual. Nelson Nery Júnior e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 310.

103. Desconstituição dela como um efeito preclusivo.

para desconstituir a primeira coisa julgada, ela não fosse eficiente? Para que haveria a convalidação então?

Ressalta-se que ambas as coisas julgadas permanecem válidas (como efeito) até que o magistrado seja instado à desconstituição de uma delas. Becloute Oliveira Silva, no texto que deu origem às classificações das teses neste trabalho, entende que há um tolhimento imediato dos efeitos da primeira *res iudicata* somente pelo fato de ter ocorrido o transcurso *in albis* do prazo da ação rescisória da segunda, o que a fez ser então irrevocável e inatacável.<sup>104</sup> Essa concepção, como demonstrado, está equivocada e demonstra ser idêntica à da tese da revogação (além de confundir a coisa julgada com a própria decisão sobre a qual ela incide).

No direito processual civil, pela lógica inerente à própria autoridade que incide sobre o processo jurisdicional, ante também a garantia constitucional da coisa julgada (caso se entenda ser ela realmente aplicável) e em razão do princípio da segurança jurídica, não há se falar em revogação automática (pode-se usar a expressão revogação em um sentido diverso do que está previsto na LINDB) de um fato jurídico processual por outro, apenas em razão de ambos terem efeitos conflitantes (referimo-nos às decisões transitadas em julgado que se configuraram como suporte fático do fato jurídico composto que deu origem à *res iudicata* como um efeito).

Destarte, por mais contrários que sejam esses efeitos, por se originarem de fatos jurídicos processuais, oriundos de um sistema jurídico próprio (direito público, mais especificamente, direito processual), a lógica que deve prevalecer é a de que eles permanecem válidos até que a autoridade jurisdicional, mediante provimento também de natureza jurisdicional, desconstitua um deles. Isso ocorre com o plano da validade. Por congruência, deve ocorrer também com o da eficácia e é em vista disso que entendemos ser essa lógica plenamente aplicável ao fenômeno da *res iudicata*.

Portanto, ambas as situações jurídicas oriundas respectivamente das duas coisas julgadas permanecem válidas até que haja um conflito (que se dá no próprio processo, pela alegação das partes). Se não houver, a que for levada a efeito em um processo irá prevalecer. Agora, caso haja a alegação verificada de um conflito, a segunda, pela lógica estabelecida no nosso ordenamento jurídico (decifrada por Pontes de Miranda) deverá permanecer, enquanto que a primeira (como efeito) será desconstituída e, em vista disso, a situação jurídica que ela originou também deixará de existir.

Para finalizar, há mais três pontos a serem abordados: (i) qual que seria a essência do provimento jurisdicional que desconstituiu os efeitos da primeira *res iudicata* e se haveria prazo decadencial para pleitear essa desconstituição; (ii) qual seria o momento processual em que essa desconstituição poderia ser pleiteada (ou seja, em qual

104. SILVA, Becloute Oliveira. Conflito entre coisas julgadas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. pp. 136-137.

momento é possível a alegação da existência de segunda coisa julgada irrevincível pelos polos ativo e passivo de uma demanda); e (iii) e se a oportunidade de realizar esse pleito estaria passível de preclusão.

No tocante ao primeiro ponto, o provimento jurisdicional em comento possui natureza constitutiva negativa (ou desconstitutiva) e, ante a ausência de previsão legal de prazo decadencial, pelos ensinamentos de Agnelo Amorim Filho,<sup>105</sup> esse direito, ainda que potestativo, não se extingue com o passar do tempo. Daí por que entendemos ser possível também, ante a existência de uma segunda *res iudicata*, uma ação autônoma que pleiteie uma tutela desconstitutiva da primeira coisa julgada, sob a alegação de haver uma segunda *res iudicata* irrevincível e inatacável, por não ter a sido a sua estabilidade impugnada via ação rescisória no prazo legal.

No que concerne, agora, ao momento processual de se alegar a existência da segunda *res iudicata* irrevincível e, também, se essa alegação estaria submetida à preclusão, cremos que a verificação dessas indagações demanda o estudo de 3 situações hipotéticas (que envolvem o conflito entre coisas julgadas após o trânsito em julgado soberano decisão que formou a posterior).

A primeira situação é aquela em que, no decorrer de um processo que se encontra na fase de conhecimento, no qual teria sido alegada a existência de uma primeira coisa julgada (seja pelo demandante seja pelo demandado), isso para que fosse aplicado o seu efeito positivo; a segunda coisa julgada, que ainda não tinha sido alegada, se tornou irrevincível (ou seja, o prazo da rescisória dessa segunda transcorreu *in albis*). Nesse caso, entendemos ser plenamente aplicável o postulado do § 3º do 485 do CPC 2015, que permite que o julgador reconheça de ofício da existência de coisa julgada em qualquer tempo e grau de jurisdição, embora com a ressalva de que isso somente possa ser feito desde que a parte tenha alegado a existência dela no primeiro momento processual em que teve oportunidade de se manifestar nos autos, independentemente de que momento tenha sido esse (referimo-nos aqui ao momento em que teve ciência do trânsito em julgado soberano da segunda coisa julgada).

O ideal, e aqui aderimos à concepção de Antonio do Passo Cabral (no que concerne às nulidades em geral<sup>106</sup>), é que essa possibilidade de alegação preclua caso tarde em ser alegada. Contudo, imperioso ressaltar, tal como também afirma o referido processualista), que a análise de qual seria a primeira oportunidade de se manifestar nos autos mereça ser feita com certa parcimônia, mediante a consideração das

---

105. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*. 2ª fase. v. XIV. 1960. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/413/356>>. Acesso em: 28 out. 2018. pp. 324-325.

106. CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*. v. 255. mai. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.255.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.05.PDF)>. Acesso em: 13 set. 2018, 7.2.8, n.p.

peculiaridades de cada caso, haja vista o grande perigo de se estabelecer um marco fixo para a preclusão do exercício de exceção tão importante.

Por sua vez, a segunda situação hipotética que achamos importante mencionar é a de um processo, também na fase de conhecimento, em que já teria se formado o conflito entre duas coisas julgadas, a segunda tendo transitado soberanamente antes do ajuizamento da nova ação. Nesse caso, entendemos que, não obstante a determinação do referido § 3º do art. 485 do CPC/2015, a oportunidade de alegação da segunda *res iudicata* deve estar condicionada ao momento em que a existência da primeira teria sido alegada no processo.

Entretanto, no que concerne ao momento de alegação da primeira, essa possibilidade não se submete a nenhuma hipótese de preclusão, salvo se for usada como vício de algibeira, e explicamos. É que o artigo 278 do CPC/2015, em seu parágrafo único, expressamente impede a ocorrência de preclusão em relação às nulidades que o juiz deva decretar de ofício. É em vista dessa determinação que fazemos o seguinte raciocínio: se, como defendemos neste trabalho, ambas as coisas julgadas permanecem eficazes mesmo após o trânsito em julgado soberano da segunda, a primeira somente deixando de existir se houver provimento desconstitutivo por parte do juízo competente; ambas as coisas julgadas podem ser alegadas a qualquer tempo, tanto a primeira quanto a segunda. Agora, o que analisamos aqui é a possibilidade de se alegar a segunda após a alegação da primeira em um mesmo processo. Nesse caso, em tendo sido já alegada a primeira, a segunda não se configura como uma questão de observância obrigatória do juiz, não entrando no rol de questões pronunciáveis de ofício pelo magistrado, isso porque a existência de uma coisa julgada plenamente eficaz já teria sido alegada.

Ante a garantia constitucional que, conforme defendem inúmeros doutrinadores, deve incidir sobre as duas coisas julgadas, presume-se que ambas são válidas até que haja a desconstituição da primeira (por ato jurisdicional) em face da segunda (por ter sua decisão já transitado em julgado soberanamente). Daí por que achamos correta afirmação de que a exceção (no sentido de defesa) da existência de uma segunda coisa julgada transitada soberanamente deva estar submetida aos efeitos da preclusão, haja vista se tratar exceção *stricto sensu* de natureza processual.<sup>107</sup> Sobre o conceito de exceção transcrevemos aqui os ensinamentos de Pontes de Miranda:

As exceções são inconfundíveis com os direitos formativos. A exceção, o direito de exceção, é o direito de alegar o que *encubra* a eficácia do direito, da pretensão, da

---

107. “Também existem exceções (em sentido estrito) de conteúdo processual, como é o caso da incompetência relativa e da convenção de arbitragem, ambas matérias que não podem ser examinadas de ofício pelo órgão julgador” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 643).

ação ou da própria exceção que se exerce contra o titular do *ius exceptionis*. Não se objetiva: não se alega fato que impediu o nascimento do direito, ou que o extinguiu. Excepciona-se: contrato há, vale e é eficaz, mas não se pode exigir a execução de um dos figurantes se quem exige não adimpliu, como devera...<sup>108</sup>

No caso da alegação da exceção da segunda coisa julgada, a lógica é a mesma. Não se desconsidera a existência. Todos esses requisitos estão ou estavam presentes e o *excepto* não questiona o fato de eles terem realmente existido. O que se alega, na realidade, é existência de um efeito jurídico (segunda *res iudicata* incidida sobre decisão transitada soberanamente em julgado) que deve prevalecer sobre outro efeito jurídico (primeira *res iudicata*). No caso em tela, a razão da prevalência da eficácia da segunda se dá pela própria lógica do nosso ordenamento jurídico, que privilegia, como visto neste trabalho, a coisa julgada posterior em detrimento da anterior, caso haja a alegação de ambas.

Não se trata de vício da primeira coisa julgada. Essa permanece existente, eficaz, podendo ser plenamente arguida no processo e ter seus efeitos sobre a nova demanda, caso não seja exercida a exceção da segunda. A exceção, como nos ensina Pontes de Miranda no excerto transcrito mais acima, “é o direito de alegar o que *encubra* a eficácia do direito, da pretensão, da ação ou da própria exceção que se exerce contra o titular do *ius exceptionis*”.<sup>109</sup> A determinação à qual se refere o § 3º do art. 485 do CPC/2015 é obedecida a partir do momento em que o juiz conhece da primeira coisa julgada alegada (não necessariamente sendo a primeira a ser produzida). Se houver uma segunda, por não se tratar de nenhum vício, mas sim de um fato jurídico cujos efeitos conflitam com o da primeira caso essa segunda seja alegada pelo interessado, não haverá ofensa à chamada “ordem pública processual”<sup>110</sup> na hipótese de essa alegação não ser feita.

---

108. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. t. XXII: Direito das Obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, § 2.680, 7, p. 82.

109. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. t. XXII: Direito das Obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, § 2.680, 7, p. 82.

110. Conceito de autoria de Leonardo Greco: “A preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo é o que me ocorre denominar de ordem pública processual. Já me referi a essa noção quando tratei das nulidades absolutas, no meu livro sobre Execução, como o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1. ed. out.-dez. 2017. Disponível em: <[www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com)>. Acesso em: 30 nov. 2018. p. 11).

O ordenamento garante ambas as coisas julgadas, e a escolha de qual delas deve ser alegada é indiferente; daí por que dizemos que se trata de interesse das partes a alegação da existência de uma segunda, isso quando uma primeira já foi alegada. A ordem pública processual, ao nosso ver, não é afetada se não for alegada a segunda *res iudicata*, e é por essa razão que ela não necessita ser reconhecida de ofício e, também, não possui guarida no referido §3º do art. 485 do CPC/2015.

Agora, se não houver prazo preclusivo para a alegação da segunda *res iudicata* no processo, sem sombra de dúvidas haverá uma afronta à referida ordem pública. O exercício dessa exceção, por estar atrelado unicamente ao interesse privado das partes (sem desconsiderarmos as críticas de Antonio do Passo Cabral a esse raciocínio<sup>111</sup>), deve ser submetido à preclusão, sob pena de trazer grande insegurança jurídica ao processo.

E por fim, a terceira situação hipotética que entendemos merecer alguns comentários é a de um processo que se encontra na fase de cumprimento de sentença, no qual alega-se a existência da segunda coisa julgada que conflita com a primeira que se formou sobre a decisão que estaria sendo cumprida/executada. Nesse caso, entendemos, em consonância com os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, que a lógica a imperar deve ser a mesma da do processo de conhecimento, em razão da determinação do art. 485, § 3º c/c o art. 771, parágrafo único, ambos do CPC/2015, sem que a apreciação dessa alegação esteja condicionada à penhora ou a qualquer prazo preclusivo, conforme se observa:

Como as matérias suscetíveis na impugnação correspondem, em regra, à falta de pressupostos processuais ou à ausência de condições de procedibilidade, não tem sentido condicionar sua apreciação em juízo à penhora ou a um prazo fatal. Essas matérias, por sua natureza, são conhecíveis de ofício, a qualquer tempo ou fase do processo (art. 485, §3º, aplicável à execução por força do art. 771, parágrafo único). Antes ou depois dos quinze dias referidos no art. 525, caput, o juiz já pode conhecer de ofício da falta de pressupostos processuais e condições da ação. Pelo que, também, pode o executado arguir a mesma matéria a qualquer tempo independentemente de penhora. A irrelevância do prazo do art. 525 manifesta-se não apenas em relação às questões pertinentes aos pressupostos processuais e às condições de procedibilidade *in executivis*, que são naturalmente imunes à preclusão. Muitos são os atos executivos que, de ordinário, ocorrem, ou podem ocorrer, depois de escoado o prazo ordinário da impugnação.

Para que não fique o executado privado do contraditório diante de tais atos, ressalva-lhe o §11 do art. 525 a possibilidade de arguir as questões e os fatos processuais supervenientes ao termo estatuído pelo *caput* do mesmo artigo (assim como as relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes) por meio de simples petição, em quinze dias contados da ciência do fato ou da

111. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 80-81.

intimação do ato. É claro, porém, que esse novo prazo de quinze dias, tal como o da impugnação ordinária, nem sempre pode ser visto como peremptório ou fatal. Se a arguição for de fato extintivo ou impeditivo da própria execução (nulidade absoluta, pagamento, remissão, prescrição intercorrente etc.), lícita será a sua suscitação em juízo, a qualquer tempo, enquanto não extinto o processo.<sup>112</sup>

## 7. SÍNTESE E CONCLUSÕES

Concluimos o presente trabalho através de uma síntese das nossas críticas às teses existentes sobre o tema analisado, todas devidamente desenvolvidas no decorrer desta exposição, e, igualmente, com uma lista das 15 (quinze) conclusões que foram obtidas através do estudo feito.

CRÍTICAS FEITAS ÀS TESES QUE TENTAM SOLUCIONAR O CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS	
TESE	CRÍTICAS E EVENTUAIS OBSERVAÇÕES
A tese a inexistência jurídica da segunda <i>res iudicata</i> :	<p>1ª: Adotar como base central a existência das condições da ação, o que, pelo atual desenvolvimento doutrinário, é questionável;</p> <p>2ª: Dentro da lógica que aceita as condições da ação como existentes, equipará-las aos pressupostos de existência do processo, isso ao afirmar que a carência de ação se configura como uma inexistência processual e não como um vício que enseja a decretação de nulidade absoluta (hipóteses jurídicas distintas);</p> <p>3ª: Olvidar a teoria da asserção, que tornaria as sentenças que não reconhecessem a ausência de uma das condições da ação como decisões injustas e não inexistentes.</p>

112. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 646.

<p>A tese da nulidade absoluta da segunda coisa julgada:</p>	<p>1ª: Talvez seja a mais próxima de uma solução adequada do conflito antes do trânsito em julgado soberano da decisão que deu origem à segunda <i>res iudicata</i>.</p> <p>2ª: Incorreu no mesmo equívoco da primeira coisa julgada, ao olvidar a teoria da asserção em relação às condições da ação;</p> <p>3ª: Caso seja adotada a posição que entende pela classificação das condições da ação como requisitos de validade, pecou por desconsiderar que (i) os vícios que ensejam as nulidades absolutas não impedem o surgimento da coisa julgada (ao menos conforme entendemos) e (ii) que o direito de decretar tais nulidades decai após o decurso do prazo de dois anos para o manejo de ação rescisória.</p>
<p>A tese da inconstitucionalidade da segunda coisa julgada:</p>	<p>1ª: Adota uma argumentação com base em constitucionalidade/inconstitucionalidade que pode ser utilizada para os dois lados.</p> <p>2ª: Olvida o fato de que não há se falar em vulneração do instituto ao ser estabelecido um regramento que, no intuito de propiciar uma maior segurança jurídica, possibilita uma maior estabilidade nas relações processuais ao determinar que, depois de transcorrer o prazo de dois anos da rescisória, a nulidade absoluta da segunda decisão não poderá mais ser decretada em razão da decadência do direito de rescindir a estabilidade processual que se instaurou sobre o segundo <i>decisum</i>.</p> <p>3ª: Não compreende que a garantia constitucional (adotando-se aqui, apenas a título argumentativo, uma posição que aceita essa garantia específica da coisa julgada) não se dirige especificamente à primeira coisa julgada, mas sim em direção a todas que surgirem.</p>
<p>A tese da revogação da primeira coisa julgada:</p>	<p>1ª: Desconsidera a verdadeira natureza jurídica do fenômeno, o que faz com que a expressão “revogação” seja inaplicável, ao menos no sentido jurídico que ela possui.</p> <p>2ª: Parte (em relação a alguns de seus defensores) de premissas que são frutos de uma interpretação equivocada dos artigos 502 e 503 do CPC/2015.</p> <p>3ª: O critério da “Temporalidade”, que os seus partidários entendem ser aplicável, é, na verdade, incompatível com o instituto em comento.</p> <p>4ª: Entende equivocadamente (ou ao menos os seus defensores demonstram que entendem isso) que a prevalência da segunda <i>res iudicata</i> se dá de forma automática.</p>

A tese da ineficácia da primeira coisa julgada:	<p>1ª: Parte do entendimento equivocado de que a coisa julgada seria um fato jurídico que produz efeitos.</p> <p>2ª: Acertadamente considera a possibilidade de execução das decisões que respectivamente foram incididas pelas duas coisas julgadas, mesmo após o trânsito em julgado soberano da que deu origem à segunda.</p> <p>3ª: Trata-se da compreensão que mais se aproxima da solução considerada como correta neste trabalho.</p>
---	--

Eis as 15 (quinze) conclusões:

<b>15 (QUINZE) CONCLUSÕES FINAIS</b>	
1ª conclusão	A decisão que deu origem à segunda coisa julgada padece de vício que a faz ser passível de decretação de nulidade absoluta. Esse vício decorre do fato de ela ofender estabilidade processual decorrente de coisa julgada preexistente.
2ª conclusão	Pela posição adotada neste trabalho, o vício que enseja a decretação de nulidade absoluta não impede o surgimento (“formação”) da <i>res iudicata</i> , o que, portanto, torna plenamente possível o aviamento de ação rescisória para a desconstituição da segunda coisa julgada (como efeito) e, após isso, a desconstituição da decisão sobre a qual ela incidiu.
3ª conclusão	A decisão que produziu a segunda coisa julgada, ainda que imperfeita (detentora de vício), é plenamente válida, eficaz e se torna imutável e indiscutível após o seu trânsito em julgado material, haja vista a estabilidade que se forma sobre ela. A forma de decretação da sua nulidade absoluta, em razão da situação jurídica instaurada pela <i>res iudicata</i> , deve ser feita mediante instrumento próprio que é a ação rescisória, essa que possui a natureza de ação constitutiva negativa (ou desconstitutiva).
4ª conclusão	A ação rescisória (constitutiva negativa ou desconstitutiva) deverá ser ajuizada no prazo de dois anos, tendo como finalidade: (i) a desconstituição da <i>res iudicata</i> (como efeito); (ii) a desconstituição da estabilidade jurídica processual (através da desconstituição da <i>res iudicata</i> ); (iii) a desconstituição parcial ou total do pronunciamento judicial.

5ª conclusão	O prazo para tal desconstituição possui natureza decadencial, por se tratar de direito potestativo, conforme bem classifica Agnelo Amorim Filho em obra mencionada neste trabalho. Passado o prazo legal de dois anos para o exercício desse direito (direito de desconstituir efeito jurídico, isso no caso da <i>res iudicata</i> ), ele será extinto e a segunda coisa julgada (bem como a estabilidade processual que dela é consequência) não poderá ser desconstituída.
6ª conclusão	A possibilidade <i>ad aeternum</i> de manejo da ação rescisória em face da segunda <i>res iudicata</i> pode trazer grande insegurança jurídica e afetar de forma incisiva a paz social, daí por que o legislador estabeleceu um prazo decadencial de dois anos para o exercício desse direito, através da respectiva ação desconstitutiva (ação rescisória).
7ª conclusão	Quando há num processo um conflito entre coisas julgadas, o que há, na verdade, é um conflito entre duas situações jurídicas contrárias entre si (impossibilidade de se questionar o comando de duas decisões diversas sobre uma mesma questão) e essa antinomia só vem à tona através da alegação das partes, o que justifica a possibilidade de ambas as decisões que foram alvo dessas coisas julgadas poderem ser executadas caso não se instaure o conflito.
8ª conclusão	Caso haja a alegação de conflito entre coisas julgadas (no qual a segunda ainda seria passível de desconstituição mediante ação rescisória, isso por não terem se passado dois anos desde o seu surgimento), a primeira deve prevalecer e o magistrado deve decretar a nulidade absoluta da segunda por ofensa a uma coisa julgada produzida anteriormente.
9ª conclusão	Caso o conflito se dê entre duas situações jurídicas processuais oriundas de duas coisas julgadas que foram produzidas por duas decisões já transitadas soberanamente em julgado, nesse caso ambas as autoridades ( <i>res iudicata</i> ) permanecem válidas (como efeito) até que o magistrado seja instado à desconstituição de uma delas, através da alegação da existência de conflito, que deve ser feita pelas partes.

10ª conclusão	Caso seja alegada a existência do conflito mencionado na conclusão anterior, a <i>res iudicata</i> que deve prevalecer é a segunda pois, se a própria lei estabelece a hipótese de a segunda coisa julgada (decorrente de um pronunciamento judicial imperfeito e passível de decretação de nulidade absoluta) “aperfeiçoar-se” e se tornar “irrescindível e inatacável” (não ser mais possível a sua desconstituição), a única justificativa seria a de que ela deve subsistir em detrimento da primeira produzida.
11ª conclusão	Não obstante a constatação feita na conclusão acima, ambas as situações jurídicas oriundas respectivamente das duas coisas julgadas permanecem válidas até que haja um conflito (que se dá no próprio processo, pela alegação das partes). Se não houver, a que for levada a efeito em um processo irá prevalecer. Agora, caso haja a alegação verídica de um conflito, a segunda, pela lógica estabelecida no nosso ordenamento jurídico (decifrada por Pontes de Miranda) deverá permanecer, enquanto que a primeira (como efeito) será desconstituída e, em vista disso, a situação jurídica que ela originou também deixará de existir.
12ª conclusão	A existência de <i>res iudicata</i> (a primeira a ser alegada no processo), com base no §3º do art. 485 do CPC/2015, pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição.
13ª conclusão	A existência da segunda <i>res iudicata</i> (após já ter sido alegada a primeira) está condicionada ao momento em que a existência da primeira teria verificada no processo, podendo isso ocorrer em qualquer tempo e grau de jurisdição.
14ª conclusão	Após o trânsito em julgado soberano da decisão que deu origem à segunda coisa julgada (como efeito), entendemos ser cabível, sem prazo decadencial (por ausência de previsão legal) o manejo de ação constitutiva negativa para a desconstituição da primeira coisa julgada, ainda que não se instaure um conflito.
15ª conclusão	A exceção da existência de segunda coisa julgada decorrente de decisão transitada soberanamente pode ser feita a qualquer momento na fase de cumprimento de sentença, independentemente de ter transcorrido o prazo legal para o oferecimento de impugnação (art. 485, §3º, aplicável à execução por força do art. 771, parágrafo único, ambos do CPC/2015).

## 8. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*. 2ª fase. v. XIV. 1960. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/413/356>>. Acesso em: 28 out. 2018
- BECKER, Rodrigo Frantz. *Sobreposição de coisa julgada: uma perspectiva no exterior e no Brasil em busca de uma solução adequada para o direito brasileiro*. 172 p. Tese de Mestrado Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FDUUnB, 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 713.211 AgR/MG*. Relator: Min. Luiz Fux. 1ª Turma, julgado em 01/04/2014. DJ: 15/04/2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000208727&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 out. 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*. v. 255. mai. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.255.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.05.PDF)>. Acesso em: 13 set. 2018.
- DIDIER JR.; Fedie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA; Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. v. 3. 23. ed.. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 18. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*. n. 210. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. Um réquiem às condições da ação: estudo analítico sobre a existência do instituto. *Revista Forense*. v. 351. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1. ed. out.-dez. 2017. Disponível em: <[www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com)>. Acesso em: 30 nov. 2018.
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 211.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*: 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado das ações rescisórias*. Atual. Nelson Nery Júnior e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. t. XXII: Direito das Obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. t. III: Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. t. I: introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 243 p. Tese de Doutorado. Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – FDUFB, 2011.
- NUNES, Jorge Amaury. *Aula sobre condições da ação*. Brasília: Universidade de Brasília, (disciplina: Fundamentos do Processo Civil), 2018.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança Jurídica. *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*. n. 06. Brasília, 2007. pp. 299-333. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/2922>>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- SILVA, Beclate Oliveira. Conflito entre coisas julgadas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; Cabral, Antonio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 3. out. 2011. p. 911. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271915/mod\\_folder/content/0/RTDoc%20%2015-3-09%203\\_50%20\(PM\)%20\(2\).pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271915/mod_folder/content/0/RTDoc%20%2015-3-09%203_50%20(PM)%20(2).pdf?forcedownload=1)>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescidendi e rescisório*. São Paulo: Malheiros Editores, 200.



## Doing Justice: Chinese Civil Procedure and Its Reform<sup>1</sup>

**Hangping Chen<sup>2</sup>**

Associate Professor, Tang Scholar, School of Law, Tsinghua University, China (Beijing).

**Abstract:** This essay approaches the main aspects of Chinese civil procedure and the structure of the Judiciary in China in light of its latest legislative changes. The essay will then propose reforms to conciliate the search for speed and efficiency with the fundamental guarantees of the parties.

**Keywords:** Chinese civil procedure. Judiciary structure. Reforms

### INTRODUCTION

It is fair to state that the Chinese civil judicial system is one of the most efficient judicial systems in the world. According to recent Chinese Supreme Court statistics, over 99% of first instance civil cases are disposed of within six months and over 97% of civil appeals are disposed of within three months throughout the country.<sup>3</sup> Surveys

1. O autor deste artigo foi convidado a escrever neste número da Revista e, por isso, seu texto não passou pelo processo de dupla avaliação cega.
2. The author is grateful to Benjamin Liebman, Carl Minzner, Ling Li and Linda Raynes for advice and comments.
3. Note that the cases in which the extension of the term of trial approved by the president of the court or the higher court are excluded. Ji Tong, Details of Cases Tried and Enforced Nationwide in 2011

conducted by local courts also support this claim, revealing that the average period from acceptance to disposition of first instance cases is very brief—in many jurisdictions, shorter than two months.<sup>4</sup> According to these findings, Chinese judges have done an impressively efficient job compared to their foreign counterparts.<sup>5</sup> However, when judicial quality is considered (represented by the parties’ attitude towards judicial decisions), reality depicts a much different picture.<sup>6</sup> Every year, tens of thousands of complainants who have lost their cases or have their cases rejected by courts, try to challenge the court decisions after civil procedure had been closed.<sup>7</sup> Many people flock to Beijing, China’s capitol, to petition and complain through a unique alternative process to formal legal procedure called ‘Xin Fang’ (visits and letters).<sup>8</sup> In this regard, it is accurate to state that the Chinese civil judicial system is currently suffering from a deep crisis of public confidence and poor finality.

The perplexing landscape of China’s civil judicial system is in such a state that it appears to be a paradox. On one hand, justice is not denied as most justice is not delayed. On the other hand, justice that is delivered speedily by the courts doesn’t satisfy a host of parties in the end. Though there is little evidence clearly demonstrating the connection between speediness of adjudication and poor quality of decisions, it’s without doubt that due process requires sufficient opportunities of participation, and such opportunities require adequate time for parties to have their grievances heard and taken into account carefully. Nevertheless, the judicial policy making body of the Supreme Court does not seem prepared to improve judicial quality at the expense of slowing down the current rate of judicial process.<sup>9</sup> They hope to diminish the public’s dissatisfaction without making required changes that may affect judicial efficiency. This is incomprehensible. With China’s rapid economic growth and widespread surges of

---

(2011 Nian Quanguo Fayuan Shenli Gelei Anjian Qingkuang), 5 People’s Judicature (*Renmin Sifa*) 35 (2012); Ji Tong and Jian Ma, Details of Cases Tried and Enforced Nationwide in 2012 (2012 Nian Quanguo Fayuan Shenli Gelei Anjian Qingkuang), 7 People’s Judicature (*Renmin Sifa*) 55 (2013).

4. Yu Xu, An Overview of Jiangsu Province’s Courts Work in 2008 (2008 Nian Jiangsu Fayuan Gongzuo Quanjing Saomiao), Jiangsu Legal Daily (*Jiangsu Fazhi Bao*), Feb. 6, 2009, Page A; Zhejiang People’s High Court, ADR: Alleviate the Shortage of Judicial Resources to Be Needed (*Duoyuan Jiejiu Fangshi: Huanjie Sifa Xuqiu Yu Ziyuan Xique Maodun*), People’s Court Daily (*Renmin Fayuan Bao*), Mar. 4, 2010, Page 8.
5. According to 2014 JWP Rule of Law Index, China was scored 0.67 for “Civil justice is not subject to unreasonable delays”, compared to 0.56 of the U.S. and 0.25 of India. Available at <<http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>>.
6. According to 2014 Rule of Law Index, China was only ranked 79/99 for civil justice. Id.
7. Available at <<http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/>>.
8. Carl F. Minzner, Xinfang: An Alternative to Formal Chinese Legal Institutions, 42 *Stanford Journal of International Law* 103 (2006).
9. Supreme People’s Court, Several Opinions on Effectively Practicing “Justice for the People,” Vigorously Strengthening Judicial Justice and Continuously Improving Judicial Credibility (Zuigao Renmin Fayuan Guanyu Qieshi Jianxing Sifa Weiming Dali Jiaqiang Gongzheng Sifa Buduan Tigao Sifa Gongxinli De Ruogan Yijian), n. 9, 2013, section 4.

civil disturbances, the courts need solve more grievances and disputes to gain more resources from the central and local authorities.<sup>10</sup> High efficiency of adjudication is a good way to justify their performance and enhance their capability of bargaining with the authorities. However, as civil suits accepted by the courts have continually grown (from 300,787 in 1978, the year China initiated economic reform and open up policy, to 7,316,463 in 2012),<sup>11</sup> the total number of the judges has only modestly increased during that time (from almost 60,000 to 196,000). The pressure of the courts to maintain their pace and to handle cases rapidly has sharply increased to an unbearable level.

This article will examine China's civil procedure in practice and propose how to reform it—specifically, how China can maintain judicial efficiency while boosting public satisfaction and confidence in the civil procedural system.

Part I provides an overview of the scope of Chinese civil procedure rules applied in practice and the basic organizational structure of Chinese courts. Chinese civil procedure cannot be comprehensively described or thoroughly understood without considering its unique, centralized hierarchical settings, case assessment, and evaluation system. Part I will also present the Chinese court's primary characteristics as a judicial institution in order to set the background for further discussion on Chinese civil procedure system.

For many scholars and practitioners alike, how a civil case is actually litigated in the Chinese courts remains a mystery.<sup>12</sup> It's especially true that, after almost ten years of a significant top-down movement of "turning against law,"<sup>13</sup> a dramatic shift in court-performed mediation has taken place in Chinese civil dispute resolutions. Part II will address how the Chinese courts dispose of civil cases in a highly efficient, yet defective, way. It will focus on the main stages of Chinese civil procedure in practice: filing and docketing, pre-trial preparation, trial, and post-trial.

Based on the observation and analysis above, Part III will probe into the fundamental flaws and shortcomings of Chinese civil procedure, which is both intensely driven and closely constrained by organizational assessment and management systems. In this part, focusing on the reform of civil procedure, the author will provide an overview and comment of the newest amendments of the CPL and then propose a solution to balance judicial efficiency and judicial quality, as well as to boost public confidence in the civil process system.

10. Xin He, *Court Finance and Court Responses to Judicial Reforms: A Tale of Two Chinese Courts*, 31 *Law & Policy* 463 (2009).

11. Available at the National Bureau of Statistics of China website <<http://data.stats.gov.cn/workspace/index?m=hgnd>>; <<http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/>>.

12. Margaret Y. K. Woo and Yaxin Wang, *Civil Justice in China: An Empirical Study of Courts in Three Provinces*, 53 *The American Journal of Comparative Law* 912 (2005).

13. Carl F. Minzner, *China's Turn Against Law*, 59 *American Journal of Comparative Law* 935 (2011).

## I

*Chinese Civil Procedural Law and Its Institutional Background*

The scope of Chinese civil procedure “law” in practice is fairly broad, ranging from the Civil Procedure Law (“CPL”), Judicial Interpretations issued by the Supreme Court,<sup>14</sup> local rules prescribed by different levels of local courts,<sup>15</sup> to judicial customs generated in specific organizational settings of the courts. Among them the CPL is the basic information required to understand the Chinese civil procedure framework. The latest vision of the CPL was promulgated in 2012.<sup>16</sup> But as is common in China, huge gaps always exist between the written law and the law in practice. This is also true for the CPL. In a sense, confusion is inevitable if one seeks to comprehend Chinese civil procedure only by making reference to the CPL.<sup>17</sup> Even taking numerous Judicial Interpretations and internal local rules into account, few people could exactly predict a judges’ judicial behavior during the litigation process. The main reason for this is that, after only thirty years of turning to emphasize “rule by law” and then “rule of law”, Chinese courts cling to a traditional preference for informality and particularism in adjudication.<sup>18</sup> Judges are not only allowed to enjoy a wide discretion in adjudication, but are also encouraged to dispose of cases flexibly and elastically, in order to achieve the harmony of legal effects and social effects of adjudication in a rapidly changing

- 
14. Judicial Interpretation is formal legal source that can be cited as supplementary legal authority to statutes in judgments and orders. See Supreme People’s Court, Rules Regarding to Judicial Interpretation Work (*Zuigao Renmin Fayuan Guanyu Sifa Jieshi Gongzuo De Guiding*), N. 12, 2007, art. 27.
  15. Local rules in Chinese courts are internally prescribed by the very courts’ judicial committees. Compared to Rule 83 of Federal Rules of Civil Procedure in the U.S., no notice or opportunity for comment is given to the public, and no copies of local rules must be furnished to the Supreme Court and be made available to the public. Chinese courts occasionally post some local rules on their official websites.
  16. In 1982, not long after initiating economic reforms, China promulgated a provisional civil procedure law “on an experimental basis”. In 1991, after almost a decade of practice, China enacted a formal Civil Procedure Law (“CPL”) comprising 270 articles that embodied lots of reforms under the background of socialist commodity economy. In 2007, it dramatically amended two sections of the CPL-judicial supervision procedure and civil enforcement procedure-to address the rather serious problems of petition for retrial after procedure closed and failure to execute civil judgments. As a part of the legislation plan of setting up the Socialist System of Laws with Chinese Characteristics, in 2012, China made an overall revision of the CPL which affected 85 articles. The newest version of CPL includes 284 articles and more comprehensive covering several firstly adopted procedures, such as public interests litigation, small claims litigation and third-party opposition.
  17. For instance, Article 52 of the CPL provides two kinds of representative actions analogous to the class action in the U.S. But in reality the courts always refuse to accept representative actions even all the elements of this article are met. To prevent mass disturbances happening, the courts try to cut a case of dozens or hundreds of parties into individual cases with much fewer parties. Such “sleeping” articles are not seldom seen in the CPL.
  18. Margaret Y. K. Woo, *Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts*, 8 *Pacific Rim Law & Policy Journal* 584-593 (1999).

society. However, against the backdrop of judges lacking sufficient professionalization and necessary job security (such as high salary), the judges are very likely to abuse discretion in order to pursue their own private interests.

In order to curb the self-interested discretion of judges, maintain overall judicial quality, and to ensure that judges will remain consistent with an top-down political and judicial ideology, the Supreme Court has recently drawn upon the experimental experience of local courts to set up a comprehensive Case Quality Evaluation System (CQES).<sup>19</sup> Under the evaluation system, nearly all aspects of judicial performance are assessed, scored and managed. From the comparative perspective of legal institutions, many western countries utilize different types of judicial performance evaluation to hold judges accountable, which influence the judges' performance on hot-button political issues to some extent.<sup>20</sup> But the Chinese courts' CQES is much more fundamental in recognizing and understanding the underlying incentive structures for the Chinese judges' judicial performance.

The reader should note that the organizational structure of the Chinese court is quite unique compared to its western counterparts. China has a unified court system consisting of four levels courts.<sup>21</sup> Each court has its own pyramidal hierarchy. On the top is the leading Communist Party Group (党组), headed by a Court President and consisting of high ranking officials in the court. This small group, ten members more or less, has all the administrative power of the court except those controlled by outside authorities.<sup>22</sup> The Court President is also responsible for his/her subordinates' judicial performance and based on which will be rewarded (or punished) by local authorities

- 
19. Supreme People's Court, Notice on Issuing the Guiding Opinion of the Supreme People's Court on Carrying out the Case Quality Evaluation Work (for Trial Implementation) (*Zuigao Renmin Fayuan Guanyu Kaizhan Anjian Zhiliang Pinggu Gongzuo De Zhidao Yijian (Shixing)*), N. 6, 2008; Measures for the Indexing of Case Quality Evaluation of the People's Courts (for Trial Implementation) (*Renmin Fayuan Anjian Zhiliang Pinggu Zhishu Bianzhi Banfa (Shixing)*), N. 137, 2013. The revised CQES includes 31 indexes and covers three main aspects of adjudication: fairness, efficiency and social effects. For example, to measure judicial fairness, the related indexes include the rate of alteration during accepting and docketing, the rate of remanding or reversing by appellate court, the rate of trial violating procedure law, etc.
  20. For example, in 2008, eight states in the U.S. provide their citizens with information obtained from official performance evaluations (JPE) of at least some of their judges standing for retention election. See David C. Brody, *The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence, and Public Trust*, 86 *Denver University Law Review* 1 (2008).
  21. They are the Supreme Court, 31 high courts, almost 410 intermediate courts and over 3100 basic courts with more than 10,000 dispatched tribunals.
  22. Leading Party group has the power to manage the court's own administrative matters, such as certain personnel matters, the use of funding, the management of equipment and supplies, and daily operations. Whereas court funding is still managed by the government of the same level and significant personnel matters continue to be decided by the Party committee of the government of the same level and the leading Party group of the superior court. See Huiling Jiang, *Judicial Reform, China's Journey toward the Rule of Law: Legal Reform 1978-2008*, Ed. by Dingjian Cai and Chenguang Wang, Koninklijke Brill Nv, Leiden, The Netherlands, 2010, p.215.

or superior courts.<sup>23</sup> For the President, the Adjudication Committee (审委会) is the major institution of controlling judicial outcomes, to which judges can submit complicated or sensitive cases to be determined without hearings. Below the leading Party Group, there are two kinds of branches at the same level: Judicial Divisions and Administrative Departments.<sup>24</sup> There is also a hierarchical structure within the Judicial Divisions branch. The Division-chief judge (庭长) is in charge of examining and approving judgments and orders, and division of daily administration simultaneously. At the bottom of court positions are ordinary judges – civil servants who seek career promotions mainly through their work performance, in which CQES and its variants in local courts play an increasingly important role.

Chinese judges are both constrained and driven by the CQES, directly and indirectly. On one hand, judges may gain material reward and moral encouragement if they achieve excellence in monthly, quarterly and annual case quality evaluations. Their chance of promotion to a higher rank and/or position increases if they continue to meet the targets.<sup>25</sup> On the other hand, judges could face various negative repercussions (anything from a minor fine or criticism to termination from their position), if they underperform in a judicial assessment and evaluation.<sup>26</sup> The influence that the CQES has over civil procedure can never be overestimated. Case evaluation systems act as a “conducting baton” for judges to follow, through which they are lead to fulfill targets set by their leadership. So the operation of Chinese civil procedure is both driven and constrained by organizational assessment and management. In this regard, Professor Cohen was quite insightful to state that, “In China, the focus is and must be upon institutions rather than procedures. Without strong legal institutions to implement

- 
23. For example, an SPC decision issued in 2001 stated that court president and vice-presidents will be forced to resign if their courts issue illegal decisions that harm state or public interests, fail to investigate or reveal serious cases of wrongdoing sufficiently, or fail to engage in oversight over their courts. Supreme People’s Court, Rule Regarding Accepting Blame and Resigning for Presidents and Vice Presidents of All Levels of Local Courts and Special (interim) (*Difang Geji Renmin Fayuan Ji Zhuanmen Renmin Fayuan Yuanzhang Fuyuanzhang Yinjiu Cizhi Guiding (Shixing)*), Nov. 6, 2001.
  24. Adjudication committee has members overlapped but not the same leading as Party group. Besides president and vice presidents, the former generally includes senior division-chief judges while the latter often includes important administrative department heads.
  25. Judicial divisions normally include civil divisions, criminal divisions, filing and docketing division, judicial supervision division, etc. Administrative departments normally include “political” (personnel) department, discipline inspection department, trial management office, etc.
  26. For example, the judges of a basic court in Henan province will gain reward and promotion if they handle cases meeting the standard of “Six Zeroes”. Six Zeroes is the goal set to achieve by the leadership of the court which includes no remanding, no amending, no letter and visit, no exceeding of the trial term, no complaint and no negative media report. See Liang Zhang, Where Did the Court of “Six Zeroes” Come From? (“Liu Wu” *Fayuan Shi Ruhe Liancheng De?*). Available at <http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20140312/Article04005GN.htm>.

and enforce them, civil procedures are not worth the paper on which their authorizing legislation is printed."<sup>27</sup>

## II

### *Chinese Civil Procedure in Practice*

#### 1. FILING AND DOCKETING

When a plaintiff brings a complaint in a Chinese court, she must first pass through a gatekeeping procedure in which the Case Filing Division (立案庭) decides whether or not to accept (受理) and docket (立案) the case. According to Article 119 of the CPL, courts must, unless an exception applies, accept cases that meet the statutory standards.<sup>28</sup> Within seven days, the filing division has to decide to accept or deny a civil suit based on examining the statement of complaint and evidential materials.<sup>29</sup> No hearing or formal procedural participation opportunity is available to the parties. The courts are deemed to have absolute discretion in accepting or rejecting complaints (as they often do when they come across one that they unwilling to hear or make a decision on). This is often the case when the courts are required to handle politically sensitive cases or cases connected to social instability.<sup>30</sup> Typically, near the end of the year, the courts may arbitrarily reject to take cases just to make the statistics on the case clearance rate look better.<sup>31</sup>

27. Carl F. Minzner, *Judicial Disciplinary Systems for Incorrectly Decided Cases: The Imperial Chinese Heritage Lives on*, 39 *New Mexico Law Review* 63 (2009).

28. They are: (1) the plaintiff is a person, legal person or other organization that has a direct legal interest in the case; (2) there is a specific defendant; (3) there are specific claims, facts, and causes of action; and (4) the lawsuit is within the courts' scope of acceptance for civil actions and under the specific court's geographical scope of jurisdiction. A detailed discussion on the four requirements, see Nanping Liu and Michelle Liu, *Justice Without Judges: The Case Filing Division in The People's Republic of China*, 17 *University of California Davis Journal of International Law & Policy* 300-315 (2011).

29. The CPL, art. 123.

30. For example, the Guangxi High Court issued a notice in 2004 listing thirteen categories of cases that courts in Guangxi province will not accept. These include real estate disputes resulting from government decisions or institutional reforms, claims brought by laid-off workers resulting from corporate restructuring, and so on. Such categories of cases touch the area of potential social instability and probably cause trouble to the courts, which the courts are better off not accepting and hearing. See Benjamin Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, 21 *Columbia Journal of Asian Law* 27-28 (2007).

31. The fewer cases are accepted at the end of a year, the higher rates of cases disposed of annually and within the statutory trial term are reported. The reasons of rejection are sometimes ridiculous. Such as computers for docketing in the case filing division are broken; the filing judges are out for further professional training; the party should present the statement of complaint by himself, not solely by his legal representative; etc.

If a written order or notice of rejection is issued by the court, the claimant has a chance to appeal based on the order.<sup>32</sup> But if the filing division judge decides to dodge a troublesome case, he will only verbally deliver the decision, or just ignore the claimant's inquiries. In such a situation, the claimant is in fact deprived of the right for an appeal. While it is fair to say that the filing process serves as a critical judicial mechanism for Chinese courts to control their caseload and trial agenda, it is also fair to say that this process is also employed by Chinese courts to deny the public access to justice in particular cases or in specific period. The avenue of Xin Fang then becomes the only available option to aggrieved parties.

A case is docketed when it passes through the examination of the Case Filing Division. Within five days, the court must serve a copy of the complaint and summons to the defendant. The latter is expected to answer the complaint in writing within fifteen days of being served. Curiously, in the CPL, there is no rule written regarding the content of the reply or the consequence of failing to reply within the statutory time limit.<sup>33</sup> The court cannot enter a default judgment against the defendant who didn't answer promptly. As may be expected, the vast majority of defendants neither admit nor deny the allegations against them in the complaint, or even make any response to the complaint during the pleading stage.<sup>34</sup> A large number of them postpone answering until oral argument at trial.

After receiving a complaint and examining it, the judges of Filing Division sometimes pick up a number of cases, contacting both the claimant and defendant over the telephone, to dispose rapidly. The selected cases always seem to be those with parties that live in the local community and who can be called before the court over the telephone. These are also the cases that seem relatively simple—the sums of compensation sought by the claimant not too large. One filing judge presides over an informal conference in which he simultaneously serves the defendant, inquires about the main facts and issues of the dispute, listens to indictment and defense presented by both parties orally, and pushes the parties to reach a mediation agreement. The basic courts also vigorously pursue transferring cases to a variety of mediation workrooms set up in the courts or to mediation organizations outside of the courts at this stage of the process.<sup>35</sup> This multiple goal procedure is named “Mediation Before Accepting”

32. The CPL, art. 123.

33. The CPL, art. 125.

34. A regional survey showed that nearly 90% defendants failed to answer in writing within statutory period and 45% didn't answer at all. See Wei Xun, Zhentong Lin, A Survey and Thinking about Civil Pretrial Procedure (*Minshi Shenqian Chengxu De Diaocha Yu Sikao*), 1 People's Judicature (Renmin Sifa) 75 (2007).

35. In 2009, the Supreme Court issued an official opinion propelling to utilize extra-judicial resources to resolve disputes through mediation before or after accepting. Supreme People's Courts, Several Opinions on Establishing a Sound Conflict and Dispute Resolution Mechanism that Connects Litigation and Non-litigation (*Guanyu Jianli Jianquan Susong Yu Fei Susong Xiang Xianjie De Maodun Jiufen Jiejue Jizhi De Ruogan Yijian*), N. 45, 2009.

(诉前调解) when it is held before the case has been accepted, or “Mediation on Docketing” (立案调解) when it is held after the case has been accepted. If an agreement is reached before the case being accepted, the lawsuit will probably be docketed and disposed of with a written mediation statement, or be withdrawn from the claimant without being registered as an accepted case. The case will be calculated into the “Rate of Mediation and Withdrawal” (调撤率) which has become an important index for assessing judicial performance over recent years.

## 2. PRE-TRIAL PREPARATION

Cases proceed to the civil divisions of the courts if they are not disposed of in the filing division. Each case will be separately assigned to a trial judge by clerks of the division. If a case is beyond the scope of “the facts are evident, the rights and obligations are clear, and the disputes are trivial in character,” which is the standard of applying simplified trial procedure in the basic courts and their dispatched tribunals,<sup>36</sup> the chief judge of the civil division would set up a collegial bench to adjudicate it. Due to the serious problem of staff inadequateness, most civil cases (more than 80%) are adjudicated through the simplified procedure under one judge’s direction in the basic courts.<sup>37</sup>

The responsible judge, *ex officio*, sets a schedule for pre-trial activities and trial and has the scheduling order served to all the parties by court clerks or bailiffs. In the simplified procedure, generally, the time between a case transferred to the civil division and trial is no more than one month. During this period, the judge contacts the parties, pushes them to meet the opposite party at the court and settle before trial. Similar to the mediations in the filing division, it is called “Mediation Before Trial” (审前调解). A large number of cases have their “day in court” end at this stage. If he was unsuccessful in disposing of the case through mediation, the judge would designate a short period, normally no more than fifteen days, for the parties to produce evidence to the court. While in the primary procedure, the term of preparation for trial is lengthy and varies depending on the complexity of the case’s facts. As required by an important judicial interpretation of evidence, the court must grant the parties at least thirty days, beginning from the day of being serviced, to produce their evidence.<sup>38</sup> If the period designated is not long enough, either party may apply for extensions, twice at most. When the period of production expires, no new evidence is permitted unless the evidence has been newly discovered or the opposing side consent to it being permitted.

36. The CPL, article 157.

37. Dingbo Yuan, Eight in Ten Cases Are Tried by Simplified Procedure in Basic Courts (*Jiceng Fayuan Bacheng Minshi Anjian Shiyong Jianyi Chengxu*), *The Legal Daily (Fazhi Ribao)*, Nov. 2, 2012, Page 1.

38. Supreme People’s Court, Some Rules on Civil Evidence (*Zuigao Renmin Fayuan Guanyu Minshi Susong Zhengju De Ruogan Guiding*), N. 33, 2001. Art. 33 (3).

Each party has the burden to produce facts it is responsible for proving and has no statutory right to compel the other side to provide evidence to it. No technical discovery rules such as initial disclosure, deposition, interrogatory, and so forth are available in the CPL. The party that cannot produce some evidence because of “objective reasons” (e.g., a document that is held by the opposition or a third party initially refusing to bring it forth) may request the court to conduct its own investigation or collect the evidence for it. Since the judges are always under great pressure of handling many cases simultaneously, they will not intend to spend much time on an ordinary case. In practice, as a result, the courts rarely conduct such investigations. Similarly, unless the plaintiff offers a bond, the courts generally would not take measures to preserve the defendant’s property or evidence held by other people. Such practice may help to save judicial resources during the process of litigation, but also damages the parties’ faith in the administration of justice, taking account of the fact that only 20-30% of parties in civil cases are represented by counsel.<sup>39</sup>

If parties produce a large amount of evidence, the responsible judge would generally bring the parties together to exchange that evidences in court. Whenever there is an exchange of evidence, the period of production expires. This is the only chance available for parties to make comments on the credibility and admissibility of evidence, as well as to understand the evidences held by the other side before trial. The evidence with the parties’ approval is filed and recorded as fact by court clerk and need not be examined by the parities at trial. Clearly, exchanging evidence may narrow the range of contested issues and reduce delay at trial.

### 3. TRIAL

Most cases, applying simplified procedure as mentioned above, are tried before a single judge. Cases applying primary procedure are tried before a collegiate bench consisting of judges and the People’s Assessors selected from the populace, or judges only. Only the responsible judge presides over pre-trial conference or hearing to obtain information of the case and therefore explores the case deeply. The two other panelists, who seldom touch the case file before trial (no matter judges or assessors), are mostly there for show and rarely reject the responsible judge’s proposal of disposition on merits after trial.<sup>40</sup> With self-mockery, some judges call themselves the “supporting player” along with the responsible judge at trial when they are invited to join a panel.

39. Randall Peerenboom, *China’s Long March Toward Rule of Law* 362 (2002). Woo & Wang, *Civil Justice in China: An Empirical Study of Courts in Three Provinces*, p.921. Some parties seem to rely more on related persons (relatives, staff members, friends, etc.) rather than on lawyers as their agent in litigation. See Zhengrui Han: *An Applied Genre Analysis of Civil Judgments: the Case of Mainland China*, Dissertation for Doctor of Philosophy degree, City University of Hong Kong, 2010. Available at <<http://dspace.cityu.edu.hk/handle/2031/6519>>, pp. 56-59.

40. According to a survey conducted by the Beijing First Intermediate Court, 33.5% judges said they always rely on the responsible judge’s report of a case to make decisions. Gang Zhao and Yuantao

At trial, Chinese courts generally prefer documentary evidence to witness testimony. Generally, only a few witnesses testify before the court. It is fairly common that a written statement of the witness or a record of conversation between the party's counsel and the witness is presented to the court.<sup>41</sup> As a result, the responsible judge may obtain and examine almost all evidences before trial. His main job at trial is just presiding over the process, listening to the parties' oral arguments, inquiring about any new information that he hasn't attained or noticed, and encouraging both parties to achieve a mediation agreement. The judge would not allow the parties or their attorneys to waste too much time on adversarial examination of evidences (something that is normally meaningless to him). Therefore, in spite of no principle or rule prescribed for "concentrated trial," the duration of the trial is strictly controlled by the judge and is, typically, cut short as soon as possible. In reality, it is not uncommon for a judge to preside over five hearings in one morning, especially in courts located in big cities where there are many cases waiting to be dealt with.

#### 4. POST-TRIAL

After a trial is closed, the judge or the panel commences deliberating and the responsible judge begins to draft the judgment or order. When the draft of judicial decision is finished, normally it must be submitted to the chief judge of the division to examine and approve before being serviced to the interested parties. If a case is trialed by a collegial bench and the panel cannot reach a conclusion on the rulings, or the chief judge holds that a case is too complicated or sensitive, such case will be submitted it to the Court President. The latter will decide to hand the case over to Adjudication Committee or not. The committee members discuss and determine the result of the case based on the responsible judge's oral report. The Adjudication Committee typically handles only particularly sensitive or difficult cases, but it has the power to direct the judge or collegiate panel to enter a particular verdict. No party is allowed to participate in the conference of Adjudication Committee and maintain the procedural right to have his arguments heard. Such a practice is under severe criticism from the public and the academia as "the adjudicator presiding over a trial doesn't determine the case, while the decision maker has never participated in the trial" (审者不判, 判者不审).<sup>42</sup>

---

Liu, Anti Judicial Corruption Measures Used in the Beijing First Intermediate People's Court (*Beijing Yizhongyuan Fan Fubai De Dianxueshu*), People's Court Daily (*Renmin Fayuan Bao*), Aug. 2, 2009. page 1.

41. Woo & Wang, *Civil Justice in China: An Empirical Study of Courts in Three Provinces*, pp.934-35.

42. Donald Clarke, *Power and Politics in the Chinese Court System: The Enforcement of Civil Judgments*, 10 *Columbia Journal of Asian Law* 1 (1996).

Generally speaking, drafting judgment is the most burdensome duty for a responsible judge throughout civil procedure.<sup>43</sup> On the other hand, Chinese civil judgments are well known for their lack of sufficient legal reasoning and factual analysis.<sup>44</sup> Empirical research has found that it is common for Chinese judges to tailor the parties' arguments according to the judges' understanding of the dispute and close correspondence exists between the judges' factual conclusion and the brief narrative of plaintiffs' factual claim.<sup>45</sup> By this token, it is likely that a Chinese judge may spend lots of time on factual narrative and textual harmony construction, rather than on response to parties' arguments and therefore protection of parties' procedural rights. It might be more reasonable if all judgments were referred to a superior to be checked or examined by a trial management department. Not surprisingly, the partial or incomplete writing of judgments is often the source of much dissatisfaction or even anger from the parties whom the judgment addresses.

Because mediation statements are much shorter and simpler, in which no fact finding or legal reasoning is required, not to mention that the potential risk for judges to be found erroneous is drastically decreased, judges may even persuade the parties to achieve a mediation agreement at the post-trial stage of the process. Through the judges' unremitting efforts from beginning to end, more than 60% of civil cases of first instance are disposed of by mediation and withdrawal.<sup>46</sup>

### III

#### *Proposals for Reform of Chinese Civil Procedure*

It must be said that China's civil procedure in practice has many advantages in resolving disputes promptly—practices that are worth investigation by foreign courts. For instance, a responsible judge handles a case from start to finish, judges preside over pretrial conferences or meetings to identify the issues of a case and get information from parties, a trial date is scheduled at an early stage of the process, and so on.<sup>47</sup> What's more important in maintaining high judicial efficiency, however, is that all

43. It is widely reported that Chinese judges have to work overtime and even sacrifice weekends to draft judgments. See Dingbo Yuan, *Relaying on Job Security to Alleviate Judges' Workload* (Huanjie Faguan Gongzuo Yali Yaokao Zhibao Zhidu), *The Legal Daily (Fazhi Ribao)*, Nar. 18, 2014, Page 5.

44. The Supreme Court identified two focus areas of judges' writing which need significant improvement (the judges' legal analysis and the judges' examination of evidence) in the Five-year Reform Outline of People's Courts (1999).

45. Zhengrui Han: *An applied genre analysis of civil judgments: the case of mainland China*. Id.

46. According to the Supreme Court's statistics, from 2008 to the first half year of 2012, 64.3% of the civil cases of first instance are disposed by mediation and withdrawal. See *Two Third of Civil Cases of First Instance Have Been Disposed by Mediation and Withdrawal in China (Quanguo Jin San Fen Zhi Er Yishen Minshangshi Anjian Tiaoche Jiean)*. Available at <[http://news.xinhuanet.com/legal/2012-12/27/c\\_114184186.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2012-12/27/c_114184186.htm)>.

47. These measures are widely proposed and supported by federal judges and state judges in the U.S. to improve judicial efficiency. See IAALS, *Trial Bench Views: Findings from a National Survey on Civil*

judges are compelled and constrained by the judicial performance assessment and management system. Healthy competition between colleagues and the chance to gain rewards and promotion, propel the judges, with few exceptions, to do their best to dispose of cases as soon as possible. The procedure system, characterized by informality and particularism, also allow judges to take manifold measures to achieve this goal.

On the other side of the coin, there are fundamental flaws in the same judicial system. The judges with broad discretion engage in meeting the comprehensive judicial performance evaluation criteria and fulfilling the targets set out by their superiors, rather than responding to the parties' claims and protecting the parties' procedural rights. As an American scholar warned long ago, "the managerial judging is less visible and usually unreviewable. It gives trial courts more authority and at the same time provides litigants with few procedural safeguards to protect them from abuse of that authority."<sup>48</sup> The problem is far more serious in China because of the trial management and assessment system within the hierarchical structure of the courts. In this background, the judges have no other choice but to submit themselves to the superiors' direction and devote a disproportionate amount of time and energy to gaining scores in judicial performance assessment. If this personal or collective aim conflicts with litigants' procedural interests, which is inevitable, the courts normally sacrifice the later to achieve the former, just as mentioned above.

Meanwhile, as an integrated part of the political system in China, where it is implied that the state will commit itself to satisfy the general needs of the public (while simultaneously restricting political competition), the courts should respond to parties' dissatisfaction and grievances even after routine civil procedure closed. China has a long history of using the letters and visits system as a down-up information transfer system independent of bureaucracy to assist the centralized authority in rooting out corruption, correctly resolving individual cases, acquiring knowledge of local conditions, and reviewing the performance of local authorities.<sup>49</sup> The lack of alternative mechanisms for voicing public views also encourages those with grievances to resort to the letters and visits system.<sup>50</sup> That's why all the courts, controlled by authorities at different levels, must be responsible to address the influx of letters and visits connected with the cases they previously adjudicated. Inside the courts, there is a rigid principle stipulating that each judge must bear personal responsibility to terminate letters and visits arisen from the cases they disposed ("谁主办, 谁负责") The superiors of his division may also assume leadership responsibility ("谁主管, 谁负责"). For a judge, personally, the risk of handling letters and visits is quite unpredictable.

---

Procedure Source (December 2010). Available at <<http://iaals.du.edu/library/publications/trial-bench-views-findings-from-a-national-survey-on-civil-procedure>>.

48. Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 *Harvard Law Review* 380 (1982).

49. Minzner, *Judicial Disciplinary Systems for Incorrectly Decided Cases*, p.112.

50. Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, p.25.

If a judge failed to prevent the conflict of letters and visits from escalation, his career prospects would probably be ruined. In summation, the process of letters and visits is not only the last resort for parties whose procedural rights were not sufficiently guaranteed, but also a powerful (and even harmful) “weapon of the weak” that they turn to when no other option is available.

Chinese judges are sandwiched between their superiors and the parties who dare to spare no expense to achieve justice in accord with their own thoughts. On the other hand, due to information asymmetry in adjudication, the judges also have many practical strategies and tactics to shirk their judicial responsibility. Such tactics range from refusing to accept claims without a written order, pushing the parties to achieve mediation agreements throughout the litigation process, referring cases to Adjudication Committee to determine the outcome (thus making the Adjudication Committee members bear collective responsibility for the decision), to submitting advisory opinion requests (请示) to the higher court on how to dispose of a case (thus helping to reduce the risk of judgment or order being reversed or amended by the higher court).

This might explain why the Chinese civil judicial system has such a perplexing appearance. Various parties complain that their procedural rights are arbitrarily deprived and infringed upon by the courts, while the judges complain about their heavy workload, lack of job security, and poor judicial authority. Detailed discussion on how to reform Chinese judicial institutions is not the focus of this paper. Based on the observation and analysis above, the author would like to put forward some proposals to improve the Chinese civil procedure system. First an overview and comment of the newest amendments of the CPL seems necessary.

Aiming to improve judicial quality and increase judicial efficiency, while alleviating the public’s dissatisfaction with court performance, as well as to promote social stability and harmony,<sup>51</sup> China’s legislature started to revise the CPL in 2010. It was promulgated in 2012, and came into effect on January 1<sup>st</sup>, 2013.<sup>52</sup> In order to secure justice and protect parties’ procedural interests of the first instance, the new law emphasized that the courts must accept and docket all claims in accordance with statutory standards and issue written orders if reject to accept a claim;<sup>53</sup> expand interim injunctive mechanism and entitle parties to obtain a court order requesting

51. Shengming Wang, Explanations to the Revision Act to the Civil Procedure Law of the PRC (draft) (*Guanyu Zhonghua Renmin Gonghe Guo Minshi Susong Fa Xiuzheng An (Caoan) De Shuoming*), 31-32 *New Laws and Regulations* 61 (2012).

52. Standing Committee of the National People’s Congress, Decision on Amending the Civil Procedure Law of the People’s Republic of China (2012) (*Quanguo Renda Changweihui Guanyu Xiugai Zhonghua Renmin Gonghe Guo Minshi Susong Fa De Jueding (2012)*), Order N. 59 of the President of the People’s Republic of China.

53. The CPL, art. 123.

the opposing party to cease or undertake certain acts;<sup>54</sup> increase the courts' obligation to take actions to preserve evidence and property before filing or after accepting;<sup>55</sup> alleviate the economic difficulty faced by parties in collecting and producing witness testimonies and expert appraisals<sup>56</sup> and so on.

Meanwhile, in order to reduce judicial expense and delay, for the first time, the CPL lays out a general framework of small claims. It provides that, "When the basic people's court or its dispatched tribunal, tries simple civil cases specified in the first paragraph of Article 157, and the amount of the subject matter in a case is less than 30% of the annual average wage of the employed in the last year in a province, autonomous region or municipality directly under the Central Government, the judgment of first instance shall be final."<sup>57</sup> As expected by one high court, the rate of applications of the small claims procedure would increase to 30% of all civil suits while most small claims cases would be disposed of in one month after being accepted.<sup>58</sup> The new law also adds provisions of judicial confirmation of mediation agreements achieved in social organizations and provides that the order of confirmation issued by judges after examining parties' application materials has the same legal effect as mediations statement and judgment.<sup>59</sup> The legislators enacted such provisions with the expectation that the parties will be inspired to utilize ADR mechanisms outside of the courts to solve as many disputes as possible.

These statutory revisions definitely have positive effects on improving judicial quality and reducing judicial cost. But it is quite unclear whether the legislative goals of amending the CPL will be achieved. So far, the author cannot find any evidence showing that the difficulty of accepting civil cases has been alleviated apparently. While some basic courts have complained that the application of small claims procedure is far lower than expected.<sup>60</sup> In some basic courts, most cases that parties apply for the courts' confirmation of their mediation are those originally transferred to social mediations

54. The CPL, art. 100.

55. The CPL, art. 81; art. 100.

56. Art. 74 provides that the court should pay witness before due the reasonable fee of transportations, accommodations, dining, and so on, if it *ex officio* notifies the witness to testify before the court. Art. 76 specifies that the court should entrust an expert witness to make an evaluation on a specific issue concerning the fact if the parties don't apply to and it seems necessary.

57. Art.162 of the CPL. More specific rules will be set out by the Supreme Court and local courts.

58. The Zhejiang High Court issued a local rule concerning small claims procedure and announced that "28% civil cases will be trialed through small claims procedure in Zhejiang province". Available at [http://news.china.com.cn/law/2013-01/07/content\\_27606060.htm](http://news.china.com.cn/law/2013-01/07/content_27606060.htm).

59. The CPL, art. 194, 195.

60. For example, a survey of one basic court in Zhejiang province showed that only 3.9% civil cases applied small claims procedure, of which 39.4% transferred to simplified procedure or primary procedure, during the period Jan. 1 to Sep. 22, 2013. Available at <[www.qzzjfy.com/page.asp?id=6282](http://www.qzzjfy.com/page.asp?id=6282)>. In another basic court in Anhui province, 4.4% civil cases applied small claims procedure in the first half of 2013. Available at <[www.ahhyfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=6432](http://www.ahhyfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=6432)>.

organizations from the courts. Very few parties apply for judicial confirmation when they make a mediation agreement presided over by the People’s Mediators or the mediators of industry associations.<sup>61</sup>

From the perspective of civil procedure which is driven and constrained by organizational management, these reform measures are important but seem trivial and do not touch the essence of the unique procedural system. The most important issue is that this civil procedure system lacks transparency and independent accountability. On one hand, judicial independence is not guaranteed by the procedure system against pressures and interferences from the exterior and from superiors. The judges are not permitted to retain the ultimate authority of adjudication, but have to refer judgments and orders to their superiors and follow the latter’s decisions on disposing cases. On the other hand, the procedure system doesn’t grant the parties adequate opportunities of participation and having their arguments heard. This contributes to the parties’ discontent in not expressing their grievance fully as well as the courts’ making decisions covertly.

Corresponding with the four stages of the trial process discussed in the former part of this paper, many reform measures tackle each of the stages to enhance judicial independence and personal accountability of the judges. These measures aim to increase the autonomy and transparency of the Chinese civil procedure and confront the resistance judges’ have to managerial interference of their daily work.

First, at the filing and docking stage, if the filing division judges decide not to accept a claim, they must issue a written order clarifying the basis of rejection. If the plaintiffs insist that the rejection is not in accordance with the relevant provisions of the CPL and Judicial Interpretations, they are vested with the right of applying for a hearing on case accepting. With or without the defendants’ participation, the courts should preside over the hearing and respond to the plaintiffs’ allegation and arguments. Such reform contributes to decrease the function of the filing and docketing procedure as a means of gatekeeping. The filing judges and their superiors’ discretion would be narrowly restricted to enable the parties’ access to justice.

Second, at the pre-trial preparation stage, the courts should bear more responsibility for collecting evidence and inquiring into the merits of cases. Grounded in the reality that more than half of parties are not represented by lawyers and that evidence is often held by other organizations or persons who frequently refuse to provide them, the courts’ investigation and collection is essential to find the facts of a case and sometimes is the only chance to discover the truth of a case. So the CPL

---

61. For example, in Wenling County People’s Court, from 2010 to May, 2013, 94.9% cases of which mediation agreements confirmed by the court were the cases transferred from the court before accepting. During the same period, only 2% mediation agreements issued by Wenling People’s Mediation Committee and Wenling United Associations Mediation Committee were put forward to judicial confirmation. Available at <[www.tzcourt.cn/InfoPub/ArticleView.aspx?ID=5910](http://www.tzcourt.cn/InfoPub/ArticleView.aspx?ID=5910)>.

should safeguard the parties' procedural interest of application for the courts' evidence investigation. An evidentiary hearing should be afforded to the parties if there are fierce controversies on whether the party against whom the application is filed should provide the evidence. If the courts deny the parties' request for investigation, judges must issue an order explaining the grounds for denying the request.

Third, to avoid judges presiding over trials just to "go through the motions," the CPL and Judicial Interpretations should take verbal evidence, such as witness testimony and expert witness testimony, more seriously. As mentioned above, documents and exhibits are ordinarily obtained and examined by the judges before trial, but witness and expert witness are always present at trial to testify. In this regard, the actual trial is indispensable in determining the admissibility and credibility of verbal evidence in China. So it is pivotal to urge witnesses to testify before the court and guarantee the parties and their lawyers a chance of examination. This change will ultimately heighten the parties' (and the public's) trust in the judicial system.

Last but not the least, the judge or the panel who presides over a trial should have the ultimate authority adjudicating of the case. No further process is permitted without the parties' participation post-trial. The division-chief judge and the president of the court may retain the power of approving and issuing, but if they hold that the decision referred to them is erroneous, they must inform the judge or the panel and the parties, and inquire whether a new trial is deemed necessary. If a case is submitted to the Adjudication Committee, the committee members who vote on the decision must attend a new hearing and listen to the parties' oral argument directly. To summarize, no one is permitted to determine a case except those who presided over the trial to begin with. At the same time, all adjudicators should set forth accurate descriptions of the facts and evidence, as well as use logical arguments and legal reasoning when they issue a final judgment.<sup>62</sup>

These proposals focus on how to improve judicial independence and procedural transparency. No doubt that such reform measures will slow the civil litigation process down and cause more or less delays, but this should not be a large concern in China. The CPL sets a short term for adjudication and all the courts will continue to comply with it. Some revisions to the CPL will also reduce unreasonable delay and cost. For instance, a compulsory answer in a statutory period imposed on defendants would compel the defendants to respond to the claim promptly and help the courts to get understanding of the controversial issues of a case at the beginning of the process.

---

62. The Supreme Court has required that all the courts should post their judgments and orders on the official website established by it. It's more convenient for lawyers and the public to monitor the quality of judgments and orders. Supreme People's Court, Provisions on the Issuance of Judicial Documents on the Internet by the People's Courts (*Zuigao Renmin Fayuan Guanyu Renmin Fayuan Zai Hulianwang Gongbu Caipan Wenshu De Guiding*), N. 26, 2013.

## 5. CONCLUSION

Chinese civil procedure operates under a constraining, hierarchical trial assessment and management structure. The judges have strong incentive of disposing cases promptly in order to pursue rewards and career promotions. But such a judicial system does not provide litigants with enough procedural safeguards to protect them from the abuse of discretion. Litigants are vulnerable to infringement and deprivation of their rights by courts. From this perspective, it's understandable that while the Chinese judicial system performs in a highly efficient manner, it is, at the same time, suffering from a serious crisis of public confidence and trust. To resist managerial inference into the adjudicating process and to enhance the autonomy of the procedural system, some reform of the procedural system ought to be pursued. These pivotal measures, as discussed above, will guarantee litigants the opportunity for participation in the litigation process and improve the transparency of the civil procedure.



## A tomada do procedimento pela vontade: as convenções processuais e o princípio da atipicidade na execução civil

Procedure overtaken by will: procedural agreements and the  
principle of atypicality in civil enforcement

**Fernanda Costa Vogt**

Master's Degree Student at Rio de Janeiro State University

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. A superação do dogma da tipicidade na execução civil; 3. O princípio da disponibilidade da execução: alguns acordos possíveis nos processos individuais; 3.1 O *pactum de non exequendo*; 3.2 O advento da assinatura eletrônica; 3.3 Da cartularidade à virtualidade dos títulos de crédito; 4. A profusão das medidas executivas atípicas e os seus limites; 5. Os acordos processuais como facilitadores da execução de litígios complexos; 5.1 Os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) e a execução negociada; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente ensaio tem por objetivo descrever, ainda que brevemente, a atipicidade da execução civil em algumas de suas etapas, possibilitada, antes de qualquer coisa, por um modelo de flexibilização voluntária do procedimento. Observam-se, assim, alguns cenários possíveis de acordos executivos possíveis, e, ainda, a limitação e o direcionamento da flexibilização judicial pela pactuação anterior de

acordos e pela ponderação de proporcionalidade entre os bens jurídicos envolvidos. O estudo aborda uma série de contextos, desde a flexibilização do rol de títulos executivos ao gerenciamento dos meios executivos em geral em situações próprias do processo individual em que é discutida a relação creditícia entre partes, e, por último, mas não menos importante, de litígios coletivos complexos.

**Abstract:** This essay has the purpose to expose, although briefly, the atypicality in civil enforcement procedure and some of its phases, turned possible, before anything else, by the new model of voluntary flexibilization of the proceeding. There are, thus, some possible scenarios of viable agreements in civil enforcement and, even, the limits and directions imposed to judicial case management by the previous agreement itself and by the proportionality weighting between the legal interests involved. The study deals with a series of contexts, from the flexibilization of the list of enforceable titles to managerial techniques applied to enforcement procedure in special situations involving individual procedure which discusses credit relation between parties, and, also, last but not least, complex and collective suits.

**Palavras-chaves:** Execução civil – negócios jurídicos processuais – meios executivos atípicos – flexibilização do procedimento

**Key-words:** Civil enforcement – procedural agreements – atypical enforcement measures – case management

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015, a execução de título executivo judicial poderia, em termos de eficácia, ser equiparada à de título judicial extrajudicial.<sup>1</sup> Ainda que, como se sabe, a primeira se inicie com base na decisão final de processo de conhecimento e a segunda, em documento de natureza extrajudicial, o arranjo de manifestações de vontade híbridas confere ao título extrajudicial eficácia executiva.

Ambos teriam aptidão para instaurar, respectivamente, o cumprimento de sentença e o processo de execução, que, apesar das diferenças que aqui não merecem ser destrinchadas, têm por escopo comum a satisfação do crédito do exequente.

Os cenários de execução dessas duas espécies de título executivo se complexificaram. O direito, ao lidar com problemas humanos, sofre impactos constantes das

---

1. MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 95. SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pp. 204-205.

novas formas de inteligência<sup>2</sup> e de organização das estruturas públicas e privadas, o que, inevitavelmente, passa a tingir de novos matizes as relações jurídicas.

Neste estudo, pretende-se pesquisar a viabilidade da instauração do processo executivo com limites mais flexíveis, a começar pelo título executivo extrajudicial, que, em tal contexto, poderia ser criado por negócio processual, chegando à atipicidade das medidas executivas em uma série de cenários, individuais e coletivos. Essa diretriz, hoje, dá o tom à execução como um todo.

Objetiva-se, assim, pesquisar a lógica da *execução negociada*, na perspectiva de um modelo de flexibilização voluntária do procedimento, conciliado também com o modelo de flexibilização judicial, embora o primeiro deva, como regra, em razão do princípio do autorregramento da vontade,<sup>3</sup> prevalecer.

Os títulos executivos atípicos, resultantes de convenção das partes, são um bom exemplo disso. Mas também há outros acordos relevantes para a atipicidade na execução, com ênfase no próprio *pactum de non exequendo*, em acordos prevendo novas formas de assinatura para os documentos exequíveis e, de modo geral, na virtualidade dos títulos de crédito.

Na sequência, o estudo objetiva analisar os chamados processos estruturais, que, envolvendo litígios complexos e múltiplos centros de interesse, revelam que tanto o princípio do autorregramento da vontade como a diretriz mais ampla de flexibilização do procedimento merecem, também ali, especial atenção.

## 2. A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA TIPICIDADE NA EXECUÇÃO CIVIL

Na execução de título extrajudicial, sempre se compreendeu que o *quid* de consentimento do devedor seria inferido do procedimento anterior de formação do título (um processo administrativo, p.ex.), ou de expressa declaração de vontade contida no documento<sup>4</sup>.

2. FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. Revista dos Tribunais Online. v. 995. set. 2018. pp. 2-5.
3. DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 31-37.
4. Foi a discussão que acometeu os antigos contratos de empréstimo bancário, declarados ilíquidos por jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 233), forçando os bancos a ajuizarem ação monitória para reaver seus créditos (arrastando o processo por diversos anos). Em razão desse óbice e em verdadeiro diálogo institucional (um *backlash* do Legislativo ao Judiciário, na verdade), foi criada a cédula de crédito bancário (CCB), título de crédito emitido em operações bancárias, consistindo em uma promessa de pagamento do emitente em favor da instituição financeira. Depois de ter a sua exigibilidade consagrada pelo art. 28 da Lei n. 10.931/2004, não gera mais dúvidas em relação aos valores devidos e cálculos apresentados pelos bancos.

Num primeiro olhar, o rol de títulos executivos extrajudiciais que estabelece o art. 784 do CPC de 2015 pareceria exaustivo, assim como o elenco de títulos judiciais, consignado no art. 515. Atraindo interpretação restritiva, seria até possível crer, nesse momento inicial, que o princípio da taxatividade seria inafastável.

Mas a verdade é que tem sido cada vez mais difícil acreditar que aquele rol seja *numerus apertus*. Essa descrença normalmente vem justificada no fato de que o ordenamento possui um sem-número de leis esparsas que, nos termos do próprio art. 784, XII do CPC, podem emprestar eficácia executiva a documentos dos mais variados. Tal constatação, embora real, não dá conta, sozinha, do problema em sua totalidade, permanecendo vinculada a características tradicionalmente pensadas numa estrutura estática e formal para os títulos executivos, atrelada ao dogma da *tipicidade*.<sup>5</sup>

Na verdade, a quase incalculável quantidade de tipos legais é apenas um primeiro indício da virada no formalismo impregnado à execução desses documentos.<sup>6</sup> Deve-se mencionar também a ampla possibilidade de criação de títulos executivos por acordo, em franca superação do tradicional brocardo *nulla titulus sine lege*.

Com o tempo, a vontade passou a se manifestar não apenas no momento de iniciar a execução, mas, progressivamente, durante o seu itinerário, à diferença da rigidez procedimental que sempre se supôs.

Semelhante raciocínio tem sido empregado no campo das medidas executivas ainda com maior facilidade. É tranquila a visão de que a atipicidade tem, de forma definitiva, tomado o lugar da tipicidade. São claros os gatilhos normativos dos artigos 139, IV e 536, que não restringem à lei as possíveis medidas coercitivas, indutivas e sub-rogatórias a serem empregadas. O fenômeno se explica na diretriz de flexibilização do procedimento – judicial e voluntária<sup>7</sup> –, que não se resume ao processo de conhecimento, expandindo-se para o processo executivo.

Além disso, a partir do momento em que os art. 190 e 200 do CPC passaram a figurar como verdadeiras cláusulas gerais de flexibilização voluntária do procedimento, tornou-se evidente que a execução, campo em que direitos disponíveis prevalecem por excelência, poderia ter o seu procedimento também flexibilizado por vontade das partes.

Subjacente à antiga compreensão de tipicidade, sempre esteve a valorização da forma: apenas os títulos e as medidas executivas compatíveis com desenho pré-

5. Admitindo a atipicidade dos meios executivos, mas se mantendo fieis à legalidade como fundamento para o título: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 710.
6. LUCCA, Newton de. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Processo*. v. 60. abr.-jun. 2019. p. 5.
7. Sobre os modelos (legal, judicial, voluntária) de flexibilização procedimental: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 314-316.

determinado poderiam ter eficácia na execução. No caso dos títulos, qualquer hipótese que fugisse aos modelos contidos na lei comprometeria, em tese, a segurança jurídica promovida pelas formas<sup>8</sup> e, por consequência, o juízo de certeza acerca da obrigação ali veiculada.<sup>9</sup> Cândido Rangel Dinamarco já questionava esse grau de certeza, que, na verdade, seria, em suas palavras, apenas uma “boa probabilidade”.<sup>10</sup>

Mas a estabilidade do título reduz-se, nas palavras de Araken de Assis, “de modo dramático” a partir do momento em que o executado opõe embargos à execução, considerada a amplitude de exceções previstas no art. 917.<sup>11</sup> Isso significa que também o conteúdo da obrigação documentada pode ser modificado - mais uma evidência de que os contornos desse documento estão cada vez mais flexíveis e gerenciáveis.<sup>12</sup>

Não é para menos. Além dos gatilhos normativos, há ainda outros fatores pertinentes ao mundo da vida que apontam para a mudança. Basta ver, por exemplo, a interferência vertical da tecnologia nas relações humanas, uma das principais evidências da superação do ranço formalista das relações jurídicas em geral.<sup>13</sup>

### 3. O PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE DA EXECUÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO: ALGUNS ACORDOS POSSÍVEIS

O aceno para a disponibilidade da execução e para a ruptura com o princípio da tipicidade está no próprio sistema do CPC.

O art. 190, combinado com o art. 200, configura verdadeira cláusula geral de negociação processual, permitindo que as partes não só disponham sobre as situações jurídicas processuais (acordos obrigacionais), mas também promovam modificações no próprio procedimento (acordos dispositivos).<sup>14</sup>

8. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 67.
9. Mas, como explica Marcos Youji Minami, embora seguir o procedimento regulado seja, inclusive, uma forma de assegurar a imparcialidade do juiz, “esse detalhamento nem sempre é suficiente ou possível”. MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas*. *Op. cit.* p. 53.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros. 7. ed., 2000, p. 114.
11. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 248.
12. E evidência também de que há cognição na execução, como amplamente abordado por SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
13. Já, no final do século passado, reconhecendo o mundo cibernético como responsável pelo enquadramento de uma “terceira dimensão” à realidade das relações sociais: COVAS, Silvano. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 5. 1999. pp. 2-4.
14. Tanto os “acordos dispositivos” como os “acordos obrigacionais” serão vistos nesse estudo: “Na tradição doutrinária germânica, é comum a classificação que divide os acordos processuais em dois grupos: aqueles que impactam o rito processual, chamados de “acordos de disposição” ou “acordos dispositivos” (*Verfügungsverträge*), e os que possuem efeitos abdicativos, chamados “acordos obrigacionais” ou “acordos de obrigação” (*Verpflichtungsverträge*). CABRAL, Antonio do Passo.

As duas espécies de acordos serão vistas nos exemplos aqui trazidos: não apenas as situações jurídicas titularizadas pelas partes no processo executivo podem ser modificadas, mas as normas que disciplinam o procedimento da execução ou do cumprimento de sentença. Embora a segunda espécie, dos acordos dispositivos, pareça intuitivamente mais presente, veremos exemplos em que a parte deixará de adotar determinado comportamento em razão do acordo, sendo o mais claro deles o *pactum de non exequendo*.

Pois bem. Por ostentar natureza de cláusula geral,<sup>15</sup> a atipicidade das convenções processuais espalha-se por todo o ordenamento jurídico, não havendo dúvida de que incide também sobre a possibilidade de celebração de negócios jurídicos atípicos na execução, e não apenas no processo de conhecimento.<sup>16</sup>

Na verdade, a execução é, curiosamente, o ambiente mais propício para a celebração de acordos.<sup>17</sup> Se, por um lado, concebida no pensamento tradicional como o campo de maior truculência da atividade do Estado, é, por outro, o ambiente em que o poder de império manifestado nas prerrogativas da *executio* e da *coertio* exige maior aproximação do direito material das partes, abrindo, por conseguinte, um extenso leque de situações subjetivas à sua disposição.

---

*Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 79. Discordando da divisão, PENASA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 231-234.

15. “As cláusulas gerais funcionam como *instrumentos de adaptação* dos efeitos jurídicos aos fatos jurídicos concretos naquelas normas cujos valores são identificados de maneira genérica”. ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 434. Cf. também DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. n. 2. 2010. Disponível em: <www.riedpa.com>. Acessado em: 22 ago. 2018. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. pp. 131-132: “Um enunciado é *geral* quando diz algo que vale, ao mesmo tempo, para todos os objetos que pertencem a uma determinada classe, sem nenhuma exceção. (...) Assim sendo, só se poderá conotar o adjetivo <<geral>> às cláusulas gerais se, por este, se estiver compreendendo que estas permitem, em razão da extensão do seu campo previsivo-estatutivo, uma regulação geral de condutas, ao modo de ensejar o tratamento em conjunto de um determinado domínio de casos”.
16. “É realmente muito difícil conceber um argumento que justifique a proibição de criação de títulos executivos por deliberação negocial, à luz do CPC-2015. Mesmo o art. 784, XII, CPC, que considera título executivo aqueles a que a lei, por disposição expressa, atribuir força executiva, precisa ser compreendido à luz do sistema do próprio Código: o art. 190 pode ser considerado uma fonte de autorização para a criação de outros títulos executivos”. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5: Execução. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 262. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*. v. 275. jan. 2018. v. eletrônica. p. 3.
17. Situando o problema na busca por uma ponte de equilíbrio entre publicismo e privatismo, DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. *Op. cit.* p. 4.

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade constrói, nesse sentido, uma diretriz de empoderamento dos sujeitos, mesmo em situações tradicionalmente monopolizadas pelo Estado-juiz.<sup>18</sup>

### 3.1. O *pactum de non exequendo*

Na visão do exequente como “senhor” da execução,<sup>19</sup> que, à diferença do processo de conhecimento, teria “desfecho único” em favor do credor (a satisfação da obrigação),<sup>20</sup> seria, em princípio, mais fácil imaginar a disponibilidade na perspectiva favorável à celebração de negócios processuais *unilaterais*. Além da desistência de medidas executivas específicas, talvez o exemplo mais intuitivo seja o *pactum de non exequendo*, manifestação específica do *pactum de non petendo*, pelo qual o credor, na posse de título executivo, compromete-se a não o executar (acordo obrigacional). Trata-se da exclusão, por ato de vontade, da pretensão executiva,<sup>21</sup> o que se pode dizer que, para todos os efeitos, equivaleria à supressão da eficácia executiva do título.

No plano material, todavia, a dívida continua a existir, o que diferencia essa hipótese da lógica das obrigações naturais. O título ainda pode ser protestado e o devedor pode ser inscrito no cadastro de inadimplentes. Restam, portanto, outras formas para exigir o cumprimento, externas ao Judiciário.<sup>22</sup> No plano material, ainda há débito (*Schuld*) e ainda há responsabilidade (*Haftung*).

18. DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. Op. cit.

19. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. Op. cit. p. 3.

20. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. Op. cit. p. 363.

21. Observa-se a produção de efeitos tanto processuais como extraprocessuais resultantes da celebração do pacto, mas não por isso haveria a confusão entre a renúncia do crédito e a renúncia à pretensão, que se perfaz pelo *pactum de non petendo* e, mais especificamente, pelo pacto de *non exequendo*. COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material* in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 426-427.

22. “Ed invero, viene qui in rilievo l’osservazione per cui il creditore non perde la possibilità astratta di azionare la pretesa, dal momento che il convenuto avrà poi l’onere di paralizzare l’azione mediante l’exceptio pacti. (...) Del resto, può ricondursi nell’ambito degli effetti dei negozi giuridici processuali – tra i quali sembra così di doversi ricomprendere anche i patti d’onore – l’idoneità ad escludere non già la tutela nella sua accezione astratta, ma bensì la proponibilità della domanda in sede processuale. Impropionibilità che dovrà essere dichiarata in seguito all’eccezione sollevata dal convenuto. In questa logica, ben si comprende come all’autonomia privata possa essere consentito di spingersi sino a configurare in negativo la stessa tutela giurisdizionale, al fine di mantenere il rapporto sottostante esclusivamente nell’ambito sociale, soltanto mediante un negozio che possa dispiegare i propri effetti di fronte al giudice se opposto, ma non con l’esclusione automatica della coercibilità in astratto. Specificamente, lo scopo pratico idoneo a sorreggere la convenzione processuale.” Além disso, a autora conclui que, por reservar seus efeitos ao âmbito processual, não forçaria a divisão entre a combinação débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), mais um ponto que extrema o *pactum de non exequendo* das obrigações naturais. ANGIONI, Enrica. *Negoziio giuridico processuale e categoria generale di*

Se até mesmo o ajuizamento ou não da ação executiva se situa numa esfera de disponibilidade, acordos que versem determinados aspectos do processo de execução ou o seu ponto inaugural – a exigibilidade de determinado documento – podem ser convencionados de forma diversa daquela constante dos tipos legais.

Em outras palavras, existem cláusulas negociais que podem determinar a inadmissibilidade de uma situação jurídica processual, como são os exemplos de acordos que promovem a renúncia a determinada pretensão. São eles a promessa de não postular<sup>23</sup> e a promessa de não processar (*pactum de non petendo*)<sup>24</sup>, autorizando a *não admissão* de determinado ato postulatório ou da demanda.<sup>25</sup>

Adapta-se o raciocínio para pensar não só um eventual pacto de *non exequendo*, mas outras convenções que impactassem a *admissibilidade* de atos do procedimento executivo. Há, por exemplo, a possibilidade de exclusão *ex ante* da realização de atos específicos de expropriação. Ou simplesmente pactuam as partes, desde logo, que não haverá penhora no rosto dos autos, ou que determinado bem será excluído do elenco de bens penhoráveis – negócio processual executivo que está longe de ser novidade, conhecido como “pacto de impenhorabilidade” (a teor do art. 833, I do CPC, alguns bens são declarados, por ato de vontade, não sujeitos à execução).<sup>26</sup>

Assim, essa predeterminação pode vincular, a depender do objeto do acordo, o juízo de admissibilidade da demanda executiva pelo juiz e a admissibilidade de determinados mecanismos executivos. No caso da convenção que estabelece eficácia executiva para um documento atípico, é claro que o juiz ainda poderá constatar a falta de outros pressupostos processuais a inadmitir a demanda executiva, a exemplo da ausência de interesse de agir ou da incompetência. Mas o princípio do título – requisito inafastável para a instauração da execução civil – estará preenchido.

---

*contratto nella scienza giuridica europea*. Dottorato di ricerca, Università degli Studi di Cagliari, 2014/2015, pp.102-103.

23. TRIGO, Alberto Lucas de Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo* parcial. Revista de Processo. v. 280. jun. 2018. v. eletrônica. p. 3.
24. COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *Op. cit.* p. 411.
25. Pode-se citar o exemplo de uma cláusula que cause o vencimento antecipado da dívida de uma cédula de crédito bancário na hipótese de o emitente da cédula (devedor) ajuizar uma ação judicial questionando a CCB em qualquer aspecto. Na prática, os efeitos financeiros devastadores do vencimento antecipado funcionariam como um desincentivo para questionamento judicial da sua dívida pelo devedor, de forma análoga a um *pactum de non petendo*.
26. “A parte final do inciso I do art. 833 do CPC – que no particular é idêntico ao CPC/1973 – expressamente consagra a possibilidade de uma impenhorabilidade decorrente de ato de vontade. O pacto de impenhorabilidade sempre foi permitido: credor e devedor acordam no sentido de que eventual execução não poderá recair sobre determinado bem. Trata-se, aliás, de negócio jurídico processual típico. A impenhorabilidade, nesse caso, fundamenta-se na autonomia da vontade, dimensão do direito fundamental à liberdade. Não é estranha, então, a possibilidade de negócio jurídico sobre a penhorabilidade.” DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. *Op. cit.* p. 11.

### 3.2. O advento da assinatura eletrônica

Além dos dispositivos já mencionados, o art. 784, III do CPC admite que qualquer documento assinado por duas testemunhas possa servir como título executivo extrajudicial. A amplitude dessa dicção é especialmente evidente no mundo da assinatura eletrônica, principalmente a partir do momento em que a Medida Provisória n. 2.200-2 de 24 de agosto de 2001 estabeleceu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), “para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras”.<sup>27</sup>

Se, de um lado, a assinatura eletrônica abrevia distâncias, do outro reforça os critérios de segurança na certificação dos documentos, os quais, nesse contexto, podem ser ponderados consensualmente pelas partes. Paradigmática, no ponto, foi a recente decisão do STJ no REsp 1.495.920, que flexibilizou de uma vez por todas as exigências para a assinatura do título executivo.<sup>28</sup>

Com efeito, em semelhante contexto, há fundamental preocupação com a segurança jurídica em sua dimensão *estática* ou *atemporal*, consistente na capacidade de conhecimento de determinados conteúdos jurídicos e sua respectiva possibilidade de controle intersubjetivo, o que Humberto Ávila qualifica como *cognoscibilidade*, expressão que busca conciliar a clareza ou inteligibilidade do conteúdo – determinabilidade (*Bestimmbarkeit*) – e a sua acessibilidade.<sup>29</sup>

A cognoscibilidade está garantida quando as partes podem ter um juízo de certeza mais claro e acessível, assegurado pelo advento da certificação digital e, até mesmo, pela criptografia de ponta a ponta nos casos em que desejado o sigilo das informações.

Há, assim, consideráveis pistas de que o título executivo (ou sua eficácia) poderia também, ele mesmo, ser objeto de acordo. A convenção das partes pode, da mesma forma, elevar determinado documento que a princípio não atenderia aos requisitos legais em seu sentido mais restrito (a assinatura por “duas testemunhas” p.ex.) à condição de documento exequível em juízo.

### 3.3. Da cartularidade à virtualidade dos títulos de crédito

A jurisprudência dos tribunais superiores ainda se mostra excessivamente refratária à flexibilização da forma dos títulos de crédito e dos contratos, o que, como é evidente, repercute na execução desses documentos. Normalmente se exige,

27. Art. 1º da MP n. 2.200-2 de 24 de agosto de 2001.

28. STJ – Resp 1.495.920 – DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 15/05/2018.

29. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 123.

por exemplo, a juntada do original do título executivo, não sendo admitida a mera apresentação de cópias, com fundamento no risco de endosso ou de cessão prévia do crédito.<sup>30</sup>

É claro que em semelhante imposição há a preocupação com a segurança jurídica antes que o Estado autorize a invasão, por vezes severa, do patrimônio do executado. Mas há, hoje, registradoras virtuais, a exemplo da B3, uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro, ou da CERC, que oferece alternativas para a gestão de recebíveis, que podem suprir esse requisito da segurança.

Heitor Sica acredita que a relevância dada à cartularidade dos títulos de crédito induziria ao rigor formal também dos títulos executivos extrajudiciais neles fundados.<sup>31</sup> Mas é tendência inegável que a tradição de emprestar valor a documentos físicos tem perdido a razão de ser quando as relações creditícias são cada vez mais voláteis, muitas delas celebradas unicamente no mundo virtual.<sup>32</sup> Nada há de errado nisso: também a funcionalidade favorece relações jurídicas estabelecidas pela via cibernética, que, ao abreviar tempo e distância, amplia as possibilidades de interação.

Passa a ser necessário levar também em consideração a perspectiva da eficiência (art. 8º do CPC), da funcionalidade desses novos mecanismos, e não só da segurança jurídica pura, restrita ao “formulismo”,<sup>33</sup> valor desmedido e quase artificial prestado às formas.

Silvânio Covas sustenta a existência de um ambiente inteiramente novo, que não pode ser desconsiderado no contexto dos acordos na execução. É o que chama de “ciberespaço”, “um desdobramento da vida em terceira dimensão, onde é possível realizar todos os objetivos, seja no campo da fantasia, das comunicações, da arte, dos ensaios técnicos e científicos, etc.”<sup>34</sup>

A celebração de contratos eletrônicos no ciberespaço torna-se mais segura quando há claras declarações de vontade das partes aderindo à sua disciplina e modulando o seu respectivo cumprimento em juízo.

30. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 224.

31. SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. *Op. cit.* p. 188.

32. A expressão “contratos *online*” não exaure a totalidade dos fenômenos. Silvânio Covas chama atenção para o fato de que os contratos podem ser celebrados *offline* utilizando-se, porém, de métodos informatizados. COVAS, Silvânio. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 5. mai-ago. 1999. versão eletrônica. p. 2.

33. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 16. SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*. v. 97. n. 4. mar. 1977. p. 547.

34. COVAS, Silvânio. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. *Revista de Direito Bancário*. v. 5. mai-ago. 1999. v. eletrônico. p. 2.

#### 4. A PROFUSÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: ALGUNS LIMITES

Num mundo em que as relações humanas se transmutam, a inovação, no processo judicial, começa no processo eletrônico em si (arts. 193-199 do CPC) e avança para o uso de diferentes *designs* nos atos de comunicação processual (não por acaso, o art. 246, V do CPC contempla a citação por meio eletrônico, até mesmo por rede social) e, inclusive, para os atos de constrição patrimonial, com a tão famosa penhora *online* através do sistema BACENJUD, que tem apresentado bons resultados.

Constatada a maleabilidade desses mecanismos, mesmo quando a lei assim não previsse, sua utilização poderia ser avançada entre as partes.

O argumento contrário à segurança jurídica, mais uma vez, deixa a cena porque nada haveria de mais seguro que a possibilidade de os próprios sujeitos parciais mapearem suas condutas, derogando a norma de procedimento aplicável *prima facie* em prol de meios executivos que as próprias partes (credor e devedor) reputem mais adequados à sua realidade.<sup>35</sup>

Mas há ainda outros cenários relevantes. A atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV, art. 536 do CPC) permite pensar a pertinência de meios executivos mais próximos das relações jurídicas deduzidas em juízo, meios coercitivos virtuais por exemplo, suscitados pelo órgão executor com base em um juízo de eficiência. Essa é uma outra faceta da flexibilização do procedimento, pelas mãos do órgão judicial ou, mesmo, de eventual agente de execução.<sup>36</sup>

Para além dos casos polêmicos de retenção de passaporte e de CNH, há uma gama de outras possibilidades compatíveis com o perfil apresentado pelo devedor. A retirada do ar da página da web de uma grande de empresa que dela depende para suas transações regulares não poderia ser medida de coerção para constrangê-la a cumprir determinada prestação? Ou, ainda, a inviabilização de que o devedor negocie ativos numa plataforma *online*, como a XP Investimentos, sendo bloqueado o seu acesso digital até que cumpra a obrigação.

35. “Since the litigants, and not the court, can best represent their interests, allowing them to agree on the procedures that will apply during trial can reduce their costs, lower their risks, and guarantee a fair outcome.”. KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. Changing the Litigation Game: An *Ex Ante* Perspective on Contractualized Procedures. *Texas Law Review*. v. 91. pp. 1475-1476. “In the *ex ante* world, both parties are uncertain about the kind of suit they will face and what position (plaintiff or defendant) they will occupy. As a result, they take expectations over all future states of the world, and if the benefits and burdens cancel out in expectation, the parties have incentives to make a procedural choice that reduces joint litigation costs.” BONE, Robert G. Party rulemaking: making procedural rules through party choice. *Texas Law Review*. v. 90. 2012. pp. 1340-1341.

36. A figura do agente de execução é de especial relevância quando o juízo percebe que determinado ente, por vezes privado, é melhor capacitado (*expertise*) para a consecução de determinados atos materiais, delegando a esse sujeito a competência especificamente para a condução desses atos.

Essas consequências poderiam, inclusive, estar previstas em cláusula contida no contrato a ser executado em juízo. E essa específica cláusula seria, claramente, uma convenção processual *ex ante*.

As medidas coercitivas são menos invasivas que as sub-rogatórias, pois reservam o cumprimento da prestação a ato de vontade do executado, ainda que sob pressão. Mas são também mais suscetíveis à criatividade do juiz e das partes, principalmente nos casos de obrigação de fazer.<sup>37</sup>

Quais seriam, porém, os limites para essa criatividade? Acreditamos que, no ponto, a discricionariedade do juiz para a escolha de determinada medida deve encontrar balizas nas escolhas já feitas pelas partes. Afinal, se o próprio exequente, o maior interessado no sucesso da execução, priorizou ou restringiu determinados meios, não há qualquer razão superior que autorize investidas do órgão jurisdicional a suplantarem esses limites. Portanto, a flexibilização judicial seria restringida pela vontade das partes, considerando, mais uma vez, que o exequente é o maior interessado na satisfação da obrigação, mas pode nem sempre estar interessado na imposição de meios mais severos, que comprometeriam e causariam inconvenientes a outras relações suas, externas ao processo.

Nesse sentido, a convenção processual poderia limitar a amplitude de medidas executivas atípicas a serem utilizadas pelo juiz.<sup>38</sup> Mas, de outro lado, também seria possível que fosse convencionada a prioridade dos meios atípicos em relação aos meios tipicamente previstos,<sup>39</sup> ou simplesmente estabelecido que determinada medida de coerção, ou mesmo de sub-rogação, será preferida às demais.

Seja como for, é fundamental que a tutela executiva seja conformada ao *comportamento humano*.<sup>40</sup> Num contexto de (i) progressiva valorização da vontade no desenho do processo jurisdicional e (ii) influência de novas tecnologias e recursos na forma de agir e de pensar, é consequência lógica que esses fatores venham também a influenciar, e mesmo condicionar, a execução.

Nesses múltiplos cenários, que se alastram por todo o processo, a influência da tecnologia e da “contratualização” sobre o procedimento nada é além de espelho do

37. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 127.

38. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 236, § 1º, CPC. *Revista de Processo*. v. 267. mai. 2017. p. 21. Diferentemente dos autores, não acreditamos que na hipótese deva o juiz ser parte da convenção. Primeiro porque destituído de “capacidade negocial”, segundo porque não estariam as partes dispostas de qualquer prerrogativa exclusiva do órgão julgador. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* pp. 250-255.

39. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 236, § 1º, CPC. *Op. cit.* pp.23-24.

40. MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factible*: uma introdução às medidas executivas atípicas. *Op. cit.* p. 65.

que vem ocorrendo no mundo da vida. Quase todos os dias, nos mais simples afazeres cotidianos, nos vinculamos a contratos de adesão virtuais ao concordarmos com “os termos de uso” de determinado aplicativo ou programa.

Essa liquidez das relações contratuais, por óbvio, altera a sua forma de celebração e, como consequência, interfere na judicialização das questões que lhe dizem respeito e, mais tarde, na execução forçada das prestações pactuadas.<sup>41</sup> O maior exemplo dessa liquidez são as *fintechs* e *startups*, empresas que oferecem serviços – financeiros no caso das *fintechs* – facilitados principalmente pela possibilidade de celebração de relações jurídicas exclusivamente no mundo virtual. É evidente, portanto, que, em caso de inadimplemento de obrigações pactuadas entre pessoas físicas ou jurídicas e essas entidades, a execução civil se beneficiará de medidas atípicas variadas, mas que, fundamentalmente, atuem no ambiente virtual.

#### 4.1. A proporcionalidade na determinação de medidas atípicas

O art. 805 do CPC estabelece a necessidade de que a medida executiva atenda ao princípio da execução menos gravosa para o executado. Para além do princípio do resultado ou da efetividade, que encontra seu clímax na satisfação da obrigação, a efetividade da execução não autoriza que a esfera de direitos do executado possa ser atingida de forma desmedida. Trata-se de um juízo de proporcionalidade dos meios executivos.<sup>42</sup>

A medida escolhida deve estar compatível com o postulado da proporcionalidade, especialmente com o subprincípio da *necessidade*. Passando pelo teste de adequação, considerado *adequado* o meio ao fim almejado (a satisfação da obrigação), excluem-se aqueles que forem desnecessários, ou seja, que não forem os menos onerosos entre os meios possíveis, devendo ser inadmitidos. A *ratio* do art. 805 do CPC segue, exatamente, a *ratio* do exame de proporcionalidade. Ao referir-se aos diversos meios pelos quais possa o exequente promover a execução, nada faz além de afirmar que, havendo vários meios adequados, o juiz deve determinar “que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Deve, portanto, escolher entre eles o meio necessário.

O caso do WhatsApp foi emblemático na discussão acerca da proporcionalidade das medidas executivas. É verdade que, como se tem concluído nos casos de retenção de CNH e de passaporte, o caso concreto diz muito, havendo a necessidade de ponderação entre os bens jurídico envolvidos.

41. Não se trata, como explica Silvano Covas, de uma modalidade contratual específica, mas dos mesmos contratos usuais agora implementados pela informatização. COVAS, Silvano. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. *Op. cit.* p. 2.

42. Cf. MINAMI, Marcos Youji. *A vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas.* *Op. cit.* pp. 67-75; TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal.* v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 380-387.

O caso, em dezembro de 2015, teve desdobramentos massivos quando um juiz de uma das Varas Estaduais de São Paulo determinou a suspensão do funcionamento do aplicativo em toda a rede nacional. A medida pretendia fazer frente à recusa do administrador do WhatsApp em fornecer informações sobre a troca de mensagens entre indiciados em processo penal que investigava o cometimento concursal de crimes de tráfico de drogas.<sup>43</sup>

Instaurou-se intenso debate público acerca da proporcionalidade da medida. Há quem defenda que sua determinação seria incompatível com o art. 805 do CPC e com o postulado da proporcionalidade das medidas executivas. Além de tudo, a medida, em aparente abstração do caso concreto, não leva à consequência que se deseja: compelir o devedor a pagar. Essa, na verdade, é a lógica das medidas coercitivas, que, em busca do cumprimento da obrigação, atingem bens da vida alheios à prestação imediatamente almejada.

No caso do WhatsApp, há quem afirme que a obstaculização da prestação do serviço e o impacto à esfera jurídica dos milhões de usuários tornariam a medida desproporcional, porque desarrazoada a supressão da acessibilidade a todos os usuários pela necessidade de fornecimento de informações em um processo específico, que, por mais relevante, impacta um espectro menos abrangente de esferas jurídicas.<sup>44</sup>

Há quem afirme que a título de *punição* a tirada do aplicativo do ar poderia ser cogitada. O art. 12, inciso III da Lei n. 12.965/2014, o “Marco Civil da Internet”, prevê a suspensão das atividades do art. 11, ou seja, de “qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet”.

Quando aplicada como medida executiva indireta, a situação de fundo seria, a princípio, diversa da hipótese de incidência do art. 12 da Lei n. 12.965/2014. Já nessa segunda situação, seria o caso de cominar uma *sanção* pelo descumprimento do dever de dar cumprimento à determinação judicial pelo fornecimento de dados?<sup>45</sup>

Não se trata de medida absolutamente impensável. Poderia vir a ser cogitada a depender da gravidade da prestação descumprida. Por isso, o escrutínio na ponderação de bens jurídicos, a ser realizada pelo magistrado, é fundamental. Mas é evidente

---

43. Resenhando o caso e explicando a aplicabilidade dos meios coercitivos até mesmo ao processo penal, TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 380.

44. MINAMI, Marcos Youji. *A vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas*. *Op. cit.* p. 67.

45. Na defesa dos aspectos positivos da execução como sanção, embora não seja uma sanção no sentido de sanção civil, de direito material, mas sanção executiva, que teria a propriedade de impor determinados resultados práticos, MINAMI, Marcos Youji. *A vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas*. *Op. cit.* p. 75.

que qualquer um desses cenários se torna mais simples se houver um mínimo de delineamento prévio, entre as partes, das medidas plausíveis e preferíveis. A verdade é que a vastidão de medidas executivas possíveis acompanha a amplitude da tutela executiva, principalmente das obrigações de fazer.<sup>46</sup> Afinal, a execução forçada não se destina apenas à tutela patrimonial, mas também à efetivação de prestações complexas.

Entendemos, finalmente, que se o exequente aponta diversos meios igualmente adequados, o órgão julgador deve proceder ao juízo de necessidade. Se, por outro lado, o exequente e o executado pactuaram *previamente* alguns meios em detrimento de outros, embora em abstrato todos fossem satisfatórios (adequados), a vontade das partes deve, antes mesmo desse juízo, prevalecer.

## 5. OS ACORDOS PROCESSUAIS COMO FACILITADORES DA EXECUÇÃO DE LITÍGIOS COMPLEXOS

Como vimos até aqui, a mudança do desenho do procedimento é reflexo direto das mudanças nas interações sociais. Por vezes, o conflito subjacente envolve diversos centros de interesse, o que desautoriza que o procedimento comum siga a lógica dual que lhe era de costume.<sup>47</sup>

Num outro cenário, dos litígios envolvendo interesse público, é muito comum que haja entraves burocráticos em função, até mesmo, da dificuldade de mensurar a real dimensão dos impactos descritos em juízo e da dificuldade no alcance de soluções diretas junto aos agentes públicos envolvidos.<sup>48</sup> Para a tutela jurisdicional eficiente, é fundamental a reorganização dessas estruturas.

A conflituosidade interna entre os centros de interesse (polícentria)<sup>49</sup> é uma das facetas da complexidade das demandas coletivas; a outra é a complexidade da matéria de fato e de direito envolvida no litígio.<sup>50</sup> Ambas têm muito a ganhar com a entrada da tecnologia e dos acordos processuais, se bem explorada.

46. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 127.

47. "(...) it may be useful at the outset to sketch very generally those characteristics which commentators see as institutional. They typically involve the courts in scrutinizing the operation of large public institutions. The suits are generally brought by persons subject to the control of those institutions, and the plaintiffs seek as relief some relatively elaborate rearrangement of the institutions' s mode of operation." EISENBERG, Theodor; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*. v. 93. n. 3. jan. 1980. pp. 466-467.

48. FISS, Owen. Modelos de organização/models of adjudication. *Caderno Direito GV*. v. 1. n. 8. nov. 2005. pp. 4-5.

49. FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2015. p. 7.

50. CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista*

Os acordos podem ser vistos como meios a facilitar a implementação das medidas estruturantes. A própria noção da expressão *injunctio* como uma medida preventiva<sup>51</sup> é fomentada por esse advento. Quando *ex ante* ao cumprimento de sentença, ainda que no curso do processo de conhecimento da ação coletiva, os acordos permitem que as partes tracem um panorama geral a enquadrar a totalidade de obrigações cabíveis a entes públicos, agentes privados e outros atores, estabelecendo prazos para o ideal reajuste do problema constatado.<sup>52</sup> As convenções dispositivas *ex ante*, que derogam a norma legal aplicável e modificam, de plano, o procedimento executivo, podem ser anteriores à própria propositura da demanda ou concomitantes à fase de conhecimento, especulando uma execução futura.<sup>53</sup>

Vale lembrar que a execução, mesmo nos processos coletivos, seguiria uma lógica parecida: os centros de interesse são unidos na sentença e, posteriormente, mais uma vez, pulverizados nas execuções individuais, segundo metodologia ainda própria do processo “bipolar”.<sup>54</sup> Então, também incidentalmente, quando já em andamento, seria benéfico que execuções individuais fossem eventualmente reunidas, ainda que para a prática de atos específicos, e que, nesse arranjo coordenado, o cumprimento de sentença fosse flexibilizado com a abertura a medidas atípicas, à semelhança dos exemplos trazidos nos itens anteriores.

Esses certames complexos normalmente não envolvem questões sistêmicas, impactando uma gama de pessoas e situações. A vontade dos sujeitos envolvidos é, exatamente por isso, fator decisivo e proeminente, passando a determinar o modo de execução das medidas.

Em razão dos altos custos e da amplitude de algumas delas, como no exemplo de um extenso dano ambiental, a execução torna-se muito mais eficiente e desejável quando possível contar com a vontade dos executados em maior ou menor grau. Do contrário, não haveria força estatal a solucionar a questão: anos e anos podem se passar sem que haja a efetiva resolução do problema no mundo da vida.

Passou-se assim a descrever um fenômeno de “execução negociada das decisões estruturais”, compreendidas como decisões que determinam a implantação de

---

*de Processo*. v. 287. jan. 2019. v. eletrônica. p. 3. FERRARO, Macella Pereira. *Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural*. *Op. cit.* pp. 10-17.

51. FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Trad.: Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.
52. Mas, para a admissibilidade desses acordos *ex ante*, é essencial que haja *previsibilidade e determinação do objeto*. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* pp. 86-88).
53. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* pp. 83-84.
54. Seriam, afinal, processos coletivos bipolarizados: FERRARO, Macella Pereira. *Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural*. *Op. cit.* p. 13. Na origem, CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. v. 89. n. 7. mai. 1976. p. 1281.

políticas públicas.<sup>55</sup> Esse é o cenário de uma execução que se desprende quase que plenamente da rigidez procedimental, transcendendo a flexibilidade promovida pelos meios atípicos descritos ao longo deste ensaio. A “execução negociada” não seria uma execução no sentido mais estrito do termo, mas uma *soft judicial execution*, consistente na efetivação de medidas pré-acordadas.<sup>56</sup> O planejamento *antecipado* das condutas e das etapas para a implantação da política pública é a pedra de toque para a efetividade dessa execução.

A formulação do cronograma de efetivação das políticas públicas deve contar com atuação participativa dos diversos sujeitos envolvidos e, principalmente, da coletividade titular do direito discutido em juízo.<sup>57</sup> Uma vez elaborado o cronograma, está-se diante de um negócio jurídico processual plurilateral celebrado entre todos esses sujeitos parciais e posteriormente homologado em juízo. A homologação judicial, ainda que não seja pressuposto para a eficácia dos acordos,<sup>58</sup> permite mais facilmente a cognoscibilidade de outros potenciais interessados.

No ponto, as novas tecnologias também se revelam importantes para a facilitação do diálogo entre esses incontáveis atores e, ainda, na viabilização de toda a sorte de recursos midiáticos para a explanação do problema,<sup>59</sup> a fim de que se chegue a um consenso quanto à melhor forma de implementação das medidas. Pactuado o negócio jurídico estruturante, o juiz e as partes devem controlar o cumprimento das fases do cronograma fixado.<sup>60</sup> É, afinal, uma decorrência da vinculação do juiz aos acordos processuais.<sup>61</sup>

---

55. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 236, § 1º, CPC. *Op. cit.* p. 21.

56. “Porém, tomando a palavra execução em sentido amplíssimo (ou seja, no sentido de “efetivação”), pode-se afirmar que, numa implantação negociada de política pública em juízo, haveria *soft judicial execution* (escorada na persuasão, na liquidez, na incitação, na flexibilidade, no diálogo e na criatividade), e não *hard judicial execution* (escorada na força, na solidez, na coerção, na rigidez, na imposição e na subsunção). Nesse tipo bastante diferenciado de execução judicial, os princípios da boa-fé e da colaboração assumem alta densidade, já que a cooperação do executado e a lealdade recíproca entre as partes são indispensáveis à obtenção de um cronograma de implantação e, consequentemente, à realização da tutela jurisdicional. Trata-se de uma verdadeira execução complexa cooperativa, pois.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. v. 212. out. 2012. v. eletrônica, p. 10.

57. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. pp. 431-433.

58. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* pp. 161-164.

59. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Op. cit.* p. 10.

60. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Op. cit.* p. 13.

61. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* pp. 257-260.

O órgão julgador deve zelar pelo cumprimento do acordo, sendo então possível pensar a cominação de *sanção* ao descumprimento por sujeito encarregado da determinação negociada no cronograma.<sup>62</sup> Essa opção poderia vir a ser cogitada a depender da gravidade da prestação descumprida no contexto do litígio estrutural.

### 5.1. Os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) e a execução negociada

Dando um passo atrás, merecem lembrança os títulos executivos resultantes de termos de ajustamento de conduta. Ali é pactuado o cronograma para a execução de tarefas e o que incumbe a cada acordante. No âmbito do recente desastre ambiental causado ao Rio Doce e à população dos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, foram celebrados alguns Termos de Governança entre diversos órgãos públicos dos diferentes entes federativos, o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual a fim de gerir a adoção dos encargos necessários à mitigação do impacto da forma mais eficiente possível.

Diante da multiplicidade de obrigações a que foram submetidas as autoridades responsáveis, o inadimplemento de qualquer das cláusulas poderia ser contestado em juízo através do título ali constituído.

Num outro sentido, a suspensão de determinada atividade essencial ao agente descumpridor do TAC é uma medida de coerção possível. Pode-se imaginar formas de obstaculizar o desempenho das atividades básicas de uma *joint-venture* que insiste em impactar de maneira desarrazoada o meio ambiente. A medida poderia ter por objeto, por exemplo, a suspensão, por ordem judicial, do regular funcionamento das barragens que estão em sua curadoria ou, ainda, o direcionamento dos ativos da *joint-venture* a estratégias de equacionamento dos danos incessantes causados à população.

Assim, quando inadimplidas as obrigações,<sup>63</sup> o uso de um modelo de tutela executiva atípica e tecnologicamente sofisticada não é um simples luxo,<sup>64</sup> passando

62. Em sentido macroscópico, na defesa dos aspectos positivos da execução como *sanção*, embora não seja uma *sanção* no sentido de *sanção* civil, de direito material, mas *sanção* executiva, que teria a propriedade de impor determinados resultados práticos, MINAMI, Marcos Youji. *A vedação ao non factible: uma introdução às medidas executivas atípicas*. *Op. cit.* p. 75.

63. Um exemplo real foi a obrigação de que a Samarco Mineração S.A. prestasse dois litros de água por dia a cada cidadão de Colatina. Celebrado, em 2015, Termo de Compromisso Socioambiental (TCSA) entre todos os sujeitos envolvidos, a Samarco suspendeu o cumprimento de uma das principais obrigações nele estabelecidas. Após o lançamento de rejeitos, uma verdadeira onda de detritos, no Rio Doce, os elevados índices de magnésio comprometeram a potabilidade da água, afetando o suprimento das atividades mais básicas da população e dos estabelecimentos locais.

64. Quase como um efeito-cascata, observa-se a intensidade com que a tecnologia atua (i) nas relações sociais e econômicas antes mesmo de sua judicialização, (ii) no processo estrutural, concorrendo para o aprimoramento dos mecanismos consensuais, permitindo-lhe uma mais ampla análise dos fenômenos de larga extensão e de impacto em múltiplas esferas subjetivas, num cenário de dano já consumado ou iminente.

a ser desejado pelos sujeitos afetados, representantes de um sem-número de centros de interesse.

Finalmente, para além das audiências públicas que nem sempre ocorrem, iniciativa útil para agrupar os diversos centros de interesse é a criação de página da *internet* a fim de possibilitar o controle e a participação da população na implementação das medidas executivas, o que representa importante dimensão dos litígios envolvendo interesse público e de seu desprendimento de uma lógica preordenada para o cumprimento das prestações, viabilizando mais facilmente o ajuste de vontade entre os envolvidos.<sup>65</sup>

Observa-se, assim, uma relação em cadeia, que se espalha pelas diversas fases processuais, tocadas, em menor ou maior grau, pelo princípio dispositivo e pela adaptabilidade do procedimento. Daí surge a necessidade de que essas medidas sigam uma lógica de tentativa-erro-acerto, maleáveis e gerenciáveis entre si, na busca por um resultado ótimo. O *princípio do resultado* da execução incide com toda a sua intensidade, agora ressignificado.

## 6. CONCLUSÃO

Neste breve estudo, foi possível notar que a execução civil tem adquirido novas feições. A compreensão de que o procedimento executivo seria mera sucessão formal de atos materiais rígidos foi superada em benefício de uma postura pela atipicidade dos meios executivos, seguindo as diretrizes de flexibilização do procedimento claramente positivadas nos arts. 139, IV e 536 do CPC, mas garantida primazia à vontade das partes, contemplada nos arts. 190 e 200, tanto para a execução de obrigações de fazer como para a de obrigações de pagar.

Essa inovação estrutural fica bastante clara no momento inicial da execução, em ruptura com o formalismo que costumava involucrar os títulos extrajudiciais, passando também e principalmente pelas medidas executivas, sobretudo as medidas coercitivas e indutivas, que preservam um *quid* de vontade muito mais expressivo em seu cumprimento.

Observou-se, assim, um cenário cada vez mais flexível na execução de títulos executivos extrajudiciais e judiciais em geral e, ainda, no espaço amostral dos litígios estruturais, com ênfase na execução de obrigações pactuadas no âmbito desses processos coletivos multifocais quando almejada a resolução de determinado problema que atinja, de maneira difusa, diversos centros de interesse. Nesses contextos, nem tão diferentes entre si, foi possível notar que a inevitável disrupção entre vontade humana e processo é um caminho sem volta.

---

65. ARENHART, Sérgio Cruz. Procedimentos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018, 2016.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ANGIONI, Enrica. *Negoziio giuridico processuale e categoria generale di contratto nella scienza giuridica europea*. Dottorato di ricerca, Università degli Studi di Cagliari, 2014/2015.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Procedimentos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acessado em: 09 mar. 2018, 2016.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- BONE, Robert G. Party rulemaking: making procedural rules through party choice. *Texas Law Review*. v. 90, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*. v. 287. jan. 2019. v. eletrônica.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. v. 89. n. 7. mai. 1976.
- COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios processuais*. 2. ed. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. v. 212. out. 2012. v. eletrônica.
- COVAS, Silvânio. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 5. mai.-ago. 1999. versão eletrônica.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*. v. 275. jan. 2018. v. eletrônica.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5: Execução. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 236, § 1º, CPC. *Revista de Processo*. v. 267. mai. 2017.
- DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. n. 2. 2010. Disponível em: <[www.riedpa.com](http://www.riedpa.com)>. Acessado em: 22 ago. 2018.

- DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- EISENBERG, Theodor; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*. v. 93. n. 3. jan. 1980. pp. 466-467.
- FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*. v. 995. set. 2018. v. eletrônica.
- FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015.
- FISS, Owen. Modelos de organização/*models of adjudication*. *Caderno Direito GV*. v. 1. n. 8. nov. 2005.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Trad.: Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.
- KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. Changing the Litigation Game: An *Ex Ante* Perspective on Contractualized Procedures. *Texas Law Review*. v. 91.
- LUCCA, Newton de. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Processo*. v. 60. abr.-jun. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factible*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: JusPodivm, 2019.
- PENASA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*. v. 97. n. 4. mar. 1977.
- SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TRIGO, Alberto Lucas de Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo parcial*. *Revista de Processo*. v. 280. jun. 2018. v. eletrônica.

