



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review



Editors

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

Editorial Board

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

Executive Editors

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

Reviewers (this issue)

Youji Minami - URCA-CE
Carlos Frederico – mestre FDV-ES
Rodrigo Ramina de Lucca - doutor USP
Antonio Pereira Gaio Junior – UFRRJ
Edilson Vitorelli - Universidade Mackenzie
Paula Pessoa - doutora UFPR
Eduardo Scarparo - UFRGS
Robson Godinho - pós-doutor UFBA
Ronaldo Kochem – mestre UFRGS
Fernanda Vogt – mestre UERJ
Fabiano Carvalho – doutor Puc-SP
Ronaldo Cramer – Puc-Rio
Juliana Melazzi – mestrandia UERJ



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2021

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



www.editorajuspodivm.com.br

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

Tel: (71) 3045.9051

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

Copyright: Edições JusPODIVM

Todos os direitos desta edição reservados a Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das 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

Antonio Gidi

Professor of Law at the University of Syracuse, USA.
www.gidi.com.br

Carolina Uzeda

PhD candidate at the Federal University of Paraná (UFPR).
Masters of Laws at the Catholic University of São Paulo (PUC/SP).

Fernanda Medina Pantoja

Professor at the Pontificia Universidade Católica
do Rio de Janeiro, Brazil.

Giorgia Chiaramonte

Ph.D. at the University of Trent, Italy.

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares

PhD. in Law (Federal University of Bahia, Brazil).
Federal Prosecutor in Brazil.

José María Salgado

Professor of Procedural Law at the University of Buenos Aires, Argentina.
Vice-President of the Argentine Association of Procedural Law.

Marcela Kohlbach de Faria

PhD and Masters in Procedural Law at the Rio de Janeiro
State University (UERJ), Brazil.

Marcus Seixas Souza

PhD. at the Federal University of Bahia, Brazil.
Adjunct Professor at Faculdade Baiana de Direito, Brazil.

Sofia Temer

PhD and Masters in Procedural Law at the Rio de Janeiro
State University (UERJ), Brazil.

Valentina Popova

Professor of Civil Procedure at the Sofia University 'St. Kliment Ohridski'
and in at the South-west University 'Neofit Rilski' in Blagevgrad, Bulgaria.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1

Aufrechnungseinrede im bulgarischen gerichtlichen Erkenntnisverfahren 11

Objection for Set-off in Claim Court Proceedings in Bulgaria

Valentina Popova

I. Spezifik der Aufrechnung im bulgarischen materiellen Recht.....	12
II. Spezifik des Umfangs der objektiven Grenzen der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung im bulgarischen Prozessrecht	13
III. Die Aufrechnungseinrede ist ein Verteidigungsmittel des Beklagten gegenüber der Klage und ein Mittel zur Verteidigung seiner Gegenforderung und seines Aufrechnungsrechtes	14
IV. Gegenstand der Aufrechnungseinrede	14
V. Individualisierung der Aufrechnungseinrede	15
VI. Bis wann kann die Aufrechnungseinrede erhoben werden.....	15
VII. Aufrechnungseinrede und Widerklage.....	17
VIII. Umfang der Rechtskraft der über die Aufrechnungseinrede erlassenen Gerichtsentscheidung, wenn die Gegenforderung des Beklagten höher ist als die Forderung des Klägers.....	17
IX. Aufrechnungseinrede und Art. 103, Abs. 1 GW über die Liquidität der Forderung der aufrechnenden Partei.....	20
X. Die eventuelle Aufrechnungseinrede	23

• 2

O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil 25

The Proposed Class Action Statute by the Brazilian National Council of Justice (CNJ). Advances, Imprecisions, Setbacks, and the Dismantling of Class Actions in Brazil

Antonio Gidi

1. Introdução.....	27
2. Tímidos avanços.....	30
3. Muitas inutilidades.....	37
4. Muitas imprecisões.....	40
5. Graves retrocessos.....	46
6. Retrocessos que inviabilizarão as ações coletivas.....	66
6.1 A não-interrupção da prescrição com a propositura da ação coletiva.....	66
6.2 As despesas e a sucumbência para as associações.....	69
6.3 A sucumbência para o Ministério Público e a Defensoria Pública.....	71
6.4 O efeito de alterar as normas de sucumbência nas ações coletivas.....	72
7. Conclusão.....	72
8. Bibliografia.....	74

• 3

Os assentos da relação do Rio de Janeiro, 1752-1753 77

The assentos of the high court of Rio de Janeiro, 1752-1753

Marcus Seixas Souza

Referências.....	87
Anexo A – Livro de Registro de Assentos da Relação do Rio de Janeiro.....	88
Anexo B – Transcrição do Livro de Registro de Assentos da Relação do Rio de Janeiro	97

• 4

Vieses implícitos e técnicas de automação decisória: riscos e benefícios 105

Implicit bias and automated decision-making: risks and benefits

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares

1. Introdução: a “descoberta” dos processos heurísticos.....	106
2. Heurísticas e vieses cognitivos na atividade jurisdicional.....	109
2.1 A imparcialidade “consciente”.....	109
2.2 A identificação de vieses raciais na atividade jurisdicional: conhecendo o <i>Implicit Association Test</i> (IAT) e outros experimentos.....	111
2.3 A classificação dos vieses cognitivos e sua identificação na atividade jurisdicional.....	114
2.3.1 A sistematização inaugural proposta por Tversky e Kahneman.....	114
2.3.2 Vieses derivados da heurística de representatividade.....	114
2.3.3 Vieses derivados da heurística de disponibilidade.....	116
2.3.4 Vieses derivados da heurística de ancoragem e ajustamento.....	117
2.3.5 Vieses cognitivos particularmente presentes da atividade processual: confirmação, retrospectiva, falácia da conjunção, impossibilidade de esquecimento de provas ilícitas e vieses de decisões sequenciais.....	119

2.4 Como confrontar os vieses cognitivos no setor público?	122
3. O uso da inteligência artificial pode contribuir para reforçar os vieses cognitivos? ..	122
4. O uso da inteligência artificial pode contribuir para evitar os vieses cognitivos?	126
5. Conclusão	128
Referências	129

• 5

La revocazione nel processo civile italiano: criticità del sistema italiano e prospettive di riforma alla luce del nuovo CPC brasiliano 133

Relief from judgment in the Italian civil procedure: criticism of the Italian system and possibility of reform in light of the new Brazilian Code of Civil Procedure

Giorgia Chiaramonte

1. Premessa. La revocazione civile come bilanciamento tra giustizia e certezza giuridica	134
2. Le potenzialità della comparazione tra la revocazione italiana e brasiliana	136
3. Impostazione dell'indagine	138
4. Revocazione delle decisioni giudiziali: <i>overview</i> sul sistema brasiliano	139
4.1. Lacune della disciplina italiana in tema di decreto ingiuntivo non opposto	140
4.2. Lacune della disciplina italiana in tema di decisioni della Corte di Cassazione	141
5. L'esigenza di adattare la <i>res iudicata</i> al panorama giuridico e istituzionale: <i>overview</i> sul sistema brasiliano	144
5.1. Il giudicato delle decisioni della Corte di Cassazione	146
5.2. Il giudicato e il diritto dell'Unione Europea	147
6. Conclusioni: il rapporto tra revocazione e giudicato	150
7. Bibliografia	152

• 6

Pretensión declarativa en el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial .. 155

Declaratory claims in the Bill for a new Code of Civil and Commercial Procedure

José María Salgado

• 7

Entes organizados despersonalizados e capacidade de ser parte: grupos e associações de fato em juízo (Art. 75, IX, do CPC) 165

Organisations without legal personality and capacity of being parts of legal procedures: groups and irregular associations (Art. 75, IX, CPC)

Carolina Uzeda; Fernanda Medina Pantoja; Marcela Kohlbach de Faria; Sofia Temer

1.	Sujeitos de direito, capacidade jurídica e personalidade	166
1.1.	Capacidades específicas: capacidade de ser parte e capacidade processual ...	168
1.2.	Capacidade de ser parte e entes despersonalizados: o art. 75, IX, do CPC	172
2.	Grupos e associações de fato em juízo	176
2.1.	Dos grupos às associações irregulares: a quais entes doutrina e jurisprudência já reconhecem capacidade jurídica e capacidade de ser parte?	177
2.1.1.	Povos e comunidades tradicionais	178
2.1.2.	Movimentos sociais	180
2.1.3.	Organizações profissionais	181
2.1.4.	Comissões de formatura, centros acadêmicos e associações (irregulares) de pais e mestres	183
2.1.5.	Grupos com finalidade esportiva e recreativa	185
2.1.6.	Organizações religiosas	189
3.	Elementos para a identificação de entes despersonalizados organizados e associações irregulares	190
4.	O grupo e suas situações jurídicas	193
5.	A representação dos grupos e associações de fato em juízo	198
6.	Conclusões	201
7.	Referências	201

• Anexo

Anteprojeto de lei. Atribuição da prática de atos executivos para agentes de execução no cumprimento de sentença ou no processo execução. Proposta de alterações ao Código de Processo Civil e à Lei de Execuções Fiscais	207
(Draft bill. Proposal of statutory modifications in the Brazilian Code of Civil Procedure and the Execution of Public Credits Act)	

Juliana Melazzi Andrade; Antonio do Passo Cabral; André Parizio; Larissa Carrasqueira Duarte; Eduarda Boisson

Exposição de motivos	208
Alterações ao Código de Processo Civil	212
Alterações à Lei de Execuções Fiscais	232



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

Aufrechnungseinrede im bulgarischen gerichtlichen Erkenntnisverfahren

Objection for Set-off in Claim Court Proceedings in Bulgaria

Valentina Popova

Professor of Civil Procedure at the Sofia University 'St. Kliment Ohridski' and in at the South-west University 'Neofit Rilski' in Blagevgrad, Bulgaria.

Schlüsselwörter: Aufrechnungseinrede; Aufrechnungswillenserklärung; Beklagte; eventuelle Aufrechnungseinrede; Gegenforderung; gerichtliches Erkenntnisverfahren; Widerklage; Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung

Zusammenfassung: Dieser Artikel befasst sich mit der Aufrechnungseinrede im bulgarischen gerichtlichen Erkenntnisverfahren. Als Ausgangsschwerpunkt werden die Spezifik der Aufrechnung im bulgarischen materiellen Recht und die Spezifik des Umfangs der objektiven Grenzen der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung im bulgarischen Prozessrecht erläutert. Analysiert werden der Gegenstand der Aufrechnungseinrede und die Notwendigkeit einer ausreichenden Individualisierung der Aufrechnungseinrede. Untersucht wird die Spezifik der Aufrechnungseinrede als ein Verteidigungsmittel des Beklagten gegenüber der Klage und ein Mittel zur Verteidigung seiner Gegenforderung und seines Aufrechnungsrechtes, die der Verteidigung gegen die Klage untergeordnet ist. Es wurde ein Vergleich gezogen zwischen der Aufrechnungseinrede und der Widerklage. Im Zusammenhang mit den im Art. 133 ZPO festgelegten Frühpräklusionen wurden die Probleme erläutert hinsichtlich des

Zeitpunktes bis wann die Aufrechnungseinrede im gerichtlichem Erkenntnisverfahren erhoben werden kann. Analysiert wurde der Umfang der objektiven Grenzen der Rechtskraft der über die Aufrechnungseinrede erlassenen Gerichtsentscheidung, darunter auch wenn die Gegenforderung des Beklagten höher ist als die Forderung des Klägers. Untersucht wurden die Probleme der Aufrechnungseinrede und der im Art. 103 Abs. 1 GVV festgelegten Vorschrift über die Liquidität der Forderung des Klägers und die Aufrechnungswillenserklärung.

Keywords: set-off defence, set-off notice, respondent, conditional set-off, counterclaim, mutual claims, court claim process, res judicata of a court judgement

Summary: The article deals with the set-off defense in the court claim process. As a preliminary the specifics of set off in Bulgarian substantive law are reviewed as well as the objective limits of res judicata in Bulgarian procedural law. The subject matter of set-off is analysed and the need to individualise it as a defense. Further the specifics of set-off as a respondent' defense against a claim is analysed, as well as a means to defend its cross claimant, and its right to effect set-off, subjected to its defense against a claim. A comparison is made between the set off and counter claim. In relation to the early preclusions as per art. 133 of the Civil Procedure Code a review is made of the problems about the moment until which set-off defense is available in the court claim process. The scope of the objective limits of res judicata of a judgment under a set-off case is analyzed including in the case where the respondent's claim exceeds that of the claimant. The problems around set-off defense are set out as well as the requirement for liquidity of the claim of the party effecting set-off as established in art. 101, par. 1 of the Contracts and Obligations Act. Lastly, the conditional set-off defense is analyzed.

I. SPEZIFIK DER AUFRECHNUNG IM BULGARISCHEN MATERIELLEN RECHT

Die theoretische und praktische Bedeutung der Aufrechnung und der Aufrechnungseinrede ist durch die Erweiterung der wirtschaftlichen und zivilrechtlichen Tätigkeit in Bulgarien gestiegen. Materiellrechtliche Besonderheit der Aufrechnung im bulgarischen Recht ist der Einfluss auf die Spezifik der Aufrechnungseinrede als Verteidigungsmittel im gerichtlichen Erkenntnisverfahren.

Nach bulgarischem Recht wird die Aufrechnung im Unterschied zum System der ipso jure Kompensation durch eine einseitige Willenserklärung an den gegnerischen Gläubiger-Schuldner geltend gemacht. Das hat zur Folge die Tilgung der beiden gleichartigen Gegenforderungen unabhängig vom Willen des anderen Gläubiger-Schuldners. Das Aufrechnungsrecht ist ein Potestativrecht, das durch eine einseitige Willenserklärung gegenüber dem anderen Gläubiger-Schuldner ausgeübt wird (Art. 104, Abs. 1, Satz 1 des Gesetzes über die Verpflichtungen und Verträge) (GVV). Die

Aufrechnung ist ein Erfüllungssurrogat, mit dem die gegenseitigen Forderungen befriedigt und gelöscht werden. Aus diesem Grund soll die Forderung des Gläubigers, der die Aufrechnungswillenserklärung macht, fällig sein (Art. 103, Abs. 1 GVV). Art. 103, Abs. 1 GVV schreibt nicht vor, dass seine Schuld fällig sein soll. Es reicht, dass diese erfüllbar ist. Wegen des Tilgungseffekts der Aufrechnung wurde im Art. 104, Abs. 1, Satz 2 GVV vorgesehen, dass diese nicht unter einer Frist oder unter einer Bedingung zu erfolgen hat, außer unter der Bedingung, dass die vor Gericht geltend gemachte Forderung anerkannt wird. Wie wir weiter unten sehen werden, steht diese materielle Regelung in Verbindung mit der im gerichtlichen Erkenntnisverfahren erhobenen Aufrechnungseinrede.

Ähnlich dem System der ipso jure Kompensation gibt es im Art. 103, Abs. 1 GVV die Bedingung, dass die Forderung des Gläubigers, der die Aufrechnungswillenserklärung macht, liquid sein muss. In der Theorie und Praxis haben sich im Laufe von Jahrzehnten verschiedene Auslegungen des Begriffs „liquid“ durchgesetzt – von unbestrittener Forderung bis hin zur Forderung, die mit einer in Kraft getretenen Gerichtsentscheidung festgestellt wurde. Das ist vom alten bulgarischen Recht beeinflusst, in das das System der ipso jure Kompensation bei Fälligkeit und Liquidität der beiden Gegenforderungen aufgenommen worden war und wo bei fehlender Liquidität angenommen wurde, dass Aufrechnung nur gerichtlich vorgenommen werden kann, wobei der Beklagte Widerklage erheben muss, damit die beiden gegenseitigen Forderungen mit einer Gerichtsentscheidung festgestellt werden können. In der Fachliteratur und der Rechtsprechung wird oft angenommen, dass beide Forderungen liquid sein sollen. Wie wir weiter unten sehen werden, führte das zu Problemen in der Rechtsprechung.

Auf Grund Art. 103, Abs. 2 GVV hat die Aufrechnung eine Rückwirkung zum Zeitpunkt, zu dem sie hätte vollzogen werden können. Fest steht, dass die Aufrechnung zulässig ist, auch nachdem die Forderung verjährt ist, wenn sie vor Ablauf der Verjährung hätte vollzogen werden können.

II. SPEZIFIK DES UMFANGS DER OBJEKTIVEN GRENZEN DER RECHTSKRAFT DER GERICHTLICHEN ENTSCHEIDUNG IM BULGARISCHEN PROZESSRECHT

Spezifisch für das bulgarische Erkenntnisverfahren ist, dass laut Art. 298, Abs. 1 ZPO die in Kraft getretene Entscheidung eine Rechtskraft hat nur hinsichtlich des mit einer Klage geltend gemachten Rechts, nicht aber hinsichtlich der durch den Beklagten erhobenen Einwendungen und Einreden. Im Art. 298, Abs. 4 ZPO hat der Gesetzgeber eine Ausnahme von dieser Regel gemacht. Er hat festgelegt, dass die Entscheidung Rechtskraft hat, auch hinsichtlich der dadurch zugelassenen Einrede für Einbehaltungsrecht und Aufrechnungseinrede. In diesem Fall interessiert uns die Vorschrift hinsichtlich der Aufrechnungseinrede.

III. DIE AUFRECHNUNGSEINREDE IST EIN VERTEIDIGUNGSMITTEL DES BEKLAGTEN GEGENÜBER DER KLAGE UND EIN MITTEL ZUR VERTEIDIGUNG SEINER GEGENFORDERUNG UND SEINES AUFRECHNUNGSRECHTES

Die Aufrechnungseinrede ist ein Verteidigungsmittel des Beklagten gegenüber der Klage und ein Mittel zur Verteidigung seiner Gegenforderung und seines Aufrechnungsrechtes. Die Verteidigung der genannten Gegenrechte ist aber der Verteidigung des Beklagten gegenüber der Klage untergeordnet und kann diese nicht übersteigen; damit kann der Beklagte keine Verurteilung des Klägers verlangen wegen der Höhe der Forderung, die den Aufrechnungsbetrag übersteigt.

IV. GEGENSTAND DER AUFRECHNUNGSEINREDE

Gegenstand der Aufrechnungseinrede ist die Gegenforderung des Beklagten, sein Aufrechnungsrecht sowie seine Aufrechnungserklärung unabhängig davon, ob es sich um eine Einrede über eine im oder außerhalb des Prozesses gemachte Aufrechnungserklärung handelt. Gegenstand der Aufrechnungseinrede mit Gegenforderung des Beklagten, die höher als die Forderung des Klägers ist, ist nur dieser Teil der Forderung, der für die Aufrechnung relevant ist. Spezifisch bei dieser Verteidigung ist, dass, weil durch die Aufrechnung notwendigerweise die beiden gleichartigen Gegenforderungen getilgt werden, der Beklagte Rechtsinteresse hat zu behaupten, dass durch die Aufrechnung sowohl die Forderung des Klägers als auch seine (des Beklagten) Gegenforderung getilgt worden sei.

Die Gegenforderung des Beklagten und sein Aufrechnungsrecht, die Gegenstand der Aufrechnungseinrede sind, werden Gegenstand des Erkenntnisverfahrens. Ist die Gegenforderung des Beklagten höher als diese des Klägers, so ist die Differenz zwischen der Gegenforderung des Beklagten und der Forderung des Klägers kein Prozessgegenstand. Auf Grund des in Art. 298, Abs. 4 ZPO geregelten Umfangs der objektiven Grenzen der Rechtskraft der über die Aufrechnungseinrede erlassenen Gerichtsentscheidung lässt der Gesetzgeber zu, dass durch die Geltendmachung der Aufrechnungseinrede die Gegenforderung des Beklagten und seines Aufrechnungsrechtes Gegenstand des Verfahrens werden, deren Verteidigung aber der Verteidigung des Beklagten gegen die Klage unterliegt.

Aus diesem Grund besteht hinsichtlich dieser Gegenrechte des Beklagten eine Anhängigkeit des Verfahrens, die ihrerseits von dieser Anhängigkeit des Klageverfahrens abhängig ist. Wegen der geschilderten Abhängigkeit der Verteidigung der Gegenforderung des Beklagten, wenn mit der Aufrechnungseinrede behauptet wird, die Gegenforderung des Beklagten sei höher als die des Klägers, Gegenstand der Aufrechnungseinrede und des Verfahrens wird nur dieser Teil der Forderung, die auch Gegenstand der Aufrechnung ist. Der diese Höhe übersteigende Betrag wird nicht Gegenstand der Aufrechnungseinrede und des Verfahrens. Genauso verhält es sich auch mit der Teilklage. Im Unterschied zu der Aufrechnungseinrede wird bei

der Teilklage eine selbständige Verteidigung des Rechts bis zur geltend gemachten Höhe gesucht. Bei der Teilklage ist das Ziel festzustellen, dass die geltend gemachte Höhe der Forderung zum Zeitpunkt der Beendigung des Beweisaufnahmeverfahrens und der Beendigung des Gerichtsverfahrens besteht, wie auch die Verurteilung des Beklagten. Bei der Aufrechnungseinrede besteht ein Rechtsinteresse des Beklagten sowohl die Feststellung seiner Gegenforderung zu den für die Aufrechnung relevanten Zeitpunkten zu verlangen, als auch des späteren Nichtvorhandenseins dieser Gegenforderung auf Grund der Tilgung durch die Aufrechnung bzw. des Nichtvorhandenseins bei Beendigung des Gerichtsverfahrens. Die Spezifik dieses Rechtsinteresses ist durch die materiellrechtliche Spezifik der Aufrechnung als Mittel zur Tilgung der beiden gleichartigen Gegenforderungen bedingt, sowie durch die materiellrechtliche Unmöglichkeit, die eine ohne die andere Forderung zu tilgen. Diese Spezifik bestimmt auch den Umfang der objektiven Grenzen der Rechtskraft der über die Aufrechnungseinrede erlassenen Gerichtsentscheidung (Art. 298, Abs. 4, vgl. P. VIII dieser Studie). Aus eben genannten Gründen hat die Entscheidung über die Aufrechnungseinrede durch Gegenforderung des Beklagten, die höher ist als die des Klägers, keine exekutorische Wirkung.

V. INDIVIDUALISIERUNG DER AUFRECHNUNGSEINREDE

Die in der Aufrechnungseinrede enthaltene Behauptung und die durch diese Einrede gesuchte Verteidigung müssen über den notwendigen Grad der Individualisierung verfügen, die durch die für die Aufrechnung relevanten Elemente wie auch durch die Art der mit der Aufrechnungseinrede bezweckten Verteidigung bestimmt wird. Auf Grund Art. 101, Abs. 1 und Art. 145, Abs. 2 ZPO und im Zusammenhang mit Art. 100 ZPO ist das Gericht bei unklarer Formulierung der Aufrechnungseinrede verpflichtet, den Beklagten darauf hinzuweisen, seine Behauptungen zu konkretisieren, die Widersprüche darin zu entfernen, eine genügende Individualisierung seiner Aufrechnungseinrede zu geben, deutlichere Formulierungen zu stellen.

VI. BIS WANN KANN DIE AUFRECHNUNGSEINREDE ERHOBEN WERDEN.

In der neuen ZPO musste im Zusammenhang mit den im Art. 133 ZPO festgelegten Frühpräklusionen auf praktischer Ebene dringend die Frage beantwortet werden, bis wann die Aufrechnungseinrede erhoben werden kann. Laut Art. 131, Abs. 1 ZPO muss der Beklagte innerhalb eines Monats ab Erhalt der Klageschrift eine schriftliche Antwort einreichen; darin soll er seine Einrede und Einwendungen gegen die Klage einlegen und die Tatsachen benennen, auf denen diese beruhen (Art. 131, Abs. 2, Punkt 5 ZPO). Art. 133 ZPO sieht vor, dass, wenn der Beklagte diese einmonatige Frist versäumt und keine schriftliche Antwort einreicht, bzw. sich nicht dazu äußert, und keine Einrede und Einwendungen einlegt, so kann er das später nicht mehr tun. Zusammen mit der Abschrift der Klageschrift stellt das Gericht dem Beklagten auch

Hinweise zu auf die Frist und den Inhalt der Antwort auf die Klageschrift, sowie auf die Präklusionen. An dieser Stelle muss ich vermerken, dass das bulgarische Zivilverfahren keine Pflichtverteidigung durch einen Rechtsanwalt vorsieht.

Art. 147 ZPO legt fest, dass bis zur Beendigung des Beweisaufnahmeverfahrens in erster Instanz die Parteien: erstens, neue Umstände hervorbringen und neue Beweise vorlegen können, nur wenn sie diese nicht rechtzeitig hätten erfahren, hervorbringen und vorlegen können; und zweitens, neuentstandene, prozessrelevante Umstände hervorbringen und entsprechende Beweise nennen und vorlegen können.

Nach einer langjährigen widersprüchlichen Rechtsprechung hinsichtlich des Zeitpunktes, zu dem die Aufrechnungseinrede erhoben werden kann, wurde im Punkt 4 der Begründung der Auslegungsentscheidung Nr. 1 vom 09.12.2013 im Auslegungsverfahren Nr. 1/2013 der Hauptversammlung des Zivil- und Handelssenats des Obersten Kassationsgerichts (OKG) angenommen, dass die Vorschriften des Art. 371 ZPO, die im Kapitel 32 enthalten sind, wo das „Besondere Erkenntnisverfahren in Handelsstreiten“ geregelt ist, unabhängig von deren Einordnung auch im allgemeinen Erkenntnisverfahren Anwendung finden sollen, im Einzelnen auch hinsichtlich der Aufrechnungseinrede. Art. 371 ZPO sieht vor, dass im besonderen Erkenntnisverfahren in Handelsstreiten die Aufrechnungseinrede bis zur Beendigung des Beweisaufnahmeverfahrens in erster Instanz erhoben werden kann, soweit sie mit neuen Beweisen nicht untermauert werden muss oder bis zur Beendigung des Beweisaufnahmeverfahrens in Berufungsinstanz, wenn das Vorhandensein oder die Unbestrittenheit der Gegenforderung des Beklagten durch eine rechtskräftige Entscheidung oder eine Vollstreckungsanordnung festgestellt wurden. Im P. 4 der Begründung dieser Auslegungsentscheidung wurde auch angenommen, dass, wenn die Gegenforderung, mit der aufgerechnet wird, bestritten (nicht liquid) ist, so kann die Aufrechnungseinrede mit dieser Gegenforderung (auf Grund Art. 131, Abs. 2, Punkt 5 und Art. 133 ZPO) spätestens mit der Antwort auf die Klageschrift geltend gemacht werden und eine spätere Geltendmachung – auch vor dem Berufungsgericht – unzulässig ist.

Die Anwendung von einem im besonderen Erkenntnisverfahren enthaltenen Text analog auf das allgemeine Erkenntnisverfahren stellt meines Erachtens eine Abweichung von den Regeln der analogen Anwendung dar. Es wurde außerdem nicht der Regelung von Art. 147, Abs. 2 ZPO im Zusammenhang mit Art. 133 ZPO Rechnung getragen, und zwar im Falle, wenn die Gegenforderung des Beklagten nach Ablauf der Frist für die Antwort auf die Klageschrift entstanden ist bzw. nach Ablauf dieser Frist fällig geworden ist.

VII. AUFRECHNUNGSEINREDE UND WIDERKLAGE

Zu vermerken ist, dass der Gesetzgeber im Art. 211, Abs. 1 ZPO festgelegt hat, dass innerhalb der Frist für die Antwort auf die Klageschrift der Beklagte eine Widerklage einlegen kann, soweit dieser in dieselbe Gerichtszuständigkeit fällt und die Widerklage mit der Erstklage in Verbindung steht oder wenn damit aufgerechnet werden kann. Die Widerklage wird nach den allgemeinen Regeln wie die Klage eingelegt. Die gemeinsamen Elemente im Gegenstand, die mit der Aufrechnungseinrede und der Widerklage auf Aufrechnung nach Art. 211 ZPO gesucht werden, verwandeln die Aufrechnungseinrede keineswegs in eine Widerklage, in eine unentwickelte Widerklage oder in eine Erscheinung an der Grenze zwischen der Klage und der Einrede, da die mit der Aufrechnungseinrede bezweckte Verteidigung der Gegenforderung des Beklagten und seines Aufrechnungsrechtes der Verteidigung gegenüber der Klage untergeordnet ist. Im Gegenteil, durch die Widerklage kann der Beklagte eine Verurteilung des Klägers wegen seiner die Aufrechnungshöhe übersteigenden Forderung verlangen. Er kann unter den Voraussetzungen einer eventuellen Klagenverbindung – indem er die Forderung des Klägers bestreitet (z.B. indem er behauptet, der Vertrag sei nichtig) – verlangen, wenn das Gericht die gegen ihn erhobene Klage als begründet erachtet, dass das Gericht diese Klage wegen Aufrechnung abweist und wegen des Überbetrags den Kläger verurteilt, und wenn das Gericht die Klage als unbegründet erachtet, den Kläger wegen der ganzen Höhe der Forderung verurteilt.

Wenn die in der Aufrechnungseinrede enthaltene Forderung höher ist als die Forderung des Klägers, sowie wenn das Gericht diese Klage abweist, so wird dem Beklagten nichts zuerkannt. Wie Prof. Stalev¹ vermerkt hatte, ist das beste Ergebnis, das der Beklagte durch seine Aufrechnungseinrede erzielen könnte, die Abweisung der Klage wegen Tilgung der Forderung in dieser Klage durch Aufrechnung mit der Gegenforderung des Beklagten. Die gerichtliche Entscheidung über die Aufrechnungseinrede mit Gegenforderung des Beklagten, die höher als diese des Klägers ist, hat keine exekutorische Wirkung. Der Teil der Gegenforderung des Beklagten, der die Forderung des Klägers übersteigt, wird von der rechtskräftigen Entscheidung nicht erfasst und dadurch ist das Vorhandensein der Gegenforderung zum Zeitpunkt der Beendigung des Beweisaufnahmeverfahrens nicht festzustellen.

VIII. UMFANG DER RECHTSKRAFT DER ÜBER DIE AUFRECHNUNGSEINREDE ERLASSENEN GERICHTSENTSCHEIDUNG, WENN DIE GEGENFORDERUNG DES BEKLAGTEN HÖHER IST ALS DIE FORDERUNG DES KLÄGERS

Gemäß Art. 298, Abs. 1 ZPO hat die Entscheidung eine Rechtskraft zwischen den Prozessparteien hinsichtlich des Rechts, das Gegenstand der erhobenen Klage ist, der

1. s. Сталев, Ж. Българско гражданско процесуално право, 7 изд., София. 2001 г. (Stalev, G., Bulgarisches Zivilprozessrecht, VII. Aufl., Sofia, 2001), S. 426,427.

Streit über welche mit Rechtskraft entschieden wurde. Diese Vorschrift ist identisch mit Art. 221, Abs. 1 der alten ZPO. Über die Aufrechnungseinrede hat der Gesetzgeber im Art. 298, Abs. 4 ZPO eine Ausnahme vorgesehen und festgelegt, dass die Entscheidung eine Rechtskraft hat auch hinsichtlich der dadurch zugelassenen Aufrechnungseinrede. Diese Vorschrift ist identisch mit Art. 221, Abs. 2 der alten ZPO.

Berücksichtigt man den Gegenstand der Aufrechnungseinrede, so sind auf Grund Art. 298, Abs. 4 ZPO die Gegenforderung und das Aufrechnungsrecht des Beklagten, die Gegenstand der Aufrechnungseinrede sind, Gegenstand der Rechtskraft der über die Aufrechnungseinrede angeordneten Entscheidung.

Die Entscheidung, mit der der Aufrechnungseinrede stattgegeben wird, stellt rechtskräftig das Vorhandensein der Gegenforderung und des Aufrechnungsrechtes des Beklagten zu den für die Aufrechnung relevanten Zeitpunkten (der Entstehung des Aufrechnungsrechtsverhältnisses und der Aufrechnungserklärung) fest. Wegen der Tilgungswirkung der Aufrechnung, wie auch wegen der Rückwirkung der Aufrechnung, wird mit der rechtskräftigen Entscheidung festgestellt, dass zum Zeitpunkt der Beendigung des Gerichtsverfahrens die Gegenforderung des Beklagten nicht vorhanden gewesen ist, unabhängig davon, ob die Aufrechnungserklärung außerhalb vom oder im Prozess gemacht worden ist, auch wenn dies unter der im Art. 104, Abs. 1, Satz II GVV vorgesehenen Bedingung erfolgt. Übersteigt die Gegenforderung des Beklagten diese des Klägers, so erstreckt sich die Rechtskraft nur bis zu der für die Aufrechnung relevanten Höhe. Der Restteil der Forderung des Beklagten ist kein Gegenstand der Aufrechnungseinrede, ist und kann kein Gegenstand der Rechtskraft sein der über die Aufrechnungseinrede erlassenen Entscheidung. Mit der Rechtskraft bei der Aufrechnungseinrede verhält es sich genauso wie bei der Teilklage.

Weist man die Aufrechnungseinrede wegen Nichtvorhandenseins der Gegenforderung des Beklagten ab, so werden ihr Nichtvorhandensein und das Fehlen des Aufrechnungsrechtes zu den für die Aufrechnung relevanten Zeitpunkten rechtskräftig festgestellt. Übersteigt die Gegenforderung des Beklagten diese des Klägers, so wird aber das Nichtvorhandensein der ganzen Gegenforderung rechtskräftig festgestellt, da es materiellrechtlich nicht möglich ist, dass die ganze Forderung vorhanden ist, wenn ein Teil dieser Forderung nicht vorhanden ist. Mit der Rechtskraft bei der Aufrechnungseinrede verhält es sich genauso wie bei der Teilklage.

Prof. Stalev² hatte angenommen, dass bei der Aufrechnungseinrede mit der Rechtskraft als anerkannt oder abgewiesen die ganze Gegenforderung des Beklagten gilt, deren Aufrechnung geltend gemacht wurde und nicht nur dieser Teil davon, der der Forderung entspricht, die mit der Klage geltend gemacht wurde. Aus diesem Grund hatte er angenommen, dass hinsichtlich der Differenz ein neues Verfahren unzulässig ist³. Die

2. s. Stalev, G., *Op.cit.*, S. 354.

3. Diese These wurde in einigen Gerichtsentscheidungen anerkannt (Entsch. Nr. 368–58–I 155, Entsch. Nr. 707 im Zivilsache Nr. 1787/2009, III. Zivilsenat des OKG.

These von Prof. Stalev sollte in den Fällen gelten, wenn die Aufrechnungseinrede wegen Nichtvorhandenseins der Gegenforderung des Beklagten zu den aufrechnungsrelevanten Zeitpunkten abgewiesen wurde, d.h. das Vorhandensein dieser Forderung wurde abgelehnt. Das ist so, weil es aus materiellrechtlicher Sicht unmöglich ist, dass das Kleinere nicht existiert und das Größere existiert. Mit der Rechtskraft bei der Aufrechnungseinrede verhält es sich genauso wie bei der Teilklage. Die These von Prof. Stalev kann aber nicht geteilt werden im Falle, wenn der Aufrechnungseinrede stattgegeben wurde. Gegenstand der Aufrechnungseinrede und der Entscheidung ist die Gegenforderung des Beklagten nur bis zur aufrechnungsrelevanten Höhe, d.h. nur der Teil der Forderung, welcher mit der Aufrechnungseinrede geltend gemacht wurde. Wie Prof. Stalev selbst sagt, ist die Aufrechnungseinrede ein Verteidigungsmittel gegen die Klage und sie (die Aufrechnungseinrede) kann nicht über diese Verteidigung hinausgehen⁴. Für die Aufrechnung ist der übersteigende Betrag irrelevant, deswegen kann dieser mit der Aufrechnungseinrede nicht geltend gemacht werden, er ist nicht Gegenstand der Aufrechnungseinrede, weswegen für sie keine Rechtskraft entsteht⁵. Aus diesem Grund kann der mit der Aufrechnungseinrede geltend gemachte Teil der Forderung mit dem übersteigenden Betrag mit einer weiteren Klage geltend gemacht werden und hinsichtlich dieser Höhe besteht keine Rechtskraft⁶. Die These, dass über den Überbetrag der Gegenforderung des Beklagten, der kein Gegenstand der Aufrechnungseinrede und der sie anerkennenden Entscheidung ist, unzulässig ist, eine Klage oder Aufrechnungseinrede zu erheben, ist einer Justizversagung gleichzustellen.

Es muss außerdem betont werden, dass mit der Entscheidung, mit der der Aufrechnungseinrede stattgegeben und somit die Klage abgewiesen wird, mit Rechtskraft sowohl das Vorhandensein der vom Beklagten behaupteten Forderung zum Zeitpunkt der Entstehung der Möglichkeit zur Vornahme der Aufrechnung und zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung festgestellt wird als auch deren späteres Nichtvorhandensein, weil diese wegen der vollzogenen Aufrechnung getilgt wurde und zwar bis zur Höhe der vorgenommenen Aufrechnung⁷.

Prof. Stalev⁸ hatte angenommen, dass, wenn die Aufrechnungseinrede wegen nicht vorhandener Fälligkeit oder wegen Aufrechnungsunfähigkeit abgewiesen worden

4. s. Stalev, G., Op.cit., S. 426.

5. Diese These von mir wird auch in Entscheidungen des OKG geteilt (s.a. Beschluß Nr. 665 vom 30.07.2015 in Handelssache Nr. 2749/2014, I. Handelssenat des OKG).

6. Diese These von mir wird auch in Entscheidungen des OKG geteilt (s.a. Beschluß Nr. 665 vom 30.07.2015 in Handelssache Nr. 2749/2014, I. Handelssenat des OKG).

7. s. Попова, В. Избрани съчинения в три тома., Т. I „Прихващане. Материалноправни и процесуални проблеми“, София, 2010 г. (Popova, V. Ausgewählte Schriften in drei Bänden. Bd. I „Aufrechnung. Materiellrechtliche und prozessrechtliche Probleme. Sofia, 2010), S. 535–560. Diese These wird auch in Entscheidungen des geteilt (s.a. Entsch. Nr. 103 vom 01.08.2017 in Zivilsache Nr. 61323/2016, IV. Zivilsenat des OKG; Beschluß Nr. 665 vom 30.07.2015 in Handelssache Nr. 2749/2014, Handelskammer, I. Handelssenat des OKG).

8. s. Stalev, G., Op.cit., S. 354.

war, so entsteht hinsichtlich dieser Forderung keine Rechtskraft. Ich bin der Auffassung, dass, wenn die Aufrechnungseinrede abgewiesen wird, weil die Gegenforderung nicht fällig oder nicht aufrechnungsfähig ist, so wird das Fehlen des Aufrechnungsrechtes rechtskräftig festgestellt. Was die Gegenforderung des Beklagten anbelangt, so wird durch die Rechtskraft festgestellt, dass diese zu den für die Aufrechnung relevanten Zeitpunkten vorhanden, jedoch nicht fällig bzw. nicht aufrechnungsfähig war⁹.

IX. AUFRECHNUNGSEINREDE UND ART. 103, ABS. 1 GVV ÜBER DIE LIQUIDITÄT DER FORDERUNG DER AUFRECHNENDEN PARTEI

Prof. Stalev¹⁰ hatte angenommen, dass der wichtigste Unterschied zwischen der Aufrechnungserklärung und der Aufrechnungseinrede darin besteht, dass die Aufrechnungserklärung eine Liquidität der beiden Gegenforderungen voraussetzt, und die Aufrechnungseinrede zulässig und begründet ist, selbst wenn diese Forderungen oder eine davon nicht liquid ist bzw. sind. Eben deshalb hatte er angenommen, dass diese Möglichkeit zeigt, dass das bulgarische Recht neben der Aufrechnung nach Art. 103 und Art. 104 GVV auch die sogenannte gerichtliche Aufrechnung mit nicht liquiden Forderungen kennt.

Prof. Stalev¹¹ hatte angenommen, dass, wenn das Gesetz die Rechtskraft auch über die Aufrechnungseinrede erstreckt, zeigt es, dass die durch die Aufrechnungseinrede geltend gemachte Forderung liquid wird, auch wenn sie vorher nicht liquid (bestritten) war, weil sie für die Zukunft die Eigenschaft „der Rechtskraft“ erhält, und sobald sie diese Liquiditätseigenschaft erhalten hat, wird sie so aufrechnungsfähig, wie die mit einer Widerklage geltend gemachte Forderung. Seiner Auffassung nach läßt auch Art. 104, Abs. 1 GVV eine Aufrechnungseinrede mit nicht liquider Forderung zu und zwar durch die Zulassung der eventuellen Aufrechnungseinrede, weil die eventuelle Aufrechnungseinrede voraussetzt, dass der Beklagte die Forderung des Klägers bestreitet, was die Forderung nicht liquid macht. Laut Prof. Stalev¹² reicht es, wenn eine der Forderungen bestritten ist, d.h. nicht liquid, um die Möglichkeit für außergerichtliche Aufrechnung durch Erklärung nach den Modalitäten und mit den Folgen von Art. 104 GVV auszuschließen, wodurch auch nur die gerichtliche Aufrechnung möglich wäre. Prof. Stalev¹³ hatte angenommen, dass die Besonderheit der gerichtlichen Aufrechnung darin besteht, dass diese dann eintritt, sobald die Entscheidung rechtskräftig wird, durch die das Vorhandensein der Gegenforderungen und deren Fälligkeit festgestellt

9. Über die Spezifik der Rechtskraft bei Aufrechnungseinrede s. Popova, V. Ausgewählte Schriften in drei Bänden. Bd. I Aufrechnung. Materiellrechtliche und prozessrechtliche Probleme. S., 2010, S. 535–560.

10. s. Stalev, G., Op.cit., S. 428.

11. s. Stalev, G., Op.cit., S. 428.

12. s. Stalev, G., Op.cit., S. 428.

13. s. Stalev, G., Op.cit., S. 428.

wurde, sodass diesen auch künftig die Eigenschaft der Liquidität zuerkannt wird; die gerichtliche Aufrechnung tilgt die Gegenforderungen in Zukunft, und nicht ab dem Tag der Aufrechnungseinrede, weil zu diesem Zeitpunkt die Gegenforderungen, bzw. eine davon nicht liquid sind, bzw. ist. In diesem Zusammenhang gibt es auch entsprechende Rechtsprechung¹⁴, und auch Auslegungsentscheidung Nr. 1/2013 des OKG, P. 4 der Auslegungsentscheidung Nr. 1 vom 09.12.2013 in Zivilsache Nr. 1/ 2013, Hauptversammlung des Zivil- und Handelssenats des OKG hinsichtlich der Frage zur Zulässigkeit der Aufrechnungseinrede in der Berufungsinstanz¹⁵.

Meines Erachtens beeinflusst ein bestehender Rechtsstreit über die Gegenforderung des Beklagten oder die Forderung des Klägers weder die Art und Weise der Aufrechnung noch den Zeitpunkt des Eintretens ihrer Tilgungswirkung.¹⁶ Die Rechtskraft der Gerichtsentscheidung ist keine Bedingung zur Entstehung der im Art. 103, Abs. 1 (eins) GVV vorgesehenen Voraussetzungen für die Vornahme der Aufrechnung. Die Gerichtsentscheidung stellt die Forderung zu den aufrechnungsrelevanten Zeitpunkten fest, sie ist aber keine Voraussetzung zum Eintritt der Tilgungswirkung der Aufrechnung, mit der Gerichtsentscheidung kann auch die Aufrechnung nicht vollzogen werden. Das Gegenteil anzunehmen würde heißen, der Rechtskraft eine konstitutive Wirkung zuzusprechen, was dem Konzept ihres Charakters als Feststellungs- und nicht als Rechtsänderungskraft widerspricht, sowie auch der Gerichtsentscheidung über die

-
14. Beschluß Nr. 91 vom 15.02.2010 in Handelssache Nr. 720/2009 I. (erster) Handelssenat des OKG; Entsch. Nr. 113 vom 09.07.2013 in Zivilsache Nr. 1274/2013, II. Zivilsenat des OKG.
 15. In der Auslegungsentscheidung Nr. 1 vom 09.12.2013 in Auslegungssache Nr. 1/2013 hat die Hauptversammlung des Zivil- und Handelssenats des OKG /Obersten Kassationsgerichts/ angenommen, dass die Aufrechnungseinrede mit liquider Forderung in ihrem Wesen Berufung auf die Rechtsänderung ist, welche auch die Erlassungseinrede und die Zahlungseinrede nach Einreichen der Berufungsschrift darstellen. Durch diese Einrede wird der Streitgegenstand nicht geändert, da die damit geltend gemachte Forderung bereits mit einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung oder einer Vollstreckungsanordnung festgestellt wurde und dementsprechend braucht es keine Beweismittelerfassung, um die Einrede zu untermauern. Ein formales Argument zur Unterstützung dieser These ist auch die Vorschrift des Art. 371 ZPO, die unabhängig von ihrer Einordnung im Kapitel 32 „Gerichtsverfahren in Handelsstreiten“ Anwendung auch im allgemeinen Erkenntnisverfahren finden sollte. Wenn aber die Gegenforderung, mit der aufgerechnet wird, bestritten (nicht liquid) ist, d.h. ihr Gegenstand ist ein bestrittenes Recht, worüber sich das Gericht mit Rechtskraft ausspricht (Art. 298, Abs. 4 ZPO), bei dem sich die Aufrechnungswirkung erst nach Inkrafttreten der Gerichtsentscheidung zeigen wird, so kann dies grundsätzlich (Art. 131, Abs. 2, Ziff. 5 und Art. 133 ZPO) spätestens mit der Antwort auf die Klageschrift erfolgen und eine Geltendmachung zu einem späteren Zeitpunkt, einschließlich vor dem Berufungsgericht, ist unzulässig.
 16. Diese Auffassung habe ich in drei Büchern begründet, die sich damit befassen: *Попова, В. Прихващане. Материалноправни проблеми*. II изд. София, 2002 г. (Popova, V. Aufrechnung. Materiellrechtliche Probleme. 2. Aufl., Sofia, 2002), S. 44–84; 94–98; *Попова, В. Възражението за прихващане в съдебния исков процес*. София, 2002г. (Popova, V. Aufrechnungseinrede im gerichtlichen Erkenntnisverfahren, Sofia, 2002), S. 11–29; 199–212, с. 11–29; 199–212; *Попова, В. Избрани съчинения в три тома. Т. I Прихващане. Материалноправни и процесуални проблеми*. София, 2010г. (Popova, V. Ausgewählte Schriften in drei Bänden. Bd. I „Aufrechnung. Materiellrechtliche und prozessrechtliche Probleme. Sofia., 2010), S. 68–104; S. 572–606.

Aufrechnungseinrede eine konstitutive Wirkung zuzusprechen, welche ihr das Gesetz nicht zuerkannt hat¹⁷. Der Beklagte verteidigt sich mit Aufrechnungseinrede im Prozess gegen die Forderung des Klägers. Wenn im Zusammenhang mit der Forderung des Klägers ein Prozess anhängig ist, heißt das, dass diese Forderung bestritten ist. Die Einordnung der Vorschriften zeigt unmißverständlich, dass die im Art. 104, Abs. 2 GVV festgestellte Rückwirkung sowohl für die bedingungslose Aufrechnung gilt als auch dann, wenn die Willenserklärung unter der Bedingung des Art. 104, Abs. 1 GVV gemacht worden ist und auch bei Aufrechnung mit verjährter Forderung (Art. 103, Abs. 2 GVV. Außerdem, wenn man annehmen würde, dass mit dem Bestreiten der Gegenforderung des Beklagten der Kläger die Notwendigkeit des künftigen Eintretens der Aufrechnung hervorrufen würde, würde das heißen, die Sicherheit im Zivilverfahren vom zufälligen Prozessverhalten der einen von den beiden Parteien im Aufrechnungsverhältnis abhängig zu machen. Das würde auch heißen, das Anwendungsgebiet von Art. 103, Abs. 2 GVV über Aufrechnung mit verjährter Forderung zu unterminieren, das aber im Gesetz ausdrücklich anerkannt und mit der Rückwirkung der Aufrechnung verbunden ist, weswegen die Aufrechnungseinrede, die im Prozess mit verjährter Forderung erhoben wurde, zulässig ist und ihr stattgegeben werden sollte¹⁸. Die Rückwirkung der Aufrechnung ist im Art. 104, Abs. 2 GVV verankert und für dessen Anwendung ist das Prozessverhalten der Parteien im Aufrechnungsverhältnis irrelevant, egal, ob sie die eine oder die beiden Forderungen bestreiten oder nicht¹⁹. Die Entscheidung, mit der der Aufrechnungseinrede stattgegeben wird, hat keine konstitutive Wirkung, sowohl wenn die beiden Forderungen unbestritten sind, als auch, wenn die Aufrechnungswillenserklärung unter der im Art. 104, Abs. 1, Satz I GVV vorgesehenen Bedingung erfolgt und auch, wenn der Kläger die Gegenforderung des Beklagten bestreitet²⁰. Die Tilgung der Gegenforderungen ist eine Folge der Aufrechnungswillenserklärung und hat immer eine Rückwirkung²¹. Die Rechtskraft der Entscheidung hinsichtlich der Aufrechnungseinrede

-
17. In diesem Zusammenhang kann ich auf entsprechende Rechtsprechung des Obersten Kassationsgerichts aus dem Jahre 2016 hinweisen. (s. Entsch. Nr. 103 vom 01.08.2017 in Zivilsache Nr. 61323/2016, IV. Zivilsenat des OKG).
 18. In diesem Zusammenhang kann ich auf entsprechende Rechtsprechung des OKG hinweisen, auch nach der Auslegungsentscheidung 1/2013 (darunter auch Entsch. Nr. 1276–58–I. Zivilsenat des OKG; Entsch. Nr. 933–59–I. Zivilsenat; Entsch. Nr. 766–59–I. Zivilsenat, in Zivilsache Nr. 609/59 I. Zivilsenat (nicht veröff.); Entsch. Nr. 1777–60–I. Zivilsenat, Zivilsache Nr. 2576/60 (nicht veröff.); Entsch. Nr. 46/01.10.1985–Hauptversammlung des Zivilsenats (nicht veröff.); Entsch. Nr. 1176–69–I. Zivilsenat; Entsch. Nr. 2906–56–I. Zivilsenat; Entsch. Nr. 103 vom 01.08.2017 in Zivilsache Nr. 61323/2016, IV. Zivilsenat des OKG).
 19. In diesem Zusammenhang kann ich auf entsprechende Rechtsprechung des OKG hinweisen, auch nach der Auslegungsentscheidung 1/ 2013 (Entsch. Nr. 103 vom 01.08.2017 in Zivilsache Nr. 61323/2016, IV. Zivilsenat des OKG).
 20. In diesem Zusammenhang kann ich auf entsprechende Rechtsprechung des OKG hinweisen (Entsch. Nr. 103 vom 01.08.2017 in Zivilsache Nr.61323/2016, IV. Zivilsenat des OKG).
 21. In diesem Zusammenhang kann ich auf entsprechende Rechtsprechung des OKG / hinweisen, auch nach der Auslegungsentscheidung 1/ 2013 (Entsch. Nr. 214 vom 29.05.1990 in Zivilsache Nr. 183/90,

gestaltet sich auf Grund Art. 298, Abs. 4 ZPO und hat den gleichen Umfang sowohl, wenn die Aufrechnungswillenserklärung außerhalb des Prozesses als auch, wenn diese im Rahmen des Prozesses gleichzeitig mit der Aufrechnungseinrede gemacht worden ist²². Im Letzteren hängt es vom Willen des Klägers ab, ob er die Forderung des Beklagten bestreitet oder nicht bestreitet. Es spricht übrigens nichts dagegen, wenn diese Forderung nicht mit Rechtskraft festgestellt wurde, dass der Kläger sie auch in den Fällen bestreitet, wenn die Aufrechnungswillenserklärung außerhalb und vor dem Prozess gemacht worden war. Es spricht auch nichts dagegen, wenn er das tut, nachdem die Gegenforderung des Beklagten mit einer rechtskräftigen Entscheidung auf Grund neu entstandener Tatsachen festgestellt wurde (Art. 439, Abs. 2 ZPO), und bei einem Versäumnisurteil und einer rechtskräftigen Vollstreckungsanordnung auf Grund neu festgestellter Tatsachen (Art. 240, Abs. 2; Art. 424 ZPO), sowie auch auf Grund neu entstandener Tatsachen (Art. 439, Abs. 2 in Anlehnung Art. 124, Abs. 1 ZPO). Aus diesem Grund ist die gerichtliche Aufrechnung eher die Aufrechnung, bei der die Willenserklärung im Rahmen des Prozesses erfolgt gleichzeitig mit der Aufrechnungserklärung. Die genannten Merkmale bestätigen die Eigenschaft der Aufrechnungserklärung als eine deutliche Verbindung zwischen dem materiellen Recht und dem Prozess sowie die feststellende und nicht rechtsändernde Wirkung der Rechtskraft, darunter auch in der Annahme des Art. 298, Abs. 4 ZPO hinsichtlich der Aufrechnungseinrede.

Die über die Aufrechnungseinrede ergangene Entscheidung hat keine konstitutive Wirkung, sowohl wenn die Gegenforderung des Beklagten unbestritten, als auch wenn sie bestritten ist und auch wenn die Aufrechnungserklärung unter der im Art. 104, Abs. 1, Satz II GVV vorgesehenen Bedingung erfolgt. In den letzten zwei Fällen ist die Aufrechnung eine Folge der Aufrechnungserklärung und ist rückwirkend. Die Analyse der Schlussfolgerungen bezüglich der konstitutiven Wirkung unterstützt den Vorschlag, die im Art. 103, Abs. 1 GVV vorgesehene Liquiditätsanforderung de lege ferenda aufzuheben. Sie ist ein Überbleibsel des alten bulgarischen Rechts, wo das System der ipso jure Kompensation verankert war und davon ausgegangen wurde, dass, wenn die Forderungen bestritten sind, der Beklagte keine Aufrechnungseinrede erheben kann, sondern eine Widerklage einlegen muss.

X. DIE EVENTUELLE AUFRECHNUNGSEINREDE

Eine deutliche Verbindung zwischen dem materiellen Recht und dem Prozess stellt die eventuelle Aufrechnungseinrede dar.

I. Zivilsenat des Obersten Gerichts; Entsch. Nr. 799–1994 in Zivilsache Nr. 681/94 –I. Zivilsenat des Obersten Gerichts; Entsch. Nr. 799 vom 24.09.1994 in Zivilsache Nr. 681/1994, I. Zivilsenat des Obersten Gerichts; Entsch. Nr. 529 vom 05.04.1995 in Zivilsache Nr. 521/1994, IV. Zivilsenat des OG; Entsch. Nr. 103 vom 01.08.2017 in Zivilsache Nr. 61323/2016, IV. Zivilsenat des OKG).

22. In diesem Zusammenhang kann ich auf entsprechende Rechtsprechung des OKG hinweisen (Entsch. Nr. 103 vom 01.08.2017 in Zivilsache Nr. 61323/2016, IV. Zivilsenat des OKG).

Die eventuelle Geltendmachung der Einrede über eine außerhalb des Prozesses erfolgte Aufrechnung ist grundsätzlich unzulässig. Dies ist eine Folge des unwiderruflichen Charakters der eingetretenen Tilgung.

Art. 104, Abs. 1, Satz II GVV lässt die Möglichkeit zu, die Aufrechnungserklärung unter der Bedingung zu machen, dass die vor Gericht geltend gemachte Forderung existiert. In diesem Fall muss der Beklagte die Aufrechnungseinrede unter dieser Bedingung erheben. Dazu greift der Beklagte, wenn er die Forderung aus Gründen bestreitet, die sich mit der Aufrechnung nicht decken. (Zum Beispiel: er bestreitet den die Klägerforderung berechtigenden Tatbestand oder seine rechtlichen Folgen, einschließlich auch wegen der Nichtigkeit des Vertrags; erhebt eine Vertragsauflösungseinrede; erhebt die Einrede der Verjährung; behauptet, dass die Forderung beglichen oder erlassen wurde usw.). Der Beklagte will seine Forderung nicht verlieren, um damit die nicht vorhandene oder verjährte Forderung des Klägers zu tilgen. Deswegen ersucht er das Gericht, die Klage auf Grund der Aufrechnung abzuweisen, nur wenn das Gericht die Streitbarkeit und die anderen Einwendungen und Einreden des Beklagten abweist.

Erfolgt die Aufrechnungserklärung im Prozess unter der Bedingung des Art. 104, Abs. 1, Satz II GVV, so ist auch die Aufrechnungseinrede unter derselben Bedingung, die eine Modalität der Aufrechnungserklärung ist, als eventuell geltend zu machen²³. Der Beklagte ist aber nicht verpflichtet, seine Aufrechnungserklärung im Prozess stets als bedingt geltend zu machen. Erfolgt die Aufrechnungserklärung bedingungslos, so kann die Aufrechnungseinrede nicht eventuell sein. Im materiellen Gesetz liegt keine Vermutung vor, dass die Aufrechnungserklärung immer bedingt ist, wenn sie im Prozess geltend gemacht worden ist.

Für die eventuelle Aufrechnungseinrede gelten alle Besonderheiten der eventuellen Prozesshandlungen. Weist das Gericht die Klage wegen der Streitbarkeit oder der anderen Einwendungen und Einreden des Beklagten ab, so spricht es sich nicht über die eventuelle Aufrechnungseinrede aus. Wenn das Gericht, ohne die Streitbarkeit oder die anderen Einwendungen und Einreden des Beklagten zu prüfen, sich direkt mit der eventuellen Aufrechnungseinrede befasst und die Klage aus diesem Grund abweist, so kann der Beklagte gegen die Entscheidung in Berufung gehen. Die Entscheidung verletzt die Reihenfolge der Verteidigung, zu der der Beklagte gegriffen hat und damit die Rechte des Beklagten, die er durch diese Reihenfolge verteidigen wollte.

23. In diesem Zusammenhang habe ich entsprechende Rechtsprechung zitiert: Entsch. Nr. 1017–54–I. Zivilsenat (nicht veröff.); Entsch. Nr. 677–54–IV. Zivilsenat (nicht veröff.); Entsch. Nr. 1276–58–I. Zivilsenat (nicht veröff.); Entsch. Nr. 475–60–II. Zivilsenat; Entsch. Nr. 2906–59–I. Zivilsenat; Entsch. Nr. 17–71–I. Zivilsenat (nicht veröff.); Entsch. Nr. 766–59–I. Zivilsenat (nicht veröff.); Entsch. Nr. 5–64 –Hauptversammlung des Zivilsenats (nicht veröff.); Entsch. Nr. 1176–69–I. Zivilsenat; Entsch. Nr. 1229–70–I. Zivilsenat (nicht veröff.); Entsch. Nr. 649–85–I. Zivilsenat; Entsch. Nr. 3289–78–I. Zivilsenat; Entsch. Nr. 347–95–V. Zivilsenat; Entsch. Nr. 25.03.2008–2008 in Berufungszivilsache Nr. 944/2007 – Kreisgericht Veliko Tarnovo (rechtskräftig), Beschluß Nr. 215–2008 in Handelssache Nr. 398/2008 – I. Handelssenat des OKG).



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil¹

The Proposed Class Action Statute by the
Brazilian National Council of Justice (CNJ).
Advances, Imprecisions, Setbacks,
and the Dismantling of Class Actions in Brazil

Antonio Gidi

Professor of Law at the University of Syracuse, USA.
www.gidi.com.br

*O mundo está ficando cada vez mais
parecido com as minhas ideias.*

Roberto Campos

1. Ao redigir este artigo discuti com colegas que me ajudaram a refletir melhor sobre o tema: Fredie Didier Jr., Zaiden Geraige Neto, Felipe Borring Rocha, Marcelo Holanda, João Paulo Lordelo, Mariella Pittari, Edilson Vitorelli e Geisa de Assis Rodrigues. Agradeço especialmente a cuidadosa revisão realizada por Jordão Violin e Jorge Bheron Rocha, que fizeram o texto mais legível, e as sugestões de Gregório Assagra, que o fizeram mais doce. Os erros que permaneceram, de estilo, de tom e de substância, são só meus.

Resumo: O artigo analisa a proposta de Lei de Ação Civil Pública patrocinada pelo CNJ. A proposta possui poucos avanços, a maioria meros ajustes na redação da lei, sem aprimoramentos práticos significativos. Ela também contém normas inúteis e atécnicas, como a desnecessária repetição de artigos já constantes no CPC. Ademais, a proposta incorre em graves retrocessos que irão burocratizar e dificultar a tutela coletiva. Entre os inúmeros retrocessos, as normas mais nocivas são a não-interrupção da prescrição das pretensões individuais na pendência da ação coletiva e as normas de despesas e sucumbência, que prejudicam as associações, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Essas duas normas, sozinhas, inviabilizarão a tutela coletiva e funcionarão como uma armadilha para prejudicar os membros do grupo. A proposta merece ser rejeitada sob pena de representar um retrocesso inaceitável ao sistema processual coletivo brasileiro, além da perda de uma oportunidade histórica de construir uma solução útil para a nossa sociedade.

Palavras-chave: Ações coletivas, direitos difusos, direitos coletivos, direitos individuais homogêneos, CNJ, Código de Processo Civil Coletivo

Abstract: This article discusses the proposed Class Action Statute sponsored by the National Council of Justice (CNJ). The proposal contains few advances, most of which are mere adjustment to the legal provisions, without significant practical improvement. The proposal contains also useless and imprecise rules, such as the unnecessary repetition of articles of the Code of Civil Procedure. In addition, it incurs in grave setbacks that will make group protection more difficult to obtain. Among the setbacks, the most dangerous rules are the non-interruption of the statute of limitations during the pendency of a class action and the rules on expenses and attorney fee-shifting. These two rules alone will dismantle the class action in Brazil and will trap unsuspecting class members. This proposal represents the loss of a historical opportunity to build a legal device useful for our society. It must be rejected, or the class action practice in Brazil will suffer an unacceptable setback.

Keywords: Class actions, Class Action Code, CNJ, diffuse, collective

Sumário: 1. Introdução; 2. Tímidos avanços; 3. Muitas inutilidades; 4. Muitas imprecisões; 5. Graves retrocessos; 6. Retrocessos que inviabilizarão as ações coletivas; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O CNJ apresentou ao presidente da Câmara dos Deputados uma proposta de Lei de Ação Civil Pública, que virou o Projeto de Lei 4778/20 (Projeto CNJ).² O Projeto CNJ apareceu de surpresa, no meio de uma pandemia, sem ter sido submetido ao debate acadêmico ou popular. O objetivo, segundo o site publicitário do CNJ, seria “aperfeiçoa[r] o marco legal e institucional que regula as ações coletivas (...), aprimorar a atuação do Poder Judiciário (...) e corrigir anomalias e incoerências que geram falta de unidade do direito e potencial insegurança jurídica”.³

Algumas opiniões com tom alvissareiro surgiram na imprensa, partidas de análises acríicas do anteprojeto. Artigo publicado no *Conjur*, por exemplo, afirma que “o projeto possui, assumidamente, duas marcas indelévels: simplicidade e eficiência.”⁴ Simplicidade e eficiência, porém, não são valores necessariamente positivos: de nada adianta ser simples e inadequado ou eficiente em dismantelar o sistema processual coletivo. De forma simples e eficiente o Projeto CNJ inicia um processo de esvaziamento das ações coletivas. Ademais, o Projeto CNJ regula um assunto complexo, que vem amadurecendo ao longo de três gerações de juristas, de forma simplista e errada.

Aqueles que dedicaram a vida a estudar as ações coletivas, aqueles que acreditam no seu poder transformador, se decepcionarão com o CNJ e com o Projeto. O jurista comprometido com o seu tempo e a sua sociedade não tem o que celebrar.

O Projeto CNJ é um presente para os bancos, para os grandes interesses econômicos e para o Estado. Parece que só eles foram representados perante o CNJ: é como se os grandes litigantes repetitivos tivessem feito uma listinha com os seus mais recônditos desejos e algum estagiário do CNJ publicou essa lista por engano, em vez do projeto verdadeiro. Já o grupo titular do direito foi um saco de pancadas do Projeto CNJ, e só perdeu espaço.

E quem perde com o Projeto CNJ não são grupos abstratos, mas grupos específicos de pessoas e direitos específicos: consumidores, mulheres, negros, investidores, crianças, pessoas com deficiência, trabalhadores, usuários de serviços públicos, comunidade LGBT, a ordem econômica, o patrimônio público e social, o meio ambiente.

2. V. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Lei-a-%C3%A7%C3%B5es-coletivas.pdf> (acessado em 06 de setembro de 2020).
3. <https://www.cnj.jus.br/acoes-coletivas-cnj-entrega-ao-presidente-da-camara-anteprojeto-para-aperfeicoar-lei/> (acessado em 06 de setembro de 2020).
4. Caio Victor Ribeiro dos Santos, O polêmico projeto da nova lei de ações coletivas, *Conjur*, 4 de setembro de 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/caio-santos-polemico-projeto-lei-acoes-coletivas> (acessado em 06 de setembro de 2020). A Exposição de Motivos do Anteprojeto CNJ também menciona que “a simplicidade ... foi a palavra de ordem”.

Todos aqueles direitos listados no art. 1º da LACP (que, aliás, será revogado) saíram perdendo com o Projeto CNJ.

A sensação de indignação ao ler o Projeto CNJ é a mesma que tive uma década atrás, no México. Em 2010, fui convidado pelo Senador Jesús Murillo Karam para redigir a lei mexicana de ações coletivas, usando como base o meu Código de Processo Civil Coletivo, simplificando-o e adaptando-o à realidade mexicana⁵.

Formei uma Comissão com Alberto Benítez e Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Durante vários meses me reuni semanalmente no Senado Federal com políticos, magistrados, agências governamentais, representantes de associações e um exército de advogados de empresa. Ninguém conhecia as ações coletivas no México. Logo nas primeiras reuniões aconteceu algo interessante: as associações perceberam o seu potencial e os advogados de grandes empresas estavam instruídos a se opor a qualquer proposta que eu fizesse. Os advogados não participavam como juristas, com o múnus público de produzir a melhor lei para a sociedade mexicana; eles participavam como lobistas, representando os interesses ilegítimos dos seus clientes. Violavam o princípio que aprendi nos anos em que participei em comissões no *American Law Institute*: “em discussões legislativas, os advogados devem deixar seus casacos e seus clientes do lado de fora”.

A Comissão do Senado sofreu enorme pressão dos poderes econômicos e políticos no México, mas a proposta que apresentamos ao Senado Federal mexicano foi uma lei sofisticada e equilibrada, utilizando a experiência dos Estados Unidos, Brasil, Colômbia, Canadá e outros países.⁶ Foi quando cometi um erro: considerando o trabalho da comissão terminado, dei as costas aos políticos mexicanos e deixei que eles continuassem o processo legislativo sem fiscalização.

A lei foi promulgada um ano depois, acrescentando o Livro Quinto ao *Código Federal de Procedimientos Civiles* mexicano.⁷ O texto não se parecia em nada com o trabalho da Comissão. Algumas partes da lei eram ininteligíveis. Outras partes eram claras: os políticos, pressionados pelo poder econômico, tiraram a força da ação coletiva que construímos e, em seu lugar, impuseram obstáculos ao seu funcionamento. Tudo aquilo que a comissão havia decidido, o Senado fez o contrário. E ainda acrescentaram ambiguidade e confusão. A lei foi feita para confundir e emperrar; foi feita para não

5. Antonio Gidi, Código de Proceso Civil Coletivo. Un modelo para países de derecho civil, in Antonio Gidi, Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil, Cidade do México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 131-151.
6. V. Alberto Benítez, Eduardo Ferrer-MacGregor e Antonio Gidi, Iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles [mexicano], in Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Código Modelo de Processos Colectivos. Un diálogo iberoamericano, Editorial Porrúa, 2008, p. 447-457. Esta versão foi posteriormente aprimorada.
7. V. Código Federal de Procedimientos Civiles [México], arts. 578-626 (promulgados em 30 de agosto de 2011).

funcionar. Até hoje não sei se ela foi redigida pela pessoa mais inteligente ou pela mais confusa. O que eu sei é que o México tem a ação coletiva que merece: um monstro disforme e desdentado.

O projeto da comissão foi usado como moeda de troca entre políticos e o poder econômico. Por uma década me recusei a dar entrevista sobre o assunto ou a retornar ao México. Em 2020, quando finalmente aceitei o convite de um amigo para voltar a dar aulas na Faculdade de Direito ITAM, encontrei o país exatamente como eu havia previsto: com algum conhecimento sobre a teoria e a potencialidade das ações coletivas, mas sem uma prática robusta. Conheci advogados que lutavam pelos direitos de grupos e caminhavam sem sair do lugar. Passei a contar a minha experiência publicamente em palestras pelo país e ela terminou chegando, sem o meu conhecimento, às revistas especializadas.⁸ Recentemente apresentei um Amicus Curiae à Suprema Corte mexicana, como uma forma de reverter a situação, mas sem esperança de sucesso.⁹

Esta é a situação deprimente em que o Brasil se encontra ao ser surpreendido com o Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. No início deste século, quando tentei codificar as ações coletivas brasileiras, um relevante ministro do STJ ponderou que era melhor não tentar aprimorar o processo coletivo porque o Congresso de então aproveitaria a oportunidade para piorá-lo. Vinte anos depois, estamos em uma situação diferente: o Projeto CNJ já nasceu ruim, mas há espaço para o Congresso piorá-lo ainda mais. De forma genial, o Projeto CNJ, tal qual a lei mexicana, retira a força das ações coletivas brasileiras e, em seu lugar, coloca obstáculos à proteção dos direitos de grupo, criando um monstro disforme e desdentado.

Discutirei abaixo os avanços, as inutilidades, as imprecisões e os retrocessos do Projeto CNJ. Ao final, exporei com mais vagar os três retrocessos que, por si sós, destruirão as ações coletivas no Brasil.

Não há nada de novo nessa discussão. Dá até ânsia revisitar os mesmos argumentos que enterrei quase vinte anos atrás e ver que pouco se avançou no Brasil. Continuamos cometendo os mesmos erros e caminhando em círculo, de forma teórica, formulaica e burocrática, sem sair do lugar. Nesses últimos anos, a experiência prática das ações coletivas no Brasil confirmou as minhas opiniões. Como disse Roberto Campos, “o mundo está ficando cada vez mais parecido com as minhas ideias”. Quase tudo que está discutido neste artigo, eu desenvolvi extensivamente em outras oportunidades, oferecendo soluções práticas e citando farta bibliografia brasileira e estrangeira contra e a favor das minhas opiniões. Para não me repetir, e para não repetir citações já feitas,

8. V. Luis Miguel Krasovsky, *Las acciones colectivas en la cuarta transformación*, in *El mundo del abogado*, número 250, fevereiro 2020, p. 8-13, disponível em <https://elmundodelabogado.com/revista/opinion/item/las-acciones-colectivas-en-la-cuarta-transformacion> (acessado em 20 de outubro de 2020).
9. V. Antonio Gidi, *Comparecencia como Amigo de la Curia en el Amparo Directo en Revisión* número 726/2020 (*colectividad v. ATT*), 12 de outubro de 2020.

apenas levantarei as questões de forma sucinta e remeterei às minhas publicações, especialmente o meu Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo.

2. TÍMIDOS AVANÇOS

O Projeto CNJ contém uma série de pequenas inovações interessantes, algumas delas muito boas. Mas os avanços são tímidos; a maioria já estava consagrada na doutrina ou na prática dos tribunais. A maioria não é sequer inovação: quase todas estavam mais bem disciplinadas em anteprojetos e projetos anteriores. Muitos são meros ajustes na redação da lei. Nenhum deles têm profundas consequências práticas; nenhum deles fortalece significativamente a ação coletiva; nenhum deles aprimora a sua efetividade.

A sofisticação do tema em nosso país, porém, nos dava estofamento para um passo mais ambicioso: um aprimoramento real e uma mudança de paradigma no nosso processo coletivo. O Projeto CNJ perdeu, portanto, uma oportunidade histórica de construir algo útil para a nossa sociedade.

Se apenas esses modestos avanços fossem promulgados como emendas isoladas ao CDC e à LACP (sem os retrocessos, as inutilidades e as imprecisões), o Projeto CNJ seria um aprimoramento tímido mas aceitável ao direito atual. Sempre é bom avançar um pouquinho na direção certa. Não temos um sistema coletivo tão perfeito que possamos recusar pequenos avanços. Aliás, a simples existência de uma regulação unificada sobre as ações coletivas já seria uma conquista, mesmo se não alterasse o sistema significativamente. Porém, se o Projeto CNJ for aprovado em sua integralidade, o preço que pagaremos por essas inovações pontuais será demasiadamente elevado: vão-se os dedos e ficam anéis de plástico.

Abaixo discutirei os avanços trazidos pelo Projeto CNJ. Se alguns deles não parecerem propriamente avanços e outros forem no fundo retrocessos, não será mera coincidência. Mas eu precisava preencher esse item para dar alguma simetria ao artigo.

2.1 O art. 3º do Projeto CNJ dá prioridade à ação coletiva como caso paradigma na afetação dos procedimentos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e nos Recursos Repetitivos. Diante do fato de que o IRDR é uma realidade, essa pode ser uma boa iniciativa, porque prevê um critério válido para escolher o caso adequado e representativo. A própria ideia de controle judicial da representação adequada passa a estar embutida no IRDR.

Não se trata propriamente de uma inovação, uma vez que essa ideia já era amplamente disseminada, inclusive com recomendação do próprio CNJ. Como diziam Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr. cinco anos atrás, “a ação coletiva (...) deve ser analisada prioritariamente como caso piloto, caso ocorra a afetação a um incidente de resolução

de demandas repetitivas, pois (...) a maior representatividade dos interesses do grupo na ação coletiva, [é] essência[l] ao julgamento do incidente (...).¹⁰

A escolha da ação coletiva como caso paradigma, porém, gera uma situação inusitada. Se o caso selecionado como paradigma for uma ação coletiva, não há diferença entre um IRDR e uma ação coletiva, pois o alcance de ambos será o mesmo. Isso demonstra que o IRDR tem utilidade limitada em um país onde há ação coletiva. Vê-se, portanto, que a adoção do IRDR no Brasil foi um retrocesso calculado para esvaziar a tutela coletiva. Nós, que já tínhamos uma ação coletiva forte no Brasil, copiamos um instrumento inferior à ação coletiva, com modelos vindos da Alemanha e Inglaterra, que não tinham (e ainda não têm e talvez nem precisem) ação coletiva. Ou seja, escolhemos os piores modelos.

Não sou fã do IRDR; na verdade, eu odeio o IRDR. O IRDR é uma ação coletiva fake: ele atinge somente os membros do grupo que propuseram ações individuais, deixando de fora aqueles que não o fizeram ou não o puderam fazer. O IRDR é pior que o pior tipo de ação coletiva, aquela baseada no *opt in*, porque o IRDR exige a constituição de advogado e propositura de ação individual.

O IRDR surgiu para sabotar as ações coletivas, que estavam incomodando os bancos, os grandes interesses econômicos e o Estado. Foi mais um presente para os grandes litigantes repetitivos.

Quem se beneficia com o IRDR, claro, é o réu, que responde por um grupo limitado de vítimas e não pela totalidade de pessoas prejudicadas com a sua atividade ilícita, como seria o caso de uma ação coletiva. De quebra, o réu economiza as despesas com milhares de processos individuais e passa a se defender em apenas um, no qual concentrará todos os seus esforços e exercerá influência política. O réu ainda ganha de presente a impossibilidade dos membros do grupo se excluírem do resultado, o famoso *opt out*, que é considerado pela Suprema Corte norte-americana como um direito constitucional.

Até o Poder Judiciário se beneficia com o IRDR, claro, porque obtém economia processual e julga um só caso, em vez de milhares, além de poder exercer total controle sobre o litígio. Todos se beneficiam, menos o grupo, claro. Ninguém se preocupa com o acesso à justiça das pretensões individuais. O grupo só tem a se prejudicar com o IRDR. Claro.

É verdade que a decisão do IRDR será aplicada para o futuro, mas sua aplicação é limitada no tempo e exige a propositura de ação individual, o que pode ser desnecessário em caso de ação coletiva. Ao contrário do IRDR, a ação coletiva efetiva

10. V., e.g., Freddie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções, Revista de Processo, vol. 256, p. 209-218, 2016.

dispensa propositura de ações individuais. Aliás, isso é da essência do processo coletivo e o seu objetivo.

A outra desvantagem do IRDR sobre a ação coletiva é a ausência de transparência e de controle judicial da representação adequada, o que aumenta os riscos para o grupo. O poder do réu aumenta quando há um caso piloto.

O aspecto mais perverso do IRDR, porém, é que ele tem um efeito exótico de coisa julgada *secundum eventum litis in detrimentum*: se a ação for julgada procedente, ela beneficia somente aqueles que propuseram sua ação individual (ou que venham a propor dentro de certo período). Se for julgada improcedente, porém, a sua coisa julgada atinge a todos: o direito da coletividade perece e nenhum membro do grupo poderá propor ação individual e nenhuma ação coletiva poderá ser proposta com o mesmo objeto. Ou seja, ao contrário da ação coletiva, o grupo não tem nada a ganhar e tem tudo a perder com o IRDR. Esse, na prática, é o efeito contrário da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus* do CDC.¹¹ O IRDR é, assim, uma ação coletiva de cabeça para baixo, para beneficiar o réu e prejudicar o grupo.

O direito brasileiro é mesmo curioso. Embora o IRDR seja menos abrangente que a ação coletiva em todos os aspectos, inclusive no número de membros do grupo, é o IRDR que absorve a ação coletiva. Em vez de a propositura de uma ação coletiva fazer o IRDR perder o objeto, o que acontece na prática é que a ação coletiva vira o caso paradigma do IRDR. O poder econômico conseguiu esvaziar a ação coletiva brasileira com um golpe de mestre, e todos aplaudem a inovação.

Por esses motivos, vejo o IRDR e a IRDRização das ações coletivas como uma inovação negativa, concebida especificamente para prejudicar o grupo e beneficiar os grandes litigantes repetitivos.

Vejo com preocupação também uma tendência das forças retrógradas que querem revogar a nossa ação coletiva em tutela dos direitos individuais homogêneos e em seu lugar colocar o IRDR.

2.2 O art. 12º, §§ 1º e 2º do Projeto CNJ prevê a citação e a notificação da agência reguladora, que precisa fazer parte do processo coletivo de seu interesse. Trata-se de inovação legislativa interessante, mas de reduzido impacto, uma vez que já estava consolidada na doutrina e na prática. Ademais, a minha proposta de CPC Coletivo já previa a citação das entidades e órgãos públicos relevantes.¹²

11. Naturalmente, a expressão coisa julgada *in detrimentum* foi inventada de forma irônica neste artigo; ela não tem pedigree do direito romano nem em nenhum ordenamento jurídico, antigo medieval ou moderno. Não sei sequer se a construção está gramaticamente correta.

12. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 5.1, “(...) as entidades e órgãos públicos relevantes (...) serão sempre notificados”).

2.3 O art. 16 do Projeto CNJ recomenda que seja realizada ao menos uma audiência pública. Essa é uma boa recomendação, que já estava estabelecida na prática e na doutrina brasileiras.

A audiência pública também já estava prevista na minha proposta de CPC Coletivo, de forma mais contextualizada, mas restrita ao processo de aprovação do acordo coletivo.¹³ A audiência pública, porém, tem utilidade em todas as fases do processo, para que o representante do grupo ou o juiz se familiarize com a complexidade do grupo e das suas pretensões. Aliás, a realização de audiências públicas pode ser um fator a ser considerado para demonstrar a adequação do representante, em sua busca de conhecer a realidade e de refletir a vontade do grupo. Nesse ponto específico, portanto, ao prever a audiência pública em qualquer fase do processo, o Projeto CNJ é superior à minha proposta de CPC Coletivo.

2.4 O art. 20 do Projeto CNJ prevê que uma sentença não é suficientemente motivada “se baseada exclusivamente na apuração de fatos ocorrida no inquérito civil, salvo se realizada mediante autorização judicial, com contraditório.”

Esse dispositivo tenta regular de forma óbvia e simplista uma controvérsia sobre um tema complexo. Ele legitima implicitamente o inquérito civil realizado sem contraditório e, simultaneamente, limita seu poder probatório. Já discuti sobre esse tema extensivamente em outra oportunidade.¹⁴

O dispositivo proposto não responde as perguntas sobre o assunto; ele simplesmente acena para a existência do problema sem oferecer nenhuma solução. Muitas vezes, porém, é melhor uma norma vazia do que não ter nada, pois a norma vazia inspira a doutrina e a jurisprudência.

O dispositivo proposto permite o uso da prova documental produzida no inquérito sem contraditório, pois o documento será submetido ao contraditório no próprio processo. O mesmo se diga da inquirição ou perícia realizada sem contraditório: elas terão o valor de uma inquirição ou estudo técnico feito unilateralmente e terão o valor probatório que o juiz atribuir.

Basta que o juiz não baseie sua sentença exclusivamente em apuração de fatos ocorrida em inquérito civil realizado sem contraditório. Como isso é óbvio para qualquer juiz, a norma é inútil. Aliás, em vez de “exclusivamente”, seria melhor que o art. 20 dissesse “substancialmente”.

13. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 14.6, “Se o juiz considerar a proposta de acordo satisfatória, notificará amplamente o grupo e seus membros sobre os seus termos e promoverá uma audiência pública de aprovação, onde o juiz ouvirá os interessados”).

14. V. Antonio Gidi, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, 2008, p. 431-38 (subcapítulo 5.6, inquérito civil).

Embora o Projeto CNJ contribua para o debate, ele o faz somente porque atrai atenção para o assunto. A linguagem utilizada reduz um problema complexo a uma solução simplista, que precisa ser mais bem pensada.

Ademais, a presença do contraditório já deveria ser suficiente, sendo desnecessária a autorização judicial.

2.5 Outra inovação importante do Projeto CNJ está no art. 22, segundo o qual “razões econômicas que inviabilizam a produção da prova podem gerar a inversão da regra de seu custeio.” Embora redigida de forma atabalhoada, trata-se de inovação importante, originalmente prevista na minha proposta de CPC Coletivo.¹⁵

Esse é um bom complemento à regra da inversão do ônus da prova.

2.6 O art. 23 do Projeto CNJ, admite “o uso de prova por amostragem ou estatística, subsidiariamente, para reforçar a prova direta ou substituí-la, quando esta for impossível.” Trata-se de inovação importante, originalmente prevista na minha proposta de CPC Coletivo.¹⁶

2.7 Embora sem representar inovação prática, o art. 26, § 8º do Projeto CNJ aprimora a redação da norma atual sobre o efeito da sentença penal condenatória na esfera do processo civil coletivo: “[a] coisa julgada penal condenatória, no caso de reconhecimento de crime que tutela bem jurídico de natureza coletiva, torna certa a obrigação de indenizar o grupo e os respectivos membros”.

Discuti o assunto em outra oportunidade.¹⁷

2.8 O art. 27, §§ 4º e 5º do Projeto CNJ prevê litispendência entre duas ações coletivas “com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, ainda que não se trate do mesmo autor.” Em tais casos, a segunda ação coletiva a ser proposta deve ser extinta sem resolução de mérito.

15. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (“art. 12. Quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária, que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas). V. ainda Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 257-259 (subcapítulo 3.11. O problema do custo da prova).

16. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (“art 13. O uso de prova estatística ou por amostragem é permitido como complemento à prova direta ou quando a prova direta for custosa ou de difícil ou impossível produção”). V. ainda Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 129-132 (subcapítulo 2.9, prova estatística ou por amostragem).

17. Antonio Gidi, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, Saraiva, 1995, p. 168-182 (Capítulo “A ação penal condenatória em face da defesa do consumidor em juízo”).

Não se trata propriamente de inovação, pois assim já era amplamente considerado pela doutrina há mais de 25 anos.¹⁸ A jurisprudência não destoava disso. Ainda assim, o regramento é bom. Dessa forma estava previsto na minha proposta de CPC Coletivo.¹⁹

Uma inovação interessante está no § 6º do art. 27 do Projeto CNJ: “No caso de já existir material probatório na segunda ação, este deve, juntamente com os autos, ser remetido ao juízo perante o qual corre a primeira, formando-se um apenso”. Infelizmente, o dispositivo se limita a provas; ele não prevê a mesma solução para aproveitar os argumentos fáticos e jurídicos levantados na segunda ação coletiva. Na minha proposta de CPC Coletivo, o autor da ação coletiva extinta teria direito de intervir na primeira ação coletiva.

2.9 Segundo o art. 30 do Projeto CNJ, “a sentença na ação coletiva deve, preferencialmente, ser líquida, ainda que o pedido tenha sido genérico.” É louvável que o Projeto CNJ tenha rompido com a tradição apática da sentença coletiva brasileira.

A inovação, porém, é pífia. Na minha proposta de CPC Coletivo, eu propus regramento mais sofisticado para o cálculo dos danos individuais. Além de prever que a sentença coletiva deveria ser preferencialmente líquida, ela previa também que a sentença coletiva poderia indicar uma fórmula de cálculo da liquidação. Previa que o membro do grupo insatisfeito com a sentença coletiva líquida poderia propor sua própria ação individual de liquidação. Previa ainda a execução coletiva e o pagamento voluntário do réu, independentemente de propositura de liquidação e execução individuais, mediante produção documental satisfatória. Previa ainda a fixação do valor global dos danos individualmente causados e sua reversão para o Fundo.²⁰ A execução e a liquidação da sentença coletiva indenizatória é uma área rica e carente, talvez a mais importante, e foi completamente ignorada pelo Projeto CNJ.

Ademais, é lamentável que o Projeto CNJ tenha revogado a regra da condenação genérica do art. 95 do CDC, sem reproduzi-la. Pode ter sido uma omissão acidental, mas nada negativo foi acidental no Projeto CNJ. A autorização para a condenação

18. Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, Saraiva, 1995, p. 218-226 (Capítulo “Litispendência entre duas ações coletivas”); *idem*, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 304-317 (subcapítulo 5.6, “Litispendência Coletiva (entre demandas coletivas)”).

19. Antonio Gidi, *Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito*, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (“art. 19. Litispendência. A primeira ação coletiva proposta induz litispendência para as demais ações coletivas relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações coletivas posteriores serão extintas, mas os seus autores poderão intervir na primeira ação coletiva” “19.1 O réu deverá informar ao juiz e ao representante do grupo sobre a propositura de outra ação coletiva relacionada à mesma controvérsia coletiva”).

20. Antonio Gidi, *Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito*, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (arts. 25, 26 e 27, “cálculo dos danos individuais”, “distribuição do dinheiro” e “indenização global”).

genérica, que é da essência de certas ações coletivas, passa a ser indireta. Corremos o risco que a revogação seja interpretada como proibição.

2.10 O art. 32 do Projeto CNJ prevê a remessa necessária da ação coletiva, seja ela julgada procedente ou improcedente. Essa é uma inovação importante. Já discuti sobre o assunto em outra oportunidade.²¹

Porém, em uma deferência ingênua à autoresolução da controvérsia coletiva, o § 2º do art. 32 dispensa a remessa necessária “em caso de homologação de acordo”. Essa visão romântica do acordo nas ações coletivas como composição “pacífica” de controvérsias ignora o histórico das ações coletivas no Brasil e em outros países. É exatamente no momento do acordo que há o maior risco de fraude aos interesses dos membros do grupo.

Ao Projeto CNJ faltou sensibilidade para perceber que há mais razão para que um acordo coletivo seja submetido à remessa necessária do que uma sentença judicial dada de forma adversária, em contraditório. Podemos de uma certa forma confiar que uma parte que perdeu um processo coletivo vai recorrer da sentença, mas isso não acontecerá jamais em caso de acordo.

O Projeto CNJ é tão incompleto que sequer explica como outros legitimados coletivos que não sejam parte do processo, representando os membros do grupo que sejam contrários ao acordo, poderiam recorrer da sua homologação.

2.11 Talvez seja melhor não chamar atenção do Congresso Nacional sobre isso, mas um grande avanço, certamente involuntário, foi a revogação do art. 1º, parágrafo único da LACP, que não permitia ação coletiva “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Esse dispositivo, acrescentado à LACP por medida provisória em 2001, lembra-me uma experiência durante a redação da lei mexicana de ações coletivas. Quando a minha função estava chegando ao fim, fui convidado para almoçar com o equivalente ao Advogado Geral da União do México. Eu tinha a instrução direta de que tudo que ele exigisse deveria ser acatado porque sem o apoio dele nenhuma lei seria aprovada. Ele foi direto: não aceitaria que o Estado pudesse ser réu em uma ação coletiva. Pensei em renunciar diante da exigência, mas logo percebi a inutilidade do gesto. Inseri um artigo expressamente excluindo o Estado como réu. Mas o fiz da forma mais escancarada possível, para deixar óbvia a desonestidade do Estado legislando em causa própria. A minha esperança era que, uma vez a lei aprovada, esse artigo

21. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 441-442 (subcapítulo 5.9, reexame necessário).

fosse declarado inconstitucional pela Suprema Corte ou que o dispositivo viesse a ser objeto de constrangimento político e tivesse de ser revogado.²²

3. MUITAS INUTILIDADES

O Projeto CNJ contém mais inutilidades que inovações.

O art. 33 do Projeto CNJ prevê, corretamente, que o CPC se aplica subsidiariamente às ações coletivas. Até aí, nada de novo; todas as leis processuais especiais fazem o mesmo: essa é a técnica de redação de uma lei especial. Porém, se o CPC é o sistema subsidiário às ações coletivas, não é necessário repetir expressamente que outras partes do CPC são também subsidiárias. Tampouco é necessário transcrever normas individuais que já estão no CPC. Afinal, é exatamente para evitar a repetição que se coloca a previsão geral de aplicação subsidiária.

Por algum motivo inexplicável, porém, o Projeto CNJ repete, parafraseia e até mesmo transcreve literalmente normas do CPC. Algumas dessas alterações mínimas à redação estabelecida no CPC não trazem nenhuma peculiaridade para o processo coletivo e não têm razão de ser.

Essas repetições desnecessárias incham o Projeto CNJ, que poderia ser um terço menor. Esse inchaço artificial distrai a atenção do leitor desavisado, que pensa estar diante de uma legislação sólida, que regula todos os aspectos necessários do processo coletivo, e não percebe que se trata de uma legislação incompleta, que não resolve nenhum dos problemas do litígio coletivo. O excesso de informação inútil também ofusca o caráter reacionário do projeto.

Ademais, as paráfrases podem criar sérios riscos interpretativos, porque adotam uma linguagem parecida, mas levemente diferente do CPC. Além disso, é fácil imaginar a confusão que será criada caso as normas equivalentes do CPC sejam modificadas no futuro e as normas no Projeto CNJ não sejam.

Para legislar é preciso ter visão de conjunto, organização lógica e raciocínio rigoroso, atributos que faltam ao Projeto CNJ. Comentarei abaixo apenas algumas dessas normas desnecessárias.

3.1 Apesar da norma clara do art. 33 do Projeto CNJ, que prevê que o CPC se aplica subsidiariamente às ações coletivas, o art. 34 determina redundantemente que o sistema recursal do CPC também se aplica às ações coletivas.

22. A história foi contada em Luis Miguel Krasovsky, *Las acciones colectivas en la cuarta transformación*, in *El mundo del abogado*, número 250, fevereiro 2020, p. 10, disponível em <https://elmundodelabogado.com/revista/opinion/item/las-acciones-colectivas-en-la-cuarta-transformacion> (acessado em 20 de outubro de 2020).

Igualmente redundante é o art. 35, que prevê que as regras relativas às custas e à sucumbência também se aplicam às ações coletivas.

3.2 O art. 7º do Projeto CNJ exige que o autor especifique na petição inicial “se pretende obter condenação ao pagamento de danos patrimoniais e extrapatrimoniais”. Essa é uma exigência inútil. De acordo com o CPC e de resto toda a doutrina e jurisprudência sobre o tema, toda petição inicial deve conter um pedido, além do qual a sentença não pode ir (CPC, arts. 319-329, 490 e 492). Se o autor tem que fazer pedido específico, por que o Projeto CNJ exige que o autor especifique “se pretende obter condenação ao pagamento de danos patrimoniais e extrapatrimoniais”? Tal especificação é, em si, o pedido. Se o autor não fizer o pedido, não obterá a condenação.

3.3 O art. 10 do Projeto CNJ reproduz desnecessariamente várias normas constantes nos arts. 497-501 e 536-537 do CPC.

3.4 O art. 12 do Projeto CNJ prevê desnecessariamente que “o réu tem 15 dias para contestar”.

Essa norma já está prevista no art. 335 do CPC e não precisa ser repetida.

3.5 O art. 12 do Projeto CNJ também autoriza o juiz a ampliar o prazo da contestação se a causa for complexa. Esta é uma boa regra, ainda que tímida. A sua origem é uma norma mais ampla da minha proposta de CPC Coletivo, que autorizaria o juiz a aumentar qualquer prazo do processo coletivo.²³ Também o CPC autoriza o juiz a “dilatatar os prazos processuais” (CPC, art. 139, VI), o que faz com que a regra seja desnecessária. O art. 7º da Lei da Ação Popular também autoriza o juiz a prorrogar o prazo da contestação de 20 dias por mais 20, “a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental.”

Não faz muito sentido dar ao juiz o poder de aumentar somente o prazo de contestação e não dar poder de aumentar outros prazos. Isso vale não somente para o processo coletivo como para o processo individual.

Ademais, a norma aparentemente simples do Projeto CNJ ignora dificuldades práticas. A solução é válida somente se o juiz, ao deferir o pedido de citação, já ampliar o prazo da contestação. A questão se complica, porém, se o juiz não o fizer ou o fizer de forma insuficiente. Poderá o réu, depois de citado, requerer ao juiz uma extensão do prazo para responder, alegando que a causa é demasiadamente complexa? Se o fizer,

23. Antonio Gidi, *Código de Processo Civil Coletivo*. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 10.7, “O juiz poderá aumentar os prazos do processo, quando houver um grande número de representantes ou intervenientes ou quando as questões de fato ou de direito forem complexas”).

o prazo para responder fica suspenso enquanto o juiz não decidir o requerimento? Ou somente pelo período solicitado pelo réu? O que acontece se o juiz levar várias semanas para decidir? O que acontece se o requerimento for negado? Essa decisão é passível de recurso? Ou seja, o Projeto CNJ não percebeu a complexidade da situação que tentou disciplinar.

3.6 O art. 17 do Projeto CNJ dispõe que “poderão ser produzidas todas as provas admitidas pelo ordenamento jurídico, ainda que não especificamente previstas em lei, para demonstrar a veracidade dos fatos em que se apoiam o pedido e a defesa.”

Essa norma é uma paráfrase desnecessária e inferior do art. 369 do CPC.

3.7 O art. 18 do Projeto CNJ dispõe que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, indeferindo as inúteis ou meramente protelatórias”.

Essa norma é uma reprodução quase literal, mas inferior, do art. 370 do CPC.

3.8 O art. 19 do Projeto CNJ dispõe que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver produzido, e indicará, na decisão, as razões da formação de seu convencimento”.

Essa norma é reprodução quase literal do art. 371 do CPC.

3.9 O art. 21 do Projeto CNJ prevê que “o ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ao direito do autor”.

Essa norma é reprodução quase literal do art. 373 do CPC. Porém, ao copiar o CPC, o Projeto CNJ esqueceu-se de prever que ao réu incumbe o ônus da prova quando à existência de fato extintivo do direito do autor. Obviamente, a omissão será suprida pelo próprio art. 373 do CPC, o que demonstra a irrelevância da reiteração.

3.10 O art. 21, § 1º do Projeto CNJ, prevê a inversão do ônus da prova em termos similares ao art. 373, § 1º do CPC. A iniciativa é interessante e já constava na minha proposta de CPC Coletivo.²⁴

A regra do Projeto CNJ é muito mais restritiva que a do CPC, porque exige a “excessiva verossimilhança do direito alegado”. Curiosa a escolha da palavra “excessiva”,

24. CPC, art. 373, § 1º. Ver ainda Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (“art. 11. Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis”).

que tem conotação negativa: tudo que é excessivo é ruim porque excede, sobra, ou é exagerado, desmedido. Fica até difícil entender o que o Projeto CNJ quer dizer com verossimilhança “excessiva”.

Mas essa é mais uma norma desnecessária, que repete o CPC com outras palavras em outra ordem, criando mais problemas desnecessários.

3.11 Segundo o art. 28 do Projeto CNJ, “devem ser reunidas no juízo prevento as ações conexas ou aquelas em que há risco de contradição entre as decisões”.

Trata-se de norma importante, mas inútil, em face do disposto nos arts. 54 a 63 do CPC, que tratam do assunto.

4. MUITAS IMPRECIÇÕES

Sempre me preocupei com a escrita, mas na última década tenho me dedicado ao estudo formal da arte do bem escrever.²⁵ A literatura jurídica brasileira, legislativa e acadêmica, tem um caminho árduo a percorrer, se quiser romper com vícios linguísticos que impedem o seu desenvolvimento.

Como se não bastassem as inutilidades, o Projeto CNJ é mal escrito, mal conceitualizado e mal organizado. Essas imprecisões e atecias são indícios de um trabalho apressado, mal feito, aquém da importância do tema. A falta de cuidado com a precisão da linguagem no Projeto CNJ é ao mesmo tempo indício e reflexo da falta de cuidado e precisão com a substância.

Menciono aqui apenas as imprecisões mais óbvias, aquelas que dispensam maiores desenvolvimentos.

4.1 Não é o caso discutir aqui imprecisões gramaticais, como os problemas de virgulação, do qual os arts. 7º e 24 são apenas exemplos: “cabe ao autor especificar, na petição inicial, das ações” e “as multas, eventualmente, fixadas ao longo do feito”.

Outros exemplos de virgulação errada, duvidosa ou excessiva incluem os arts. 4º, § 1º; arts. 4º, § 4º; 3º, § 5º; 5º, III; 5º, IV; 5º, § 3º; 9º; 15, 26, § 1º; 26, § 6º; 27, § 1º; 27, § 2º. Que eu cometa erros gramaticais é justificável, uma vez que não uso o português como idioma profissional há quase 25 anos. Mas o CNJ não tem desculpa.

4.2 É desnecessário que uma lei moderna utilize expressões como “será exercida em conformidade com esta lei”, como fazia o Anteprojeto CNJ de uma forma tosca. Se se trata de um Projeto de Lei da Lei de Ação Civil Pública, não precisa o art. 1º dizer que as ações coletivas serão exercidas em conformidade com esta lei. Está implícito.

25. Antonio Gidi, *Legal Writing Style*, West Group, 2018; Antonio Gidi, *Incorporation by Reference: Requiem for a Useless Tradition*, 70 *Hastings L. J.* 989 (2019).

Quando o Anteprojeto foi transformado em Projeto de Lei, a situação piorou: se for aprovado, a Lei de Ação Civil Pública terá uma ementa dizendo “dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências” e terá um art. 1º igual à ementa: “[e]sta Lei dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências”. E o nome da lei será Lei de Ação Civil Pública.

Essa é uma crítica que não se limita ao Projeto CNJ, mas se estende a várias leis brasileiras. Parece que o legislador brasileiro tem medo de que a omissão dessa ligação gere dúvida real se a ação civil pública será mesmo exercida em conformidade com a Lei de Ação Civil Pública. O art. 7º da Lei Complementar 95/98 prevê que “[o] primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação.” Mas está na hora de repensarmos se o título da lei, sua ementa e seu primeiro artigo precisam dizer a mesma coisa.

4.3 Enquanto era Anteprojeto, o texto do CNJ tentou avançar, ao adotar a nomenclatura tecnicamente correta. Abandonou o nome antigo, “ação civil pública”, que persiste meramente pelo valor sentimental para os promotores e professores mais antigos, e adotou o nome consagrado pela doutrina e que faz sentido: “ação coletiva”.

Nenhum jurista com amor à precisão terminológica chama a ação coletiva de “ação civil pública”. Os que o fazem estão errados. Para os menos precisos, a ação civil pública é um tipo de ação coletiva; para outros ainda menos precisos, a ação coletiva é um tipo de ação civil pública; para outros ainda, são duas coisas muito parecidas, mas diferentes. Essa não é uma discussão inútil nem uma questão de preferência pessoal: a precisão terminológica conduz à precisão técnica. Já discuti sobre isso em outra oportunidade.²⁶

O Anteprojeto CNJ se chamava “Lei das Ações Coletivas”. Quando o Anteprojeto CNJ se transformou em Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, porém, o nome mudou. A ementa e o art. 1º do Projeto CNJ a batizaram como “Lei de Ação Civil Pública”. Curiosamente, essa terminologia errada somente é usada nesses dois dispositivos iniciais do projeto. Em todo o Projeto CNJ, por 23 vezes, usa-se a expressão correta, “ação coletiva”, e não se usa nenhuma vez a expressão errada, “ação civil pública”. A conclusão que se chega com essa barafunda terminológica é que, se aprovada, a nova Lei de Ação Civil Pública regulará... as ações coletivas.

4.4 Tampouco se compreende por que o art. 2º do Projeto CNJ diz em dois incisos que o conceito de direitos difusos e coletivos são “para efeitos desta lei”. A definição legal existe para efeitos gerais no sistema jurídico, não somente para esta lei.

26. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 382-90 (subcapítulo 4.3, Ação civil pública ou ação coletiva?).

Ademais, o Projeto não faz a mesma ressalva no inciso III, referente aos direitos individuais homogêneos, o que aumenta a confusão. Parece que o Projeto CNJ pretende que os conceitos de direitos difusos e coletivos tenham validade apenas “para efeitos desta lei” e o conceito de direitos individuais homogêneos tenham efeitos gerais no ordenamento jurídico brasileiro. Essa interpretação, obviamente, não faz sentido: ou coloca-se a expressão inútil em todos os incisos ou não se coloca em nenhum.

Essa falha é resquício da redação equivocada do art. 81, parágrafo único do CDC.

O art. 2º, III do Projeto CNJ define os direitos homogêneos como aqueles de caráter homogêneo. Pode parecer uma brincadeira, mas não é.

4.5 O mesmo erro é encontrado no art. 4º, IV do Projeto CNJ, que prevê a legitimidade de órgãos públicos “especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei”. Por inércia, o texto copia essa expressão do CDC, que protegia os direitos do consumidor. Como o Projeto CNJ é meramente processual e não protege nenhum direito material específico, essa frase não tem sentido.

O mesmo se diga do inciso V, que exige que as associações “incluam dentre seus fins institucionais a defesa dos direitos protegidos por esta lei”.

4.6 O art. 4º, IV do Projeto CNJ fala que as entidades e órgãos da Administração Pública podem defender “interesses e direitos” e o inciso V fala que as associações podem proteger apenas “direitos”.

A proposta parece dizer que as entidades públicas podem defender interesses e direitos e as associações somente podem defender direitos. Certamente não foi esse o objetivo.

Esse texto foi mal copiado do CDC, que em seu art. 82, III e IV, dizia que tanto as entidades públicas como as associações poderiam defender “interesses e direitos”. Não se sabe se o Projeto CNJ tinha como objetivo reduzir o poder das associações com essa limitação.

Já discutimos em outra oportunidade sobre o conceito de interesses e direitos nesse contexto.²⁷

4.7 O Projeto CNJ é marcado por uma insegurança legislativa inexplicável. O art. 4º, § 1º do Projeto CNJ, por exemplo, diz que Ministério Público “deverá intervir, necessariamente, ... sob pena de nulidade”. Ou seja, diz que “deverá” intervir, depois diz que deverá intervir necessariamente e depois, para não deixar dúvida, diz que, se não intervir, o processo é nulo. Tudo isso em uma única frase. A palavra “necessariamente” deveria ser omitida.

27. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 221-223. V. ainda Antonio Gidi, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, 1995, pp. 17-18.

4.8 O art. 5º, III do Projeto CNJ prevê que “a representatividade (*sic*) adequada da associação poderá ser demonstrada ... pelo rol de casos, *que deve ser apresentado*, de que a associação participou, judicial ou extrajudicialmente”.

Ignoremos a redação atrapalhada. Se o representante tem o ônus de provar sua adequação pelo rol de casos, a lei não precisa obrigá-lo a apresentar esse documento. Está claro que, se não apresentar, o representante será considerado inadequado. O réu será o primeiro a contestar a falta dessa informação para que o juiz possa conhecer melhor o histórico da associação e avaliar sua adequação. Este é mais um exemplo da insegurança legislativa do Projeto CNJ.

4.9 O art. 5º, § 6º do Projeto CNJ é redigido de forma confusa, podendo gerar problemas interpretativos. Ele se refere às “hipóteses do parágrafo anterior”: “Não ocorrendo as hipóteses do parágrafo anterior, ouvido o Ministério Público, o processo será extinto sem resolução de mérito”.

Acontece que o parágrafo anterior contém várias hipóteses e uma delas não se encaixa na norma do § 6º. Para fazer sentido, o parágrafo deveria ser reescrito dessa forma: “Caso nenhum legitimado assuma a titularidade ativa, ouvido o Ministério Público, o processo coletivo será extinto sem resolução de mérito”.

4.10 O art. 7º do Projeto CNJ refere-se a “ações que versem sobre direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos”, quando poderia dizer simplesmente “ações coletivas”.

Na mesma inadequação incorre o art. 16 do Projeto CNJ que, em vez de dizer “ação coletiva”, diz “ações em que a pretensão verse sobre direito coletivo em sentido estrito e difuso, ou sobre direitos individuais homogêneos, tratados coletivamente”. Usam-se duas linhas quando poderiam ser usadas duas palavras.

4.11 Segundo o art. 15 do Projeto CNJ, “para demonstrar interesse processual, quando da propositura da ação, os legitimados *alistados* no art. 4º devem demonstrar terem feito, *anteriormente*, a consulta ao cadastro do Conselho Nacional de Justiça”.

Em primeiro lugar, desnecessário dizer “para demonstrar interesse processual”. Não importa a que título a lei exige o cumprimento de um requisito. Ademais, é curiosa a escolha da palavra “alistados” em vez de “listados”. Por fim, desnecessária a palavra “anteriormente”, pois o tempo verbal de toda a frase já está no passado; é óbvio que o representante não pode demonstrar ter feito algo posteriormente.

4.12 O art. 21 contém um § 1º sem ter um § 2º. Todo jovem advogado sabe que “os parágrafos serão representados pelo sinal gráfico ‘§’, seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão ‘parágrafo único’ por extenso.” (Lei Complementar 95/98, art. 10, III).

4.13 Em diversas oportunidades, o Projeto CNJ falou em “nova ação coletiva”, quando deveria ter falado “a mesma ação coletiva”.

Por exemplo, no art. 26, § 2º, o Projeto CNJ diz que “Nova ação coletiva pode ser proposta, com base em nova prova, se o autor demonstrar que esta não poderia ter sido produzida no processo anterior”. No art. 29, § 3º, o Projeto CNJ prescreve que “O acordo, judicialmente homologado, impede a propositura de novas ações coletivas com o mesmo objeto”. No mesmo equívoco incorre a Exposição de Motivos, que se refere a “nova ação idêntica”.

Acontece que, segundo os critérios do art. 27, § 4º do próprio Anteprojeto CNJ e segundo a doutrina e jurisprudência, há litispendência entre duas ações coletivas “com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, ainda que não se trate do mesmo autor”. Logo, são “a mesma ação coletiva” e não uma “nova ação coletiva”.

4.14 O Projeto CNJ faz uso abusivo da palavra “respectivo”: “respectivo recurso” no art. 27; “respectiva homologação” no art. 29; “respectivo órgão público” no art. 34. Parece que há o receio de que, sem a palavra “respectivo”, algum leitor desavisado pense que o texto se refere a “outro recurso”, “outra homologação” e “outro órgão público”.

Esse vício é generalizado na legislação brasileira e tem contaminado até mesmo os nossos melhores escritores, que já não conseguem escrever (ou falar) sem esse cacoete linguístico. As palavras “respectivo(a)” e “respectivamente” são usadas 212 vezes na Constituição, 114 vezes no Código de Processo Civil e 130 vezes no Código Civil. É uma insensatez. Provavelmente, a palavra não tem nenhuma utilidade em nenhum desses 456 casos, e poderia ser omitida ou substituída por uma palavra equivalente mais simples, como *sua* ou *seu*, sem comprometer o sentido.²⁸

4.15 Segundo o art. 29, § 3º do Projeto CNJ, “o acordo, judicialmente homologado, impede a propositura de novas ações coletivas com o mesmo objeto.” Seria mais técnico dizer que o acordo faz coisa julgada ou que o acordo vincula o grupo. O processo civil possui institutos técnicos precisos.

4.16 O art. 29 do Projeto CNJ cria dois institutos parecidos, mas diferentes: o “acordo” e o “termo de ajustamento de conduta”. O Projeto não os diferencia, disciplinando-os quase da mesma forma, mas não da mesma forma. Quem lê o artigo não sabe o que é um acordo e o que é um TAC, nem sabe porque eles têm nomes diferentes, porque eles têm regras diferentes e porque eles são celebrados por pessoas diferentes. Nada faz sentido.

28. Talvez haja somente um caso em que a palavra “respectivamente” tenha alguma utilidade mínima na interpretação do texto: o art. 34, §2º, I, da Constituição.

Segundo o art. 29, § 1º, o acordo pode ser celebrado por “qualquer legitimado”, mas não deixa claro se o Ministério Público está incluído no conceito de “qualquer legitimado”. Já o TAC somente pode ser celebrado pelo MP (art. 29, § 6º). Não se sabe ao certo o que isso quer dizer.

O Projeto CNJ não compreende que o acordo coletivo não é celebrado por “qualquer legitimado”, mas somente por aquele legitimado que é o representante adequado que está promovendo a ação coletiva específica. Se uma ação coletiva foi proposta pela associação A, nenhum outro legitimado coletivo poderá celebrar acordo nesta ação coletiva, sem que A seja destituída da sua posição de representante do grupo. Caso contrário, o réu poderia escolher o legitimado mais dócil para celebrar o acordo e ignorar o autor da ação coletiva. Isso se chama *reverse auction*, um leilão invertido em que o réu fará o acordo com aquele que exigir menos. Somente uma entidade pode estar encarregada de negociar com a parte contrária: isso faz parte de qualquer teoria de negociação.

Em vários parágrafos, o Projeto CNJ diz que, para ter validade em todo território nacional, tanto o acordo como o TAC devem ser homologados judicialmente e precedidos de audiência pública. A falta de organização e coerência lógica cria problemas interpretativos porque o Projeto CNJ prevê que o acordo impede a propositura de novas ações coletivas com o mesmo objeto (isso é coisa julgada?) e é suscetível de ação anulatória, mas não prevê o mesmo para o TAC.

O Projeto CNJ também erra ao prever que a homologação e a audiência são requisitos para que o acordo ou TAC tenham validade em todo território nacional. Uma coisa não tem nada a ver com a outra. O que o Projeto CNJ deveria ter dito é o seguinte: “para ter efeito de coisa julgada e vincular o grupo, um acordo ou TAC onde haja concessões mútuas precisa ser precedido de audiência pública e aprovação judicial dos seus termos”. Essa é a regra prevista no meu Código de Processo Civil Coletivo.²⁹

Tudo isso sem falar que o Projeto CNJ revoga o art. 5º, § 6º da LACP, que dá eficácia de título executivo extrajudicial ao TAC, e o art. 5º, § 6º da LACP, que dá autorização a qualquer órgão público legitimado a fazer um TAC. Não se entende porque os outros órgãos não podem fazer um TAC mas podem fazer um acordo.

Além dessas confusões, as importantes questões práticas do acordo em ações coletivas não são resolvidas pelo Projeto CNJ. Por exemplo, persiste a dúvida sobre

29. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 14, “O representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária ao grupo. Se os termos do acordo forem adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos”). V. também Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 266-285 (subcapítulo 3.14, “Acordo coletivo adequado”).

a possibilidade de o representante do grupo realizar concessões em um acordo ou termo de ajustamento de conduta. O Projeto CNJ não responde nenhuma das dúvidas práticas que têm atordoadado a doutrina e os operadores nas últimas três décadas sobre o tema dos TACs. Ao contrário, cria um sistema novo ininteligível, que confunde ainda mais uma área carente de segurança jurídica.

5. GRAVES RETROCESSOS

Os graves retrocessos contidos no Projeto CNJ são em maior número e mais relevantes do que os seus parcos avanços. Esses retrocessos são inexplicáveis e inaceitáveis em um país pioneiro como o Brasil, no qual a doutrina e a prática processual coletiva alcançaram quatro décadas de experiência e sofisticação.

Somos o país que mais produz trabalhos acadêmicos e o que mais propõe ações coletivas. Não há país igual no mundo. É verdade que nem todos os trabalhos acadêmicos têm boa qualidade nem todas as ações coletivas beneficiam o grupo. Afinal, efetividade e eficiência não são o forte da cultura jurídica brasileira. Mas em volume, nenhum outro país do mundo se compara ao Brasil, nem em doutrina nem em prática. Em qualidade, nenhum país de tradição romano-germânica chega perto. A riqueza da nossa experiência é única e somos referência internacional. Depois de tanto desenvolvimento, fizemos por merecer algo bem melhor que esse Projeto CNJ.

A simples leitura do Projeto CNJ é insuficiente para dimensionar o retrocesso que ele impõe ao direito brasileiro. É preciso cotejá-lo com as normas da Lei da Ação Civil Pública e do Título III do Código do Consumidor para descobrir quais foram revogadas. Essas leis fazem parte do nosso patrimônio processual civil coletivo, uma conquista e uma tradição tutelada com desvelo por três gerações de juristas. Devemos levar a sério o fato de que essas leis serão revogadas pelo Projeto CNJ.

Entre os inúmeros dispositivos importantes ao sistema processual coletivo brasileiro atual que são revogados e não supridos pelo Projeto CNJ, estão os seguintes:

- a proibição do chamamento ao processo, do art. 88 do CDC;
- a condenação genérica, do art. 95 do CDC;
- o concurso de crédito, do art. 99 do CDC;
- a competência do domicílio do consumidor, do art. 101, I do CDC;
- a regra compelindo o Poder Público, do art. 102 do CDC;
- a lista dos direitos protegidos pela ação coletiva, do art. 1º da LACP;
- a autorização aos órgãos públicos legitimados a fazer um TAC, do art. 5º, § 6º da LACP;
- a eficácia de título executivo extrajudicial do TAC, do art. 5º, § 6º da LACP;
- o inquérito civil, dos arts. 8º a 10 da LACP.

Por falta de espaço e tempo, não discutirei aqui as consequências desse vazio legislativo. Ignorarei neste artigo todas as normas do CDC e da LACP que foram revogadas ou parcialmente revogadas pelo Projeto CNJ. Esse estudo exigiria um trabalho tão grande e cuidadoso quanto o presente artigo. Somente discutirei aqui a revogação das normas sobre o inquérito civil porque não dá para ignorar essa omissão.

Também por falta de espaço e tempo, ignorarei a oportunidade histórica perdida para enfrentar os reais problemas práticos das ações coletivas, corrigir os erros jurisprudenciais do STJ e STF e criar normas que aprimorem o sistema processual coletivo brasileiro. Precisamos de normas processuais coletivas efetivas especialmente na área da execução, a mais maltratada. Isso, o Projeto CNJ não teve o cuidado de fazer, embora o CNJ conhecesse a necessidade de aprimorar a execução coletiva.³⁰

Comentarei abaixo apenas as normas do Projeto CNJ que representam um retrocesso significativo à tutela coletiva, ignorando inúmeras outras.

5.1 O art. 2º do Projeto CNJ mantém a classificação tripartite dos direitos de grupo: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não se trata propriamente de um retrocesso, mas da solidificação de um erro. Já discuti sobre esse tema extensivamente em outra oportunidade, onde não somente critiquei a definição legal como defendi a classificação bipartite.³¹

O curioso é que a classificação tripartite do art. 2º do Projeto CNJ contradiz o caput do mesmo art. 2º do mesmo Projeto CNJ, que classifica a realidade da tutela coletiva em dois tipos: a “defesa dos direitos coletivos” e a “defesa coletiva de direitos individuais homogêneos”, apropriando-se da terminologia de Teori Zavascki.³² Também Barbosa Moreira usava uma classificação bipartite: litígios “essencialmente coletivos” e litígios “acidentalmente coletivos”.³³

A divisão entre direitos difusos e coletivos é invenção da doutrina italiana da década de setenta, que ainda tentava compreender as *class actions* modernas norteamericanas, nascidas em 1966. E nós brasileiros, em vez de nos inspirar no original, copiamos os italianos de forma acrítica, já que, por um acidente histórico,

30. Conselho Nacional de Justiça, Sumário Executivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva, 2017, p. 21 (“há uma percepção generalizada e reiterada de dificuldades diversas para a execução das sentenças. Essa percepção acaba por gerar desestímulo à mobilização social com vistas à utilização dos mecanismos de defesa dos direitos coletivos”).

31. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 200-223 (subcapítulo 3.6, “A definição legal dos direitos de grupo (difusos, coletivos e individuais homogêneos”).

32. V. Teori Zavascki, Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, RePro, 78: 32, 1995; *idem*, Processo coletivo, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007.

33. Barbosa Moreira, A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, in Temas de Direito Processual, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193; *idem*, Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, RePro, 61:187-189, 1991.

somos subservientes intelectuais do direito processual italiano, que tem uma doutrina riquíssima, mas é um dos menos eficientes da Europa.

Ademais, o Projeto CNJ não faz nenhuma distinção procedimental entre tutela de direitos difusos e a tutela de direitos coletivos. Se o procedimento é o mesmo, a distinção terminológica entre difuso e coletivo não tem utilidade jurídica. Como eu já disse,

Fazer distinção entre direito difuso e coletivo é tão inútil para o direito quanto fazer a distinção entre filho legítimo e ilegítimo ou natural e adotivo. Se houver um livro de Direito Civil que faça qualquer referência a tais distinções, é porque ele não foi adequadamente atualizado com a nova Constituição Federal. Tais diferenciações podem até ser “conceitualmente corretas” mas, juridicamente, não possuem qualquer relevância ou utilidade prática.³⁴

Distinguir filhos legítimos, ilegítimos e adulterinos, ou direitos difusos e coletivos podem ser assuntos interessantes em uma conversa de bar, mas não em um texto jurídico, especialmente em legislação. Essas distinções tampouco têm interesse acadêmico.

E o que é pior: perdido em conceitualizações, o Projeto CNJ não possui regras específicas para a tutela dos direitos difusos e coletivos nem regras específicas para a tutela dos direitos individuais homogêneos. Depois de fazer a distinção tripartite, o Projeto CNJ coloca todas as normas num liquidificador e as reúne em um texto único. O Projeto deveria fazer distinção mais clara entre o procedimento da tutela dos direitos difusos e coletivos de um lado, e o procedimento da tutela de direitos individuais homogêneos do outro. Isso porque há diferenças ontológicas entre essas duas realidades.

5.2 Gerando ainda mais instabilidade terminológica, o Projeto CNJ usa a expressão “direitos coletivos em sentido estrito”, sem definir o que seriam os “direitos coletivos em sentido amplo”. Acontece que o conceito de “direitos coletivos em sentido amplo” não está estabelecido claramente na doutrina brasileira: para alguns autores, a expressão engloba os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, para outros, somente os dois primeiros.³⁵

Ademais, chamar gênero e espécie pelo mesmo nome é confuso. Melhor chamar os três (ou dois) tipos de direitos de grupo simplesmente de “direitos de grupo” (*group rights*). Já discuti sobre isso em outra oportunidade.³⁶

34. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 219.

35. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 211.

36. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 211-212.

5.3 Na definição dos direitos individuais homogêneos, o art. 2º, III do Projeto CNJ inclui a ideia de “predominância”, conceituando-os como aqueles “decorrentes de origem comum e que apresentem caráter *predominantemente* homogêneo”.

Vou ignorar que o Projeto CNJ define os direitos homogêneos como aqueles de caráter homogêneo.

Com essa tacada, o Projeto CNJ importa desnecessariamente décadas de jurisprudência americana destruidora das ações coletivas. Embora pareça um conceito jurídico neutro e até louvável para quem observa de longe, quem conhece a realidade prática das ações coletivas americanas sabe que o requisito da predominância (*predominance*) é considerado um *class action killer*. Os advogados norte-americanos especializados em propor ações coletivas se utilizam de vários artifícios para evitar classificar suas ações coletivas como do tipo que exige a predominância. Já os advogados de réus se deleitam em usar esse requisito para destruir uma *class action* proposta contra seus clientes.

Não faz nenhum sentido importar uma técnica do processo civil norteamericano que tem se mostrado inútil e hostil à tutela coletiva. Já alertamos para esse perigo em outra oportunidade.³⁷

Comparatistas amadores, que desconhecem o contexto social e político do direito norte-americano, muitas vezes veem uma alteração legislativa ou jurisprudencial da *class actions* como se fosse uma evolução ou um aperfeiçoamento natural do direito. É mais fácil e mais simples pensar que o direito está em constante evolução, de forma uniforme e cartesiana. Essas pessoas não entendem que pode ser uma involução ou uma alteração política: mais para a direita, mais para a esquerda, ou mais para a loucura. É como ler uma reforma legislativa promulgada na Alemanha em 1937 e inocentemente pensar que o povo alemão está aprimorando o seu direito. Por isso, o jurista precisa ter senso crítico e humildade ao estudar o direito comparado.

5.4 O art. 4º, V do Projeto CNJ exige que a associação obtenha prévia autorização assemblear. Essa inovação vai de encontro à norma atual, que expressamente a dispensa.

Também a Súmula 629 do STF dispensa a autorização dos associados para que a entidade de classe impetre mandado de segurança coletivo. Vai de encontro também aos temas 82 e 499, onde o STF limitou esse requisito somente ao caso de associação atuar como representante e não substituta processual.

Ademais, todas as propostas brasileiras de codificação do processo coletivo mantiveram a norma atual e dispensaram a autorização assemblear... até hoje.

37. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 188-196 (subcapítulo 3.4, O requisito da predominância das questões comuns”).

A consequência dessa nova norma será dificultar e engessar a propositura das ações coletivas na prática, com mais burocracia e perda de tempo. Ela tem ainda uma consequência inesperada. Como veremos no item 6.2, a assembleia pode não autorizar a propositura de um processo coletivo meritório com receio das consequências catastróficas de derrota em ação coletiva.

5.5 O art. 5º do Projeto CNJ previu um sistema de controle judicial da representação adequada, com critérios definidos em um rol exemplificativo.³⁸ Trata-se de uma inovação útil, originalmente prevista na minha proposta de CPC Coletivo.³⁹

Mas o Projeto CNJ representa retrocesso em inúmeros aspectos que já estavam se consagrando na doutrina brasileira, e que começavam a se inserir na prática jurisprudencial.

O objetivo do controle judicial da representação adequada é proteger o grupo: ele existe apenas para garantir que os interesses do grupo estejam adequadamente representados em juízo. Mas o Projeto CNJ vira esse instituto de cabeça para baixo, utilizando-o para proteger o réu de associações hipoteticamente abusivas que propõem ações coletivas hipoteticamente abusivas. Devido a essa perspectiva equivocada, o Projeto CNJ usa o instituto para burocratizar, dificultar e impedir a atividade do representante sem que haja indícios de que o uso abusivo de ações coletivas seja o principal problema das ações coletivas.

Discutirei aqui apenas as questões mais prementes.

5.5.1 O Projeto CNJ fala em “representatividade”, quando deveria falar em “representação” ou “atuação” adequada.

Esta parece ser uma questão meramente terminológica, mas é uma questão de fundo, que é causada pela incompreensão do instituto. “Representatividade” é um conceito sociológico ou político: é a expressão social do legitimado coletivo. Fala-se em “representatividade” para designar a qualidade de uma pessoa, partido ou organização para exprimir politicamente os interesses de um grupo. Está-se no campo da legitimidade política.

Claramente, não é a legitimidade política ou social que importa para a defesa processual do grupo em juízo, mas a atuação adequada do representante dentro

38. V. Antonio Gidi, A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, *Revista de Processo*, Vol. 108, 2002, p. 61-70; *idem*, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 74-116 (subcapítulo 2.6, “Controle judicial da representação adequada”).

39. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 3.1). Posteriormente aprimorei a minha opinião em Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 103-110. Entre os vários livros, dissertações, teses e artigos posteriormente publicados sobre o assunto, v. Marcelo Cunha Holanda, *Ações coletivas: legitimidade e controle judicial da adequação do autor coletivo*, 2012.

do processo. Não se trata de um conceito abstrato a priori, mas concreto. Esse erro do Projeto CNJ solidifica um erro que supera a mera semântica, coisa que já discuti em outra oportunidade.⁴⁰ Está claro que não somente a palavra usada é errada, como o instituto não foi bem compreendido pelo Projeto CNJ. Aliás, poucas pessoas compreenderam esse tema no Brasil.

Esse erro reflete-se ainda no art. 138 do CPC, que exige que o *amicus curiae* seja entidade “com representatividade adequada”. O *amicus curiae* não precisa ter representatividade da sociedade; ele tem apenas que apresentar análises e informações confiáveis e úteis ao deslinde do processo. Grandes institutos de pesquisa, laboratórios ou universidades podem ser excelentes *amici*, que ajudarão o tribunal a decidir, mas não têm nenhuma representatividade da sociedade.

5.5.2 Outro grave defeito do Projeto CNJ é limitar o controle judicial da representação adequada às associações, não dando o mesmo poder ao juiz para controlar a representação adequada dos outros legitimados coletivos. Não faz sentido que o juiz possa controlar a atuação de um representante e não a de outro. Só faria sentido se o controle não fosse da atuação adequada no processo, mas da qualidade, da representatividade social de uma associação.

Já discuti o assunto em outra oportunidade, quando defendi que o juiz precisa ter o poder de controlar a adequação da atuação de todos os legitimados, inclusive do Ministério Público, da Defensoria Pública e de outros legitimados públicos.⁴¹ Obviamente, isso iria de encontro aos interesses corporativos dessas entidades.

5.5.3 Segundo o art. 5º, IV do Projeto CNJ, a adequação do representante é demonstrada “pelo quadro de especialistas no tema do objeto protegido pela ação, que deve existir na associação”.

Não entendo a necessidade desse requisito. Nenhuma outra proposta de codificação brasileira fez menção a isso. Parece um requisito inventado pelo CNJ.

Ademais, a forma atabalhoada como o texto é escrito dificulta a sua compreensão. Não sei o significado de “existir na associação”. Isso quer dizer que uma associação precisa ter especialistas na folha de pagamento ou entre seus sócios? Por um lado, a associação com capacidade financeira pode contratar quantos especialistas precisar para fazer perícias necessárias. E pode ser representada por um excelente escritório de advocacia quanto às questões jurídicas. Por outro lado, se o processo não exigir perícias, especialistas são inúteis. E ainda, especialistas que apenas emprestam seus nomes para as associações não têm nenhuma utilidade.

40. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 112-116.

41. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 97-98.

Também é difícil compreender o que é um “quadro de especialistas”. Seriam pessoas com formação acadêmica em direito? Peritos técnicos? Engenheiros? advogados? Assim, uma associação de consumidores não precisa ter como sócios apenas consumidores, mas consumeristas; uma associação em defesa do meio ambiente não precisa ter como sócios apenas cidadãos, mas ambientalistas; uma associação em defesa dos interesses de negros ou mulheres não precisam ter somente negros e mulheres, mas especialistas em estudos de gênero e raciais. E o que falar das associações de bairro e associações de empregadas domésticas ou lavadeiras ou frentistas?

Ademais, o que são “especialistas no tema do objeto protegido pela ação”? A lei exige especialistas em ações coletivas, no direito material ou na questão técnica relevante?

Parece que o objetivo desse requisito é aferir a “representatividade” social da associação, exatamente o que o instituto não é. Acontece que tudo isso é elitismo irrelevante, tanto para aferir a “representatividade” de uma associação como para aferir a sua atuação adequada no caso concreto.

Em vez de se preocupar com coisas inúteis, o Projeto CNJ deveria se preocupar com a pertinência temática da associação, um critério bastante desenvolvido pela doutrina e jurisprudência.

Ou seja, trata-se de mais um critério irrelevante num instituto mal compreendido.

5.5.4 Segundo o art. 5º, V do Projeto CNJ, a adequação do representante será demonstrada por um laudo contendo o número de pessoas atingidas pela atividade ilícita do réu.

O laudo pode até ser um elemento informativo importante em algum momento do processo, mas não entendo como essa informação possa ajudar a determinar a atuação (ou mesmo a representatividade) adequada do autor coletivo. Também não se sabe porque esse laudo se preocuparia apenas com o “número” de pessoas atingidas e não com a descrição do grupo, do ilícito e do dano. Ademais, o laudo pode ser caro para obter e algum juiz desinformado pode compreender o dispositivo como exigindo a sua apresentação. Sem falar que essa exigência é uma inversão de valores, porque é o réu quem deve fornecer um laudo contendo o número de pessoas atingidas pela sua atividade ilícita.

Esse é mais um critério irrelevante num instituto mal compreendido, e que pode ter consequências não imaginadas.

5.5.5 Curiosamente, o controle judicial da representação adequada no Projeto CNJ é realizado antes da citação do réu. De acordo com o art. 5º, § 1º, intima-se “o Ministério Público para que se manifeste acerca da representatividade adequada”. Somente depois de “reconhecida a representatividade adequada, determinar-se-á a citação do réu” (art. 5º, § 2º).

Essa cronologia não faz nenhum sentido e demonstra a má compreensão do tema pelo Projeto CNJ. Limitado à averiguação formal dos dados constantes na petição inicial, o controle da representação adequada se desvincula da atuação concreta do legitimado no processo coletivo e torna-se mero requisito formal: um concurso de beleza.

Ademais, como o juiz pode avaliar a adequação do representante “a qualquer momento do processo” (Projeto CNJ, art. 5º, § 4º), não faz sentido fazer essa análise antes da citação do réu para fazê-la novamente depois da sua contestação. Quem conhece as ações coletivas no direito comparado sabe que é o réu quem tem mais interesse em suscitar objeções à representação do legitimado. Como eu disse em outra oportunidade:

é do interesse da parte contrária ao grupo zelar pela adequação do representante do grupo. É corriqueiro, portanto, que a parte contrária impugne veementemente a adequação do representante, apenas com o objetivo de estimular uma investigação mais aprofundada pelo juiz e uma expressa decisão nos autos sobre o assunto. Somente se litigar contra um representante adequado poderá contrapor, em face de todos os interessados, com força de coisa julgada, uma eventual decisão contrária aos interesses do grupo.⁴²

Essa balbúrdia cronológica na fase inicial do processo coletivo é exacerbada porque, segundo o art. 11 do Projeto CNJ, “proposta a ação, deve-se-lhe dar toda publicidade possível”, com direito a edital, cadastro, site na internet e outros meios. Ou seja, todo o país saberá da propositura da ação coletiva contra o réu, menos ele, que não pode ser citado antes da decisão reconhecendo a representação adequada. E como não foi citado, o réu não poderá apresentar sua oposição à adequação.

O normal seria deixar a primeira análise preliminar da representação adequada para depois da resposta do réu, durante a fase de certificação da ação coletiva.

5.5.6 O Projeto CNJ prevê uma norma específica para a ação coletiva proposta por associações que é inconstitucional. Segundo dispõe o art. 10, § 4º do Projeto CNJ, a tutela provisória não poderá ser concedida antes do “reconhecimento judicial de sua representatividade adequada”.

Essa é uma norma muito estranha porque, uma vez que os requisitos da tutela provisória estejam presentes, não é relevante se o representante é adequado ou não. Ao contrário, tanto a sua atuação é adequada que conseguiu obter uma tutela provisória. Aparte o interesse de proteger o réu, não se entende a necessidade desse reconhecimento prévio da representação adequada.

Ademais, a lei não pode limitar a tutela provisória fundada no “justificado receio de ineficácia do provimento final”. Ao afastar do Judiciário ameaça a direito, essa norma viola o artigo 5º, XXXV da Constituição, ao retirar do juiz o poder geral de cautela.

42. Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, 2007, p. 103.

5.5.7 O retrocesso mais grave é que o Projeto CNJ é omissivo quanto ao controle judicial da representação adequada depois da formação da coisa julgada, especialmente no caso de uma sentença coletiva contrária aos interesses do grupo. Isso pode levar à interpretação equivocada de que a sentença e o acordo sanam a inadequação do representante. Essa interpretação equivocada é ainda mais provável em um sistema que tem sido marcado pela sanha de obter proteção ao réu e segurança jurídica à custa de justiça, da qual este Projeto é apenas o exemplo mais recente.

A minha proposta de CPC Coletivo, ao contrário, previa expressamente que a sentença coletiva não faria coisa julgada caso a representação fosse inadequada: “art. 18. A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por: I – representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros”.⁴³

5.5.8 É interessante ver a capacidade financeira do representante listada entre os critérios para avaliar a adequação de um representante. Esse requisito foi previsto na minha proposta de CPC Coletivo, mas o tema foi objeto de crítica por aqueles que não tinham compreendido o seu alcance.⁴⁴

O problema, todavia, é que, dentro do sistema do Projeto CNJ esse critério pode esconder uma consequência macabra, como discutirei adiante, no item 6.2, sobre as normas sobre despesas e sucumbência para as associações.

5.6 O Projeto CNJ prevê a intervenção de outros legitimados coletivos como litisconsortes (art. 4º, § 2º) ou assistentes litisconsorciais (art. 4º, § 5º). Essa não é exatamente uma inovação, pois já constava do art. 5º, § 2º da LACP, era defendida pela doutrina⁴⁵ e aceita pela prática, mas é louvável.

O art. 4º, § 2º do Projeto CNJ incorporou uma tímida flexibilidade, ao autorizar o interveniente a aditar o pedido e a causa de pedir até 30 dias depois da eventual intimação ou do edital. O que o Projeto CNJ deu com uma mão, porém, tirou com a outra, pois esse período é insuficiente para um letigimado conhecer a complexidade da causa coletiva proposta por outro. Ademais, a lei é limitante: curiosamente o autor não poderá aditar o pedido e a causa de pedir; só a parte interveniente.

Na minha proposta de CPC Coletivo, a flexibilidade da fase postulatória era total. O objeto do processo coletivo era “o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões transindividuais de que seja titular o grupo como as

43. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 18).

44. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 100-103.

45. Antonio Gidi, Assistência em Ações Coletivas, Revista de Processo, vol. 88, p. 269, 1995.

pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo”, desde que “o contraditório seja preservado”.⁴⁶

Essa proposta que eu fiz quase vinte anos atrás pode parecer óbvia, mas ainda parece revolucionária para os juristas chiovendianos mais formalistas. Na verdade, ela não é nem mesmo estranha ao nosso ordenamento jurídico. No processo penal, por exemplo, o Ministério Público pode aditar o pedido após a instrução e o acusado terá oportunidade de ser ouvido sobre o aditamento, de contestar e produzir novas provas acerca da parte aditada. De acordo com o art. 384 do Código de Processo Penal, “[e]ncerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública...” Os parágrafos seguintes trazem outros detalhes. Embora essa redação mais precisa seja de 2008, uma norma semelhante existia desde a promulgação do CPP em 1941. Portanto, não há desculpa para os juristas brasileiros empedernidos se recusarem a abrir a cabeça para essa possibilidade.

5.7 De acordo com o art. 9º, parágrafo único do Projeto CNJ, para que um membro do grupo possa se valer do resultado da ação coletiva, ele deverá desistir da sua ação individual.

Essa regra difere do previsto no art. 104 do CDC, segundo o qual, para se beneficiar da sentença coletiva, o membro do grupo precisaria apenas requerer a suspensão do seu processo individual trinta dias a partir da ciência nos autos da existência da ação coletiva.

No contexto do CDC, a coisa julgada se formava na esfera individual *secundum eventum litis*, somente para beneficiar, e no Projeto CNJ, a coisa julgada se forma *pro et contra*. Ainda assim, a regra do Projeto CNJ não se justifica.

Ou o Projeto CNJ não refletiu bem sobre como essa norma funcionaria na prática, ou quis prever uma armadilha para prejudicar o membro do grupo. Não é preciso ser um gênio para perceber o sério prejuízo que esse dispositivo poderá causar ao membro do grupo. Basta imaginar um membro do grupo que tenha proposto um processo individual e tenha interesse em se vincular à sentença coletiva. De acordo com o Projeto CNJ, ele terá que pedir extinção do seu processo individual. Ao fazê-lo, o membro do grupo arcará com as custas processuais e pagará honorários de sucumbência para o réu. Isto em si já seria um obstáculo ao funcionamento dessa norma.

Ademais, imagine que o processo coletivo venha a ser extinto sem resolução do mérito, por qualquer questão processual (falta de legitimidade, de representação

46. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (arts. 7 e 16).

adequada, de interesse etc). O membro do grupo, que tinha uma ação individual e outra coletiva, agora não tem mais nenhuma. Ele terá que propor uma nova ação individual... se estiver dentro do prazo prescricional. Essa armadilha é fortalecida com a outra armadilha discutida no item 6.1, sobre a não-interrupção da prescrição com a propositura da ação coletiva.

5.8 O art. 11 do Projeto CNJ prevê alguma publicidade do processo coletivo, o que pode parecer uma boa iniciativa. Porém, exceto a expressão meramente retórica (“toda publicidade possível”), o Projeto CNJ não dá às ações coletivas uma publicidade muito maior do que a dispensada pelo direito atual. Se o CNJ quisesse, poderia criar o cadastro de ações coletivas sem necessidade de lei, coisa que fez há uma década e não saiu do papel.⁴⁷ Com efeito, recentemente o CNJ recriou o mesmo cadastro de ações coletivas, com os mesmos objetivos.⁴⁸

5.8.1 Todavia, o cadastro de ações coletivas, tal como concebido pelo Projeto CNJ tem utilidade limitada: publicizar a existência de uma ação coletiva. Meras atualizações através de “relatórios mensais” são uma forma insuficiente de comunicação. Para haver um mínimo de publicidade, os autos dos processos coletivos devem ser abertos ao público e disponíveis na internet em tempo real, salvo eventuais documentos e informações que não mereçam exposição pública. De nada adianta para os membros do grupo (ou mesmo para seus advogados) receber atualizações com um ou dois meses de atraso em forma de relatórios com informações sumarizadas, escritas em código.

Não interessa ao membro do grupo saber que o processo coletivo do qual faz parte está “concluso” ou “recebido em secretaria” ou “carga retirados”. Primeiro porque o neojuridiquês online é impenetrável para o membro do grupo e também porque essas informações são irrelevantes. Ademais, ainda que os relatórios mensais contivessem um resumo das decisões mais importantes, em uma ação coletiva complexa, com muitos subgrupos, cada subgrupo poderá se interessar por um aspecto diferente do litígio. Não há como fazer um único resumo.

Somente o acesso ilimitado aos autos terá utilidade para os membros do grupo, para as associações, para os advogados e para a imprensa: isso é transparência e acesso democrático e adequado à informação completa.

Já discuti sobre o cadastro de ações coletivas em outra oportunidade.⁴⁹

47. <https://www.cnj.jus.br/cadastro-unico-dara-agilidade-as-acoes-coletivas/> (publicado em 09 de junho de 2011 e acessado em 14 de novembro de 2020).

48. <https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-normas-para-aprimorar-acoes-coletivas/> (publicado em 1º de setembro de 2020 e acessado em 14 de novembro de 2020).

49. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 334-336 (discutindo o Cadastro Nacional de Processos Coletivos e sua origem no direito colombiano, especialmente o art. 80 da Lei nº 472, de 1998).

5.8.2 O art. 11 do Projeto CNJ prescreve “toda publicidade possível” à ação coletiva proposta. Trata-se de uma linguagem bizarra, pois a expressão “toda possível” não possui sentido jurídico. Trata-se de retórica bonita, mas péssima técnica legislativa. Pretende-se mesmo exigir “toda” publicidade possível? “Tudo” que for “possível” tem que ser feito para dar publicidade ao processo coletivo? Obviamente que o artigo não vale o que está escrito.

O correto seria prever “ampla publicidade” ou “publicidade adequada”, ou ainda “a publicidade mais ampla possível em face das circunstâncias”. O direito americano, por exemplo, prevê “a melhor notificação possível em face das circunstâncias”.⁵⁰

5.8.3 Ademais, o que a lei dá em uma expressão (“toda publicidade possível”) retira com a seguinte, limitando-a a edital, cadastro, sites de agências e “outros meios”. Fica óbvio que a expressão “toda possível” tem valor meramente retórico: a notificação é “toda possível”, mas limitada ao que diz a lei e ao que se quiser fazer. Não é o “toda possível” de quem quer informar um grupo de pessoas interessadas; é o “toda possível” de um funcionário público cumprindo a lei burocraticamente através de relatórios mensais.

5.8.4 O art. 11 do Projeto CNJ prevê a publicidade da ação coletiva assim que a ação for proposta. Quem conhece o assunto sabe que esse não é o melhor momento para dar publicidade a uma ação coletiva.

A publicidade deveria ser dada em momento inicial do processo, mas somente depois da resposta do réu e depois de ouvir o Ministério Público. Não é preciso ser um gênio para perceber que não se deve dar publicidade a uma ação coletiva mal proposta ou que levante dúvidas sobre a licitude da atividade do réu sem que haja embasamento fático e teórico. Essa cautela é especialmente importante num mundo de notícias distorcidas ou falsas.

Em minha proposta de CPC Coletivo, a notificação ao grupo deveria ser dada “na fase inicial do processo coletivo”. O mais correto seria dar a notificação depois que a ação for certificada como coletiva.⁵¹

5.8.5 O Projeto CNJ se refere a dar “publicidade” à ação coletiva, em vez de “notificar” ou “informar” os membros do grupo. Essa parece ser uma questão meramente terminológica, mas não é. Dar publicidade é uma atividade genérica e

50. Rule 23(c) das Federal Rules of Civil Procedure: “the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances”.

51. Sobre a certificação da ação coletiva, v. João Paulo Lordelo Guimarães Tavares, *A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*, Ed. JusPodivm, 2020; Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, 2007, p. 192-213 (capítulo 5.1, “Certificação (class certification)”).

abstrata voltada para a sociedade, enquanto “notificar” é uma atividade concreta de dar informação específica a certas pessoas definidas.

O correto não seria prever publicidade do processo coletivo, mas sua notificação ampla e adequada para os membros do grupo titular do direito discutido. Já discuti sobre a notificação ao grupo em outra oportunidade⁵².

A minha proposta de CPC Coletivo previa a notificação de todos os legitimados coletivos e de uma amostra dos membros do grupo. Segundo o art. 5.1, “[a] notificação deverá ser econômica, eficiente e abrangente, direcionada a atingir o maior número possível de legitimados coletivos e membros do grupo. O Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos públicos relevantes, as associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis serão sempre notificados”.⁵³ Essa é a diferença entre dizer algo e não dizer nada.

Na época que eu propus o CPC Coletivo, a Defensoria Pública estava começando a adquirir legitimidade coletiva e estava fora do meu radar. Porém, um Projeto redigido em 2020 deveria prever a notificação da Defensoria Pública, para que decida se quer intervir como autora ou como *custos vulnerabilis*.⁵⁴

5.9 Em veneração ingênua e desinformada ao ideário da autocomposição de controvérsias, o art. 13 do Projeto CNJ prevê que “as partes poderão celebrar negócios jurídicos processuais em qualquer fase do processo, inclusive no cumprimento de sentença, cabendo ao juiz o controle de sua validade”. O Projeto CNJ parece limitar o juiz a um mero cancelador de acordos legalmente válidos, sem nenhum poder de controlar a adequação dos seus termos.

Ao contrário do que prevê o Projeto CNJ, porém, qualquer acordo entre representante e réu, seja o acordo processual ou de mérito, precisa ser avaliado em sua substância e aprovado pelo juiz como adequado para tutelar os interesses do grupo, e não meramente homologado como válido.

52. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 59-74 (subcapítulo 2.5, “Notificação coletiva adequada”); Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 5, “notificação adequada”).

53. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 5.1).

54. V., e.g., Bheron Rocha, Edilson Santana e Maurílio Casas. *Custos vulnerabilis*: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020. No mesmo sentido, Amélia Soares da Rocha e Mariella Pittari, Eco das vozes silenciadas: A imprescindível participação da Defensoria Pública como *custus vulnerabilis* no IRDR – Incidente de Resolução de Damanda Repetitiva sobre relação de consumo, Revista de Direito do Consumidor, vol. 131, p. 345-384, 2020.

A lógica negocial do processo individual não pode ser simplesmente transposta para o ambiente do processo coletivo. O próprio art. 190 do CPC limita a possibilidade de negócios jurídicos processuais aos processos que versem sobre direitos que admitam a autocomposição e conduzido por partes plenamente capazes. Da mesma forma que um procurador do Estado ou advogado da União não pode vincular a entidade que representa sem aprovação superior, o legitimado coletivo não pode vincular o grupo sem que haja um controle judicial. Afinal, no processo coletivo, o agente que negocia não é o titular do direito tutelado, mas seu porta-voz.⁵⁵

5.10 Ainda em veneração ingênua à autocomposição de controvérsias, o art. 13, parágrafo único do Projeto CNJ encoraja o acordo entre autor e réu sobre a destinação dos valores a serem pagos pelo réu. Não faz sentido que o réu, que violou os interesses da sociedade, tenha voz sobre como o dinheiro da indenização será usado.

Não se deixa raposa tomando conta de galinheiro. Imagine se os corruptos condenados pela Lava-Jato pudessem fazer um acordo com o Ministério Público sobre como o dinheiro recuperado pela operação deveria ser destinado. Certamente, haveria uma cláusula reservando parte do dinheiro para a compra de novas tornozeleiras ou para a reforma dos presídios. Ou, para ficar no exemplo das ações coletivas, imagine um grande produtor rural, acusado de desmatar terras protegidas ou de praticar escravidão, pudesse negociar com o representante que o dinheiro do acordo seria destinado a construir um aeroporto, estrada ou barragem que beneficiaria direta ou indiretamente as suas propriedades.

O réu poderá entrar em acordo sobre qual valor pagará a título de indenização ao grupo, mas não pode interferir sobre a forma como esse dinheiro será gasto. Naturalmente, o juiz poderá ouvir o réu, que poderá ter uma proposta interessante. Canja de galinha não faz mal a ninguém, só à galinha.

5.11 O art. 14 do Projeto CNJ prevê a competência “preferencial” de varas especializadas de ações coletivas. Já demonstrei em outra oportunidade que a criação de varas especializadas em processos coletivos é um equívoco porque concentraria muito poder em um único juiz.⁵⁶

Como eu disse na época, os juízes e promotores de varas especializadas em ações coletivas “serão encarregados de efetuar políticas públicas importantíssimas e se tornarão nomes corriqueiros em salas de aula, nas casas e na mídia, frequentemente

55. Antonio Gidi, A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, *Revista de Processo*, Vol. 108, 2002, p. 61-70.

56. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 240-243 (subcapítulo 3.8, “Juízos especializados”).

convidados para aulas inaugurais e entrevistas televisivas. Certamente essas pessoas terão um futuro político promissor. Será uma verdadeira fogueira de vaidades”.⁵⁷

Eu disse isso em 2008, muitos anos antes que Sérgio Moro e Deltan Dallagnol atraíssem atenção social e virassem nomes corriqueiros nas mesas de bar. Não faço aqui nenhuma crítica (positiva ou negativa) à atuação desses profissionais e não quero dar nenhuma conotação política ao texto. Por mais que alguns pensem que o Brasil precise de um “Sérgio Moro das ações coletivas”, há de se reconhecer que a nossa democracia não resistiria se essas mesmas pessoas fossem titulares de uma hipotética vara especializada de corrupção nacional por 25 anos, julgando todos os casos de corrupção do país.

Se eu percebi isso em 2008, não é preciso ser um gênio para perceber, hoje, o equívoco da proposta de criar uma vara especializada em ações coletivas.

Ademais, seria o único exemplo de especialização judiciária por tipo de ação e não por matéria. Já falei que “Uma eventual Vara Especializada de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos teria competência para processar e julgar processos das mais diversas áreas do direito, ousaríamos dizer todas as áreas do direito, inclusive algumas que seriam da competência de outras varas existentes.”⁵⁸ Eu pensei que tivesse convencido o CNJ, que em um estudo disse a mesma coisa.⁵⁹

A bizarrice maior desse dispositivo, porém, está em uma lei federal de processo dizer que a competência para processamento da ação coletiva é “preferencialmente de varas especializadas”. Não faz sentido estabelecer uma norma federal sugestiva de comportamento estadual. O termo “preferencialmente” não comanda nem proíbe: sugere. Ademais, é um comando sem significado jurídico, pois veiculado por lei federal, quando a competência para legislar sobre a organização judiciária é do Estado. (CF-88, art. 125) A aplicabilidade dessa norma é dúbia até mesmo no Judiciário Federal, quanto mais nos diversos poderes judiciários estaduais.

Preferencialmente, essa norma deveria ser abandonada junto com todo o Projeto CNJ.

5.12 Outra bizarrice do art. 14 é estabelecer a competência para qualquer ação coletiva na capital do Estado. Esse dispositivo simplista não consegue captar a complexidade do problema da competência coletiva adequada, um dos problemas mais complexos a serem enfrentados na tutela coletiva. Não faz sentido que uma ação

57. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 242.

58. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 242.

59. Conselho Nacional de Justiça, Sumário Executivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva, 2017, p. 16 e 19.

relacionada a um dano local no interior do Estado, a 700Km da capital, seja proposta na capital. Já discuti isso em outra oportunidade.⁶⁰

5.13 De acordo com o art. 25 do Projeto CNJ, a liquidação e a execução de direitos individuais homogêneos se fazem de forma individual pelas vítimas e seus sucessores. Já as liquidação e execução coletivas somente poderão ser promovidas no caso de valores destinados ao fundo ou obrigações de fazer.

O Projeto CNJ acaba com a possibilidade, prevista no art. 100 do CDC, de realizar liquidação e execução coletiva da quantia devida a título de direitos individuais homogêneos após “um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano”. Em seu lugar, segundo o art. 8º, § 3º do Projeto CNJ, a condenação pecuniária referente a direitos individuais homogêneos poderá ser destinada diretamente ao fundo quando a execução individualizada for economicamente inviável. Reduz-se, assim, desnecessariamente o alcance de uma norma útil para a sociedade. Quem ganha é o réu, que não responderá pela integralidade do dano causado à sociedade.

5.14 O art. 26 do Projeto CNJ adotou a coisa julgada *erga omnes pro et contra*. O Projeto CNJ acaba com o experimento brasileiro da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, que era extremamente complexo e despropositado. Já expliquei que a coisa julgada *secundum eventum litis* é uma farsa⁶¹, embora essa solução tenha feito escola na América Latina, virando um fetiche na região.

Por um lado, trata-se de inovação importante, originalmente prevista na minha proposta de CPC Coletivo, reforçada com a notificação, o opt out e o controle judicial da representação adequada.⁶² Por outro lado, como o Projeto CNJ não proporciona controle eficaz da representação adequada nem notificação adequada do grupo, a coisa julgada *pro et contra* será prejudicial aos membros do grupo: tira direitos sem proporcionar garantias como contrapartida.

Esses três institutos (coisa julgada *pro et contra*, controle judicial da representação adequada e notificação adequada do grupo) devem ser tratados em conjunto: a

60. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 243-253 (subcapítulo 3.9, competência coletiva).

61. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 290 (“Se compreendermos assim o tema, a coisa julgada coletiva *secundum eventum litis* do direito brasileiro perde todo o seu romantismo e passa a ser vista como ela realmente é: uma grande farsa”).

62. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 18. “A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por I – representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros”). V. ainda Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 286-299 (subcapítulo 3.15, “coisa julgada coletiva”).

fragilidade de um contamina os demais. No Projeto CNJ, como vimos, o controle da representação adequada é frágil (item 5.5) e a notificação é inadequada (item 5.8). Por isso, e em face de todos os outros retrocessos constantes no Projeto CNJ, sistematicamente adotados para benefício do réu e prejuízo do grupo, a adoção da coisa julgada *pro et contra* é um risco alto demais.

Alguns poucos juristas brasileiros se manifestaram contra a coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*. Os que eram contra, se preocupavam com dois problemas: a desconfortável e desigual posição do réu (isonomia e razoabilidade) e a ausência de economia processual para o Judiciário (efetividade).⁶³ Essa não é a minha preocupação: é tolice dizer que os bancos, os grandes interesses econômicos e o Estado estejam em posição de inferioridade nas ações coletivas, e que a coisa julgada *secundum eventum litis* é injusta com eles. Esse argumento não me comove: eu não tenho pena dos grandes litigantes repetitivos. Eu sou contra a coisa julgada *secundum eventum litis* porque ela é uma péssima opção política para o grupo. Já expliquei a minha opinião em outra oportunidade.⁶⁴

Em todo caso, é importante que o Projeto CNJ tenha previsto a obviedade de que a coisa julgada se opera em todo território nacional. Isso resolverá definitivamente o golpe que as ações coletivas sofreram há mais de duas décadas, quando o art. 16 da LACP foi emendado. Por outro lado, na ausência do texto atual do art. 16 da LACP (que será revogado), muito provavelmente, este dispositivo seria desnecessário. Já discuti sobre este assunto em outra oportunidade.⁶⁵

5.15 Segundo o art. 26, § 1º do Projeto CNJ, “a coisa julgada também se forma, quando a improcedência decorrer de insuficiência de prova”. Trata-se de norma desnecessária, porque as normas do CPC individual se aplicam subsidiariamente. Mas o Projeto CNJ achou importante repeti-la, para evitar que juízes habituados com o sistema anterior fizessem uma interpretação inteligente da coisa julgada. Esse artigo certifica que isso não poderá acontecer.

Essa norma abandona a regra atual, segundo a qual a coisa julgada coletiva não se forma em caso de improcedência por insuficiência de provas (CDC, art. 103, I e II). A norma adotada pelo Projeto CNJ é perigosa porque a insuficiência de prova decorre geralmente de representação inadequada. Não há motivo legítimo para o Projeto CNJ adotar essa norma rígida, porque a ação coletiva julgada improcedente prejudicará o direito de milhares ou milhões de pessoas que estão sendo representadas em juízo, especialmente em um sistema de coisa julgada *pro et contra*.

63. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 291 (citando bibliografia).

64. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 291-294.

65. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 426-429 (subcapítulo 5.3, “limites territoriais da coisa julgada”).

A ressalva prevista no § 2º é insuficiente e desnecessária. Segundo o § 2º, “nova (*sic*) ação coletiva pode ser proposta, com base em nova prova, se o autor demonstrar que esta não poderia ter sido produzida no processo anterior.” Essa solução é equivocada em tantos níveis diferentes que fica até difícil explicar.

Em primeiro lugar, no contexto do processo coletivo, não faz sentido impor ao representante o ônus de ter que demonstrar que a prova não poderia ter sido produzida pelo representante do processo anterior. Como a nova (*rectius*: a mesma) ação coletiva será proposta por outro legitimado, ele terá dificuldade em demonstrar o que aconteceu no processo anterior. Ademais, a ressalva não se aplica à situação mais típica de uma ação coletiva: o representante que propôs a primeira ação coletiva pode não ter atuado adequadamente e não ter produzido a prova por incompetência, desídia ou desonestidade. Essa peculiaridade da ação coletiva não está contida no conceito tradicional de “não pôde fazer uso” da ação rescisória individual (CPC, art. 966, VII). Não é possível impor ao processo coletivo a tradição da ação rescisória, que tem outra história e outro objetivo. Por fim, se o objetivo foi usar o critério da ação rescisória do CPC, essa é mais uma entre as inúmeras repetições desnecessárias do Projeto CNJ.

A minha proposta de CPC Coletivo previa que a ação coletiva julgada improcedente por insuficiência de prova não transitaria em julgado.⁶⁶ Segundo o art. 18, “[a] coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por II – insuficiência de provas”. Parece uma solução mais simples e mais justa para o caso de ações coletivas.

5.16 O art. 29 do Projeto CNJ prevê que o acordo coletivo será “homologado” pelo juiz depois de uma audiência pública e manifestação do MP.

Mas o Projeto CNJ não prevê critérios para a homologação. Tradicionalmente, “homologar” exige somente controle de validade; não se faz controle de mérito em homologações. O § 1º diz “homologado judicialmente para ter validade”, o que pode levar à interpretação de que o juiz realiza um mero controle de legalidade. Como o juiz brasileiro não tem a tradição de controlar o mérito de acordos, o Projeto CNJ tinha que desenvolver essa questão.

O correto seria que o acordo coletivo somente tivesse força de coisa julgada *erga omnes* se ele fosse “aprovado” pelo juiz. E um acordo somente seria aprovado caso os seus termos fossem “adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros”.⁶⁷ A expressão “acordo adequado” não é uma figura retórica; ela está muito bem definida na prática norteamericana. Essa experiência norteamericana

66. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208.

67. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 14, “acordo adequado”).

com a aprovação de acordos coletivos adequados, que poderia servir de guia para o nosso legislador, foi ignorada.⁶⁸

Na minha proposta de Código de Processo Civil Coletivo, eu previ o acordo coletivo adequado, porque a prática internacional demonstrou a sua importância prática. Nela estavam previstos critérios para a realização da audiência (*fairness hearing*) e da aprovação judicial do acordo coletivo adequado. Segundo o art. 14, caput, “O representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária ao grupo. Se os termos do acordo forem adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos”.⁶⁹ O resto do dispositivo disciplinava o procedimento de aprovação do acordo.

O Ministério Público não gostará dessa intervenção da magistratura em seus acordos (ou TACs). Eles dirão que essa é uma burocratização necessária. Mas a análise da adequação do acordo, a audiência pública e sua aprovação judicial são essenciais para que o acordo vincule o grupo.

5.17 Ainda em veneração ingênua à autocomposição de controvérsias, o art. 29, § 5º do Projeto CNJ prevê que “celebrado acordo por associação que tenha autorização específica de seus membros para tal, são dispensáveis audiência pública, manifestação do Ministério Público e homologação judicial, ficando a eficácia do acordo restrita a seus membros.”

Em primeiro lugar, a associação propõe uma ação coletiva em benefício de todos os membros do grupo, e não apenas em benefício dos seus membros.

Ademais, não parece uma boa ideia permitir que uma associação vincule todos os seus membros sem qualquer controle, inclusive prejudicando seus interesses, somente porque ela tem uma autorização genérica para fazer acordo. O controle da adequação do acordo em uma ação coletiva bem como a audiência pública não deve ser visto como uma punição, mas como algo natural: todo acordo realizado em ação coletiva exige controle judicial de mérito, para assegurar que os interesses dos membros do grupo sejam protegidos adequadamente. E os membros que se oponham ao acordo, devem ter o direito de apresentar objeção perante o juiz e o de se excluir do acordo.

Ademais, não se compreende o que seja a “autorização específica” dos membros de uma associação. Seria uma autorização assinada por cada membro da associação? Se for assim, o processo coletivo somente poderia ser extinto se todos os membros da associação dessem essa autorização. Caso houvesse dissidência, esses membros da

68. Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, 2007, p. 306-360.

69. Antonio Gidi, *Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito*, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208. V. também Antonio Gidi, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, 2008, p. 266-285 (subcapítulo 3.14, “Acordo coletivo adequado”).

associação não seriam atingidos pelo acordo (ou o acordo não poderia ser realizado). Ou seria uma autorização obtida por voto da maioria dos membros presentes em uma reunião? Se for assim, vários membros da associação podem ser contrários a autorizá-la a fazer acordo. Todos os membros da associação serão vinculados pelo acordo, ainda aqueles contrários a dar a autorização? O membro teria que de desfiliar da associação para não ser atingido pelo acordo?

Ademais, essa autorização (individual ou em votação), seria abstrata? Seria um cheque em branco assinado antes de saber os termos do acordo? Ou a autorização somente seria dada depois que os termos do acordo são conhecidos pelos membros da associação?

As indefinições não param por aí. Imaginemos uma ação coletiva proposta por uma associação que decide fazer um acordo com a parte contrária limitado aos seus membros. Os direitos dos membros do grupo violado que não são membros da associação serão abandonados no meio do processo e ficarão sem representante. O MP ou outro legitimado deverá então assumir a condução dessa ação coletiva.

Ou seja, essa ideia não faz sentido, e não funcionaria nem na teoria nem na prática.

5.18 Segundo o art. 31, § 3º do Projeto CNJ, “no caso de a ação versar sobre direitos individuais homogêneos, a reparação dos danos individuais será feita diretamente, por iniciativa dos lesados, em contas vinculadas a seus nomes, podendo o valor da condenação ser revertido para o fundo, sendo ínfimo o montante do dano, patrimonial ou extrapatrimonial, suportado individualmente”.

Não se compreende por que o direcionamento de valores para o fundo acontece somente quando o montante do dano individual for ínfimo. Com muito maior razão, deve-se considerar esse direcionamento para o fundo quando os danos são grandes e um número incompatível de membros do grupo os pleiteia. Como mencionei acima, o Projeto CNJ abandona a norma do art. 100 do CDC, que autoriza a liquidação e execução coletiva da quantia devida a título de direitos individuais homogêneos após “um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano”. Quem se beneficia com a proposta do CNJ são os réus que cometem ilícito. Quem sai perdendo é a sociedade.

5.19 Como disse acima, por falta de espaço e tempo, não vou discutir as revogações feitas pelo Projeto CNJ ao Código do Consumidor e à Lei da Ação Civil Pública. A única revogação que eu vou discutir aqui é das normas sobre inquérito civil, constantes dos arts. 8º a 10 da LACP. Elas foram revogadas sem que nada tenha sido previsto em seu lugar.

Curiosamente (ou previsivelmente), a única vez que o Projeto CNJ se referiu ao inquérito civil foi em uma norma que nega sua utilidade (art. 20). Isso demonstra a sua má-vontade com o instituto.

É verdade que o inquérito civil está garantido na Constituição Federal (art. 129, III) e é regulamentado pela Resolução nº 23 do CNMP e por normas internas de cada Ministério Público. Também há referência a ele na Lei complementar 75/93 e na Lei 8625/93. Mas omitir a previsão do inquérito civil na nova lei geral das ações coletivas pode ter consequências devastadoras. No mínimo, vai enfraquecer a sua fundação.

Não vou discutir aqui o alcance de cada norma revogada, mas uma delas é preocupante: a revogação do art. 10 da LACP. Sem ele, desaparece o crime de recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação coletiva requisitados pelo Ministério Público. Todo o sistema do inquérito civil desmorona sem essa norma. Assim como faz com a ação coletiva, o Projeto CNJ tira as garras do inquérito civil e o transforma num monstro dócil e desdentado. Quem sabe, se o Ministério Público pedir com jeitinho, ele consiga a colaboração do réu para obter as informações necessárias a propor uma ação coletiva...

A revogação dos arts. 8º e 9º da LACP pode não ter consequências imediatas tão dramáticas quanto a do art. 10, mas deixará uma parte importante da regulamentação do inquérito civil subordinada às vibrações políticas do momento.

6. RETROCESSOS QUE INVIABILIZARÃO AS AÇÕES COLETIVAS

Algumas normas propostas pelo Projeto CNJ vão além de serem simplesmente mal escritas, atécnicas ou representem retrocesso ou oportunidade perdida de avanço. Elas são armadilhas que prejudicarão os membros do grupo e inviabilizarão as ações coletivas.

As normas mais perversas, aquelas que merecem discussão à parte, são a não-interrupção da prescrição na pendência da ação coletiva e as normas sobre despesas e sucumbência. A genialidade dessas normas é que elas são aparentemente neutras: o leitor desatento, aquele que desconhece a realidade dos conflitos de massa, não compreenderá como elas afetam o delicado equilíbrio das ações coletivas, prejudicando sistematicamente os grupos e beneficiando sistematicamente os réus.

Esta é, portanto, a parte mais importante deste artigo.⁷⁰

6.1 A não-interrupção da prescrição com a propositura da ação coletiva

O art. 26, § 4º do Projeto CNJ prevê que “a propositura da ação coletiva não interrompe a prescrição para ações individuais”.

Essa norma é uma armadilha cruel para os membros do grupo que confiaram na ação coletiva e não propuseram suas ações individuais. Caso o processo coletivo

70. Uma versão resumida desse item foi publicada no Conjur. V. Antonio Gidi, O Projeto CNJ e a decadência das ações coletivas no Brasil, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/antonio-gidi-projeto-cnj-decadencia-acoes-coletivas> (acessado em 06 de novembro de 2020).

venha a ser extinto sem resolução de mérito depois do prazo prescricional, o direito de todos os membros do grupo parece sem que tenha sido apreciado em juízo. Ninguém poderá propor mais a sua ação individual. Sequer a mesma ação coletiva poderá ser reproposta, ainda que o vício processual possa ser remediado. O Estado não pode usar as normas processuais como uma arapuca para enganar os cidadãos desavisados e retirar os seus direitos: isso seria uma traição.

Não há motivo moral ou juridicamente legítimo para se adotar essa norma. Segundo a Exposição de Motivos do Anteprojeto CNJ, “[a]dmitir que prevaleça *certa posição jurisprudencial* no sentido da interrupção da prescrição implica, praticamente, a criação de prazos infinitos” (grifos meus). O deboche com que a Exposição de Motivos se refere a *certa posição jurisprudencial* é injustificado: essa é a posição firme do STJ.⁷¹ Aliás, essa é a posição prevalente (ou uniforme) em todo o mundo. Desconheço jurista brasileiro ou internacional sério que estude as ações coletivas e defenda posição diversa.

Ademais, é disparatado dizer que os prazos prescricionais serão “infinitos” se a propositura da ação coletiva interromper os prazos prescricionais. É como se dissesse que o processo coletivo nunca fosse extinguir com resolução do mérito e o conflito fosse ficar aberto para sempre. Afinal, a ação individual civil e penal sempre interrompeu a prescrição no Brasil (e em todo mundo) e ninguém jamais ousou dizer que o prazo prescricional seria infinito.⁷²

Os principais objetivos de uma ação coletiva são facilitar o acesso à justiça e reduzir o número de demandas judicializadas. Assim, espera-se que a ação coletiva desestimule os membros do grupo a propor suas ações individuais. Para que isso ocorra, porém, os membros do grupo precisam confiar nas instituições e no resultado do processo coletivo. É um contrassenso, portanto, que o prazo prescricional das pretensões individuais continue a correr na pendência da ação coletiva.

Essa norma inusitada do Projeto CNJ é um convite para os membros do grupo ajuizarem ações individuais, ainda que haja ação coletiva em curso com objeto correspondente. O Projeto CNJ obtém a propalada segurança jurídica para os réus à custa dos direitos dos membros do grupo que confiaram no sistema. Transforma-se “segurança jurídica” em “tranquilidade jurídica” para os réus: tranquilidade para poder violar impunemente o direito de grupos e se ocultar atrás das normas técnicas da ação coletiva.

O natural, porém, seria adotar a norma oposta: a suspensão (ou interrupção) da prescrição do direito individual na pendência do processo coletivo. Compreendeu-o

71. AgInt no REsp 1878630 – SP, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJ 24/09/2020 (“é firme nesta Corte o entendimento segundo o qual o ajuizamento de ação coletiva interrompe a prescrição para fins de manejo de ação individual”).

72. Para citar apenas o direito processual civil e penal brasileiro, v. CPC-39, art. 166, V; CPC-73, art. 219 e 617; CPC-15, arts. 240, § 1º e 802; Código Penal, art. 117.

bem Helena Campos Refosco: “O risco de reconhecimento da prescrição da pretensão pode potencializar a propositura desnecessária de ações individuais, o que acarreta o dispêndio de recursos ao incentivar a propositura de ações apenas como precaução contra riscos que sejam vistos como mais aparentes nas ações coletivas”.⁷³

A autora discute o caso infame dos poupadores lesados com os planos econômicos heterodoxos das décadas de 1980 e 1990, em que o STJ equivocadamente alterou seu entendimento anterior sobre prescrição, para aplicar o prazo quinquenal nas ações coletivas, ainda que o prazo nas ações individuais em tutela do mesmo direito material fosse vintenário.⁷⁴ A extinção súbita da ação coletiva fez com que os poupadores que aguardavam de boa fé a resolução da ação coletiva tivessem que propor milhares de ações individuais. O problema foi que o prazo prescricional das pretensões individuais já tinha escoado. Alguns julgados, acertadamente, consideraram que a propositura da ação coletiva havia interrompido a prescrição das pretensões individuais⁷⁵, mas outros consideraram, equivocadamente, que não teria havido a interrupção⁷⁶. O direito de muitos poupadores prejudicados desapareceu de um dia para o outro, pelo passe de mágica de uma filigrana jurídica inventada pelo autoproclamado Tribunal da Cidadania para favorecer réus reconhecidamente violadores de direitos e prejudicar os cidadãos.

O Projeto CNJ vem agora legitimar retroativamente uma situação que tanto prejudicou a população brasileira. E o que achamos absurdo alguns anos atrás vai passar a ser a realidade de todos os dias. Não podemos aceitar isso calados.

Nos Estados Unidos, por exemplo, é regra incontroversa há meio século que “o prazo prescricional das pretensões individuais dos membros ausentes [é] interrompido com a propositura da ação coletiva [e] recomeça a correr quando a ação é extinta”.⁷⁷ De acordo com a minha proposta de CPC Coletivo, “a propositura da ação coletiva interromperá o prazo prescricional das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia coletiva.” “O prazo prescricional recomeçará a correr a partir da notificação ao grupo da decisão transitada em julgado”.⁷⁸ A mesma norma

73. Helena Campos Refosco, *Ação Coletiva e Democratização do acesso à Justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 305.

74. REsp 1.070.896/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 4/8/2010. Esta decisão foi um golpe na população brasileira, com o objetivo de proteger os interesses dos bancos. O seu equívoco é manifesto, mas isso é assunto para outro artigo.

75. REsp 1426620 - RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJ 12/08/2015.

76. Reclamação 22.484 – RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 05/12/2014.

77. Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, 2007, p. 315. V. *American Pipe & Constr. Co. v. Utah*, 414 U.S. 538 (1974).

78. Antonio Gidi, *Código de Processo Civil Coletivo*. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 8, “Interrupção da prescrição”). V. ainda Antonio Gidi, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, 2008, p. 135-144 (subcapítulo 2.11, “Propositura do processo coletivo interrompe a prescrição”).

foi adotada em todas as propostas brasileiras de codificação do processo coletivo... até hoje.

O Projeto CNJ diz que “a propositura da ação coletiva não interrompe a prescrição para ações individuais”. Esqueceu de prever o efeito da propositura da ação coletiva quanto à prescrição para outras ações coletivas. Ainda bem que não o fez porque, se tivesse pensado no assunto, provavelmente diria que também não interromperia a prescrição quanto às pretensões coletivas. A omissão abre a porta para uma interpretação inteligente que impeça uma maldade maior com o povo brasileiro. É decepcionante quando a melhor parte de uma lei está nas suas omissões; é quando sabemos que não podemos confiar no Estado.

O Projeto CNJ deveria ter corrigido o erro do STJ e previsto expressamente que o prazo prescricional na ação coletiva é o mesmo do direito material pleiteado. Mas claramente não houve interesse político para resolver essa questão da melhor forma para os cidadãos brasileiros.

6.2 As despesas e a sucumbência para as associações

Tanto o Código do Consumidor como a Lei da Ação Civil Pública preveem normas especiais sobre custas e sucumbência: os autores não adiantarão custas ou quaisquer outras despesas nem serão condenados em honorários advocatícios, custas e despesas em caso de sucumbência, salvo associações agindo em má-fé.⁷⁹ Essas normas foram fundamentais para o desenvolvimento do processo coletivo no Brasil. Estava claro então, como está claro hoje, que as associações precisam de incentivos para poder promover ações coletivas.

O Projeto CNJ vira o sistema vigente de cabeça para baixo, ao prever em seu art. 35 que “aplicam-se às ações coletivas as regras relativas às custas e à sucumbência do Código de Processo Civil”.

O art. 35 parece ser apenas mais um caso de repetitividade inocente no Projeto CNJ. Afinal, como vimos, o art. 33 já prevê que o CPC se aplica subsidiariamente às ações coletivas. Não havia necessidade de se repetir. Mas por trás da reiteração há, talvez, o receio de que se forme uma jurisprudência inteligente, que não aplique as regras de custas e sucumbência do CPC às ações coletivas, em face da tradição do processo coletivo brasileiro. Esse artigo elimina, portanto, a possibilidade de uma jurisprudência criativa e inteligente.

Se o Projeto CNJ for promulgado, a associação terá que pagar custas no momento da propositura do processo coletivo. Essas custas podem ser significativas, uma vez que os processos coletivos envolvem pedidos de alto valor e as custas processuais são elevadas. Esse valor, por si só, pode desencorajar a propositura de ações coletivas

79. CDC, at. 87 e LACP, art. 18.

meritórias. E o pior nonsense: dez mil ações individuais poderão obter a gratuidade da justiça, com despesa imensa para o Poder Judiciário, mas a ação coletiva, não.

Mas o Projeto CNJ não para por aí, pois uma associação terá a responsabilidade objetiva de pagar honorários sucumbenciais em caso de o processo ser julgado improcedente por qualquer motivo, inclusive alteração na orientação jurisprudencial após a propositura da ação coletiva. Para piorar, os arts 82-97 do CPC, que regulam os honorários de sucumbência, criaram um sistema caríssimo para as partes, inclusive vedando a compensação em caso de sucumbência parcial.

Não é preciso ser um gênio para perceber que essa norma inviabilizará qualquer legitimado (que não seja o Ministério Público ou a Defensoria Pública) a propor qualquer ação coletiva. Qualquer associação estará sujeita à falência com a simples propositura de qualquer ação coletiva. Se o Projeto CNJ for promulgado, o processo coletivo proposto por associações acabará.

Por si só, as regram que impõem custas e honorários de sucumbência já seriam suficientes para impedir a propositura de ações coletivas meritórias por associações. Mas o risco do Projeto CNJ para as associações não para por aí. Outras duas armadilhas podem estar escondidas na combinação destes com outros artigos do Projeto CNJ.

O art. 5º, II do Projeto CNJ exige que a associação tenha “capacidade financeira, inclusive para arcar com despesas processuais da ação coletiva” (discutida no item 5.5.8, acima). Essa norma parece impedir que uma associação possa obter a gratuidade da justiça: se, para ser adequada, a associação precisa ter *a priori* capacidade financeira para arcar com as despesas processuais, seria estranho ela alegar que não tem a capacidade financeira para pagar as custas exigidas por lei. Ademais, e talvez ainda mais perigoso, esse dispositivo parece permitir ao juiz não aceitar um processo coletivo, ainda que com forte probabilidade de sucesso, se a associação não tiver dinheiro em caixa (ou imóveis) para pagar eventuais honorários de sucumbência. Esta não seria uma decisão inteligente, mas tudo é possível no espírito do Projeto CNJ, que é marcado pela proteção aos réus.

Outra armadilha escondida é a exigência de autorização assemblear, contida no art. 4º, V do Projeto CNJ (discutida no item 5.4). Com receio das consequências catastróficas de derrota em ação coletiva, a assembleia pode não autorizar a propositura de um processo coletivo meritório. Ao tornar a ação coletiva uma atividade de alto risco, o Projeto CNJ coloca a associação na posição de ter que optar entre sobreviver financeiramente ou proteger os interesses para os quais foi criada.

Em vez de se preocupar com a capacidade financeira dos legitimados para propor uma ação coletiva, o Projeto CNJ deveria se preocupar com o que é realmente importante: a dificuldade que os representantes enfrentam em pagar as perícias.⁸⁰ Isso

80. O CNJ sabe disso. V. Conselho Nacional de Justiça, Sumário Executivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva, 2017, p. 20.

faz com que os legitimados tenham que mendigar ajuda a instituições públicas. Não se conduz uma ação coletiva com favores. No meu CPC Coletivo, o Fundo poderia ser usado para custear processos coletivos.⁸¹ Curiosamente, 15 anos depois, o CNJ chegou a conclusão semelhante: “Os magistrados entrevistados fizeram diversas sugestões para equacionar esse problema, destacando-se a sugestão de criação de um fundo para arcar com a antecipação dos honorários periciais”.⁸²

O Projeto CNJ cria uma ação coletiva de segunda classe para as associações. Em inúmeras normas, o Projeto CNJ discrimina as associações. Uma delas é a impossibilidade de obter uma medida provisória fundada no “justificado receio de ineficácia do provimento final” antes do “reconhecimento judicial de sua representatividade (*sic*) adequada” (Projeto CNJ, art. 10, § 4º) (discutida no item 5.5.6). Outra é que somente associações se submetem ao controle judicial da representação adequada (Projeto CNJ, art. 5º) (discutida no item 5.5.2).

Tudo isso vai de encontro com a pesquisa patrocinada pelo próprio CNJ, que lamentava que as associações não propunham muitas ações coletivas e sugeria que “as ações coletivas, quando vitoriosas, poderiam constituir fonte de recursos para essas associações”.⁸³

6.3 A sucumbência para o Ministério Público e a Defensoria Pública

A norma de honorários de sucumbência especificamente criada pelo Projeto CNJ para o Ministério Público e para a Defensoria Pública é melhor que aquela para as associações, mas também não é muito atraente. O art. 35, parágrafo único do Projeto CNJ prevê que essas entidades serão responsáveis pelos ônus sucumbenciais, se a ação coletiva for “tida como manifestamente infundada, por decisão unânime”.

Essa norma gerará um transtorno em todos os Ministérios Públicos e Defensorias Públicas do país. Os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública têm independência funcional para propor as ações que estiverem dentro de seu âmbito de atribuição e as instituições não podem fazer nada para impedi-los. Isso quer dizer que qualquer promotor ou defensor, em qualquer cidade do país, poderá gerar um prejuízo enorme para sua instituição. É o próprio Estado e os cofres públicos que serão prejudicados.

81. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (“art. 24.1, “Os recursos do Fundo (...) deverão ser utilizados de forma discricionária, criativa e flexível (...), inclusive através do financiamento e da fiscalização de outras ações coletivas”).

82. Conselho Nacional de Justiça, Sumário Executivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva, 2017, p. 21.

83. Conselho Nacional de Justiça, Sumário Executivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva, 2017, p. 19-20 e 24.

Não há dúvida de que pode haver excesso do Ministério Público ou da Defensoria, e que qualquer um dos seus membros pode propor ações coletivas que gerem prejuízos enormes para os réus. Mas se esse é o problema que preocupa o Projeto CNJ, que enfrente especificamente essa questão. Não se usa um machado para aplicar uma injeção.

Ademais, a expressão “manifestamente infundada” é um conceito aberto que não está estabelecido na jurisprudência. A lei sequer exige má-fé. Uma ação que propusesse o reconhecimento da união homoafetiva provavelmente seria “manifestamente infundada” no ano anterior àquele em que sua validade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Várias ações podem ser consideradas “manifestamente infundadas” por muitos anos antes de serem aceitas como pacíficas. Aliás, isso faz parte do próprio desenvolvimento do direito. O Projeto CNJ criará, com essa norma, um ambiente de instabilidade e insegurança, que é contrário à segurança jurídica que alega buscar.

Se o Projeto CNJ vier a ser promulgado, o que não se espera, que ao menos a expressão “manifestamente infundada” tenha uma interpretação restritiva. Uma ação somente deverá ser considerada manifestamente infundada se ela não tiver nenhum suporte fático ou não ofereça um argumento razoável de modificação do direito.

6.4 O efeito de alterar as normas de sucumbência nas ações coletivas

Ao alterar as normas de sucumbência, o Projeto CNJ intimida as instituições mais ativas na propositura das ações coletivas e limita o acesso à justiça dos grupos sociais. Trata-se de um ataque frontal às associações, ao Ministério Público e às Defensorias Públicas. É uma ameaça velada, disfarçada em forma de dispositivo legal.

Ademais, a imensa responsabilidade financeira gerada pelo Projeto CNJ para os representantes do grupo é despropositada. Os honorários de sucumbência não são sequer destinados para as empresas réus, mas para os bolsos dos seus advogados. Isso porque o Estatuto da Advocacia e da OAB, desde 1994, transferiu para os advogados os honorários de sucumbência, que tradicionalmente pertenciam à parte vitoriosa para se ressarcir das despesas efetuadas com o processo. E o CPC de 2015 jogou sal na ferida, aumentando ainda mais esse ônus para a sociedade, em benefício dos interesses corporativos da classe de advogados. Mas esse é tema para outra briga, quer dizer, para outro artigo.

7. CONCLUSÃO

Li e reli o Projeto CNJ, tentando compreender os motivos para a criação de normas perversas para disciplinar matéria tão cara ao povo brasileiro. Uma leitura crítica revela que o objetivo não foi aprimorar o processo coletivo, mas esvaziá-lo. Entre inovações pífiás, imprecisões e inutilidades, a maioria das normas do Projeto CNJ sabota o sistema brasileiro: elas sistematicamente beneficiam os réus e sistematicamente prejudicam os grupos sociais, debilitando as ações coletivas.

O desequilíbrio é aparente; nem houve a preocupação de esconder o objetivo nas entrelinhas. O Projeto CNJ contém poucas normas específicas do processo coletivo, mas as poucas que contém foram cirurgicamente selecionadas para infligir o maior dano à tutela coletiva, esvaziando todas as conquistas das últimas décadas.

Os inúmeros retrocessos do Projeto CNJ são de graus variados: alguns são meras imprecisões técnicas, outros são aborrecimentos, outros são exigências burocratizantes, outros não fazem nenhum sentido, outros criam entraves e muitos prejudicam diretamente a tutela coletiva. Os retrocessos mais graves comprometem a higidez do sistema processual coletivo brasileiro. Os retrocessos são muitos: ao se acumularem, eles potencializam o efeito devastador de cada um deles isoladamente.

É fácil prever o quão devastadoras serão as consequências práticas do Projeto CNJ. Em vez de fomentar as ações coletivas, fortalecê-las e aprimorá-las, em vez de torná-las efetivas, o Projeto CNJ restringe o acesso à justiça dos direitos de grupo, intimidando as instituições e impedindo-as de atuar. O Projeto CNJ dificulta a propositura de ações coletivas, especialmente pelas associações, mas também pelo Ministério Público e pelas Defensorias Públicas. Em vez de avançar, o Projeto CNJ caminha para trás. Seria mais honesto abolir as ações coletivas, pois o efeito prático será o mesmo. Aliás, um dos objetivos fracassados do Projeto CNJ foi acabar com a ação coletiva em tutela dos direitos individuais homogêneos. Se o CNJ começar a usar o seu poder jurídico e político para reduzir os direitos dos cidadãos, talvez esteja na hora de criar um “órgão externo” para controlar o CNJ.

As principais falhas do Projeto CNJ não se devem à falta de experiência ou à ausência de bons modelos, mas a escolhas políticas maléficas. O trabalho de confeccionar um Código de Processo Civil Coletivo inovador e efetivo, que equilibrasse os interesses do grupo autor e do réu, já foi realizado quase duas décadas atrás, quando apresentei o projeto original de CPC Coletivo em 2003.⁸⁴ Houve algum debate, mas o tema virou tóxico e foi enterrado por vaidade acadêmica. Dois outros projetos derivados foram publicados, um da USP e outro da UERJ/UNESA. Ambos eram ruins, mas significativamente melhores que o Projeto CNJ, pois imbuídos do desejo de aprimorar o sistema. Os projetos derivados eram ruins apenas porque eram mal concebidos, não porque prejudicavam a sociedade, como é o caso do Projeto CNJ.

Como fruto desse debate, em 2009 uma comissão de notáveis juristas preparou o excelente Projeto de Lei 5139/2009, arquivado por falta de vontade política, talvez por ser bom demais. Se o país tivesse aproveitado aquela oportunidade e aprimorado a ação coletiva dez anos atrás, o nosso direito processual coletivo estaria em outro patamar e o CNJ não teria espaço para tentar enfraquecê-lo.

84. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208. V., ainda, Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008.

A prática e a doutrina das ações coletivas chegaram a um nível demasiadamente elevado para retroceder agora. Se o Projeto CNJ for promulgado [bata 3 vezes na madeira], o direito processual civil coletivo brasileiro retrocederá quatro décadas, e voltará para um estágio anterior à Lei da Ação Civil Pública, de 1985. Este será o começo do fim das ações coletivas no Brasil. Os juristas brasileiros do futuro olharão para trás sem entender o que aconteceu. Perderemos espaço na vanguarda mundial e passaremos a ter vergonha: de motivo de inveja mundial, passaremos a ser objeto de desprezo. E ainda há o sério risco de que um Congresso desacreditado transforme o Projeto CNJ em algo ainda pior: o Projeto CNJ é muito ruim, mas não tão ruim que não possa ser piorado.

O Projeto Lei de Ação Civil Pública patrocinado pelo CNJ é uma traição aos princípios do processo coletivo e aos interesses dos brasileiros. Se levado adiante, será uma mácula no jovem Conselho Nacional de Justiça. Que tenha a recepção que mereça.

8. BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, in *Temas de Direito Processual, Terceira Série*, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, *Revista de Processo*, vol. 61, pp.187-189, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BENITEZ, Alberto; MACGREGOR, Eduardo Ferrer e GIDI, Antonio. Iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles [mexicano], in Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*, Editorial Porrúa, 2008, pp. 447-457.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Sumário Executivo. *Justiça Pesquisa. Direitos e garantias fundamentais. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*, 2017.

DIDIER JR., Fredie & ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções, *Revista de Processo*, vol. 256, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 209-218, 2016.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais 2007.

_____. *Legal Writing Style*, St. Paul, West Group, 2018.

_____. *Código de Proceso Civil Coletivo. Un modelo para países de derecho civil*, in Antonio Gidi, *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil*, Cidade do México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 131-151.

_____. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*, *Revista de Processo*, Vol. 108, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- _____. Assistência em ações coletivas, Revista de Processo, vol. 88, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- HOLANDA, Marcelo Cunha. Ações coletivas: legitimidade e controle judicial da adequação do autor coletivo, Belém: Paka-Tatu, 2012.
- KRASOVSKY, Luis Miguel. Las acciones colectivas en la cuarta transformación, in El mundo del abogado, número 250, fevereiro 2020, pp. 8-13, disponível em <https://elmundodelabogado.com/revista/opinion/item/las-acciones-colectivas-en-la-cuarta-transformacion>.
- ROCHA, Jorge Bheron. Legitimação da Defensoria Pública para ajuizamento de ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais. Fortaleza: Boulesis Editora, 2017.
- ROCHA, Jorge Bheron; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; MAIA, Maurílio Casas. *Custus vulnerabilis*: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.
- ROCHA, Amélia Soares da e PITTARI, Mariella, Eco das vozes silenciadas: A imprescindível participação da Defensoria Pública como *custus vulnerabilis* no IRDR – Incidente de Resolução de Damanda Repetitiva sobre relação de consumo, Revista de Direito do Consumidor, vol. 131, pp. 345-384, 2020.
- TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães, A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos, Salvador: Juspodivm, 2020.
- MÉXICO, Código Federal de Procedimentos Cíviles.
- REFOSCO, Helena Campos. Ação Coletiva e Democratização do acesso à Justiça. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. O polêmico projeto da nova lei de ações coletivas, Conjur, 4 de setembro de 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/caio-santos-polemico-projeto-lei-aco-es-coletivas>.
- ZAVASCKI, Teori. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, RePro, 78: 32, 1995; idem, Processo coletivo, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

Os assentos da relação
do Rio de Janeiro, 1752-1753

The assentos of the high court
of Rio de Janeiro, 1752-1753

Marcus Seixas Souza

PhD. at the Federal University of Bahia, Brazil.
Adjunct Professor at Faculdade Baiana de Direito, Brazil..

Resumo: Os assentos eram decisões abstratas proferidas pelos tribunais portugueses durante o Antigo Regime, com a finalidade de estabelecer uma interpretação autêntica da lei e diminuir a insegurança jurídica diante das interpretações contraditórias existentes. Este artigo apresenta alguns assentos publicados pela Relação do Rio de Janeiro entre 1752 e 1753.

Palavras-chave: Interpretação; Casa da Suplicação; Relação do Rio de Janeiro; Assentos.

Abstract: Assentos were abstract decisions handed down by portuguese courts during the Old Regime to establish autehentic interpretation on statutes and to reduce legal uncertainty in the face of existing contradictory interpretations. This paper presentes some assentos published by the High Court of Rio de Janeiro between 1752 and 1753.

Keywords: Interpretation; Casa da Suplicação; Relação do Rio de Janeiro; Assentos.

O Direito português observava, desde os seus primórdios, o princípio segundo o qual a interpretação autêntica das leis era uma prerrogativa real, a ser exercida pela publicação pela Coroa de leis interpretativas ou na presidência por Sua Majestade das conferências dos mais importantes tribunais superiores: as Casas da Suplicação e do Cível. Aos poucos, contudo, à Casa de Suplicação foi atribuído¹ o poder de declarar a interpretação autêntica da lei em substituição ao Rei, a quem competiria, a partir de então, interpretar somente as leis em cuja inteligência a Casa de Suplicação enfrentasse divergência ou dúvida.

O primeiro assento que se sabe² ter sido tomado sem a presença do Rei data do ano de 1488; embora a delegação da autoridade para tomar os referidos assentos nos casos duvidosos só tivesse sido formalizada por meio do Alvará de 10 de dezembro de 1518, assinado por D. Manuel I – que, no entanto, se referia apenas à possibilidade de a Casa de Suplicação tomar “assentos nos autos”, isto é, aqueles “*tomados em algum Processo, que corre na Relação, ou a ella he remettido para o mesmo fim: cujo objecto he mais a decisão particular da duvida que respeita áquelle Feito, que firmar huma regra authentica para as outras causas*”.³

Mais tarde esta disposição, que não integrava as Ordenações Afonsinas, foi ampliada e inserida nas Ordenações Manuelinas (Liv. V, Tit. LVIII, § 1), e mantida nas Ordenações Filipinas (Liv. I, Tit. V, § 5).⁴

A partir de então, fosse decidida pelo tribunal ou pelo Rei, a inteligência da lei seria registrada em um livro⁵ “para não mais vir em dúvida”. Assento era definido pela

1. O desembargador da Casa da Suplicação João Pedro Ribeiro afirmava, em obra clássica sobre o tema, que “*He hum Direito inaufervel dos Legisladores a interpretação das suas Leis, direito, de que tantas vezes tem usado os Reis Portuguezes; mas este direito foi em parte delegado nas Relações, dando a isso origem, e occasião a freqüencia com que os nossos antigos Soberanos nellas assistião á decisão das causas*” (RIBEIRO, João Pedro. *Memoria sobre a Authoridade dos Assentos das Relações*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1821, p. 3).
2. RIBEIRO, João Pedro. *Memoria sobre a Authoridade dos Assentos das Relações*, cit., p. 4.
3. RIBEIRO, João Pedro. *Memoria sobre a Authoridade dos Assentos das Relações*, cit., p. 5.
4. Ord. Fil. Liv. I, Tit. V, § 5: “*E havemos por bem, que quando os Desembargadores, que forem no despacho de algum feito, todos os algum delles tiverem alguma duvida em alguma nossa Ordenação do entendimento della, vão com a duvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o qu ahi for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livro da Relação, para depois não vir em duvida. E se na dita Mesa forem isso mesmo em duvida, que ao Regedor pareça, que he bem de nol-o fazer saber, para a Nós logo determinarmos, nol-o fará saber, para nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum delles duvida no entendimento da Ordenação, sem ir ao Regedor, será suspenso até nossa mercê*”.
5. Como bem sistematizou José Rogério Cruz e Tucci, este livro, muitas vezes mencionado como “livrinho”, passou a ser chamado de “Livro Verde” e, mais tarde, “Livro dos Assentos da Relação” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 135). Acrescente-se que algumas fontes se referem a este livro como “Livro 8” da

doutrina como uma “*resolução sobre alguma coisa disputada, e controversa*”,⁶ mas especialmente “*a interpretação autentica da Casa da Supplicação sobre alguma lei*”, a qual tinha força de lei, isto é, era de observância obrigatória.⁷

Não obstante os assentos tivessem sido concebidos como mecanismos de identificação da interpretação autêntica da lei, na prática tinham como objetivo formar jurisprudência, porque muitas vezes eram tomados como meio apto à uniformização de diversos entendimentos jurídicos concorrentes e presentes nos debates nos tribunais portugueses, muitas vezes produzindo precedentes (“arestos”) divergentes. Por este motivo não causou espanto o fato de os novos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 terem reconhecido os assentos como dotados de “força de lei”⁸ (v. Liv. II, Tit. VI, Cap. III, § VII), entendimento corroborado pela publicação dos assentos em coletânea oficial⁹ e em coletâneas de legislação real ou em obras de doutrina de variados gêneros literários.

As interpretações firmadas pelos assentos não eram imutáveis; elas eram “*sujeitos com tudo, como as Leis, á derogação do Soberano, e á de outro Assento posterior, de que ha exemplo*”.¹⁰ Os assentos ficavam registrados no Livro dos Assentos da Casa da Supplicação, embora tenham sido publicados oficialmente em 1791.

Abaixo, transcrevem-se dois assentos retirados da mencionada coletânea; o primeiro data de 15 de agosto de 1603 (nesta e nas próximas transcrições de assentos se conservou a redação – provavelmente modernizada – constante da fonte consultada):

Casa da Supplicação, como, por exemplo: FIGUEIREDO, Jozé Anastasio de. *Synopsis Chronologica de Subsídios ainda os mais Raros para a Historia e Estudo Critico da Legislação Portuguesa, Mandada Publicar pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*. T. I, 1143-1549. Lisboa: Officina da Academia Real das Sciencias, 1790, p. 320.

6. Os velhos assentos da Casa de Supplicação tinham como finalidade a promoção da interpretação autêntica (isto é, a interpretação “original”, a manifestação explícita da intenção do legislador real). A interpretação neles consagrada era considerada autêntica sob o argumento de ser o tribunal fictamente presidido pelo Príncipe; afinal, o tribunal era intitulado “de Supplicação” porque *supplica* ou *supplicação* “*He a petição dirigida ao Príncipe, que se suppunha sempre presidir aquele Tribunal, para reparar o rigor da Justiça. E erão os seus membros quem resolvião sobre as infrações ou gravames das Leis*” (ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado D’el Rey D. Philippe I*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, T. I., p. 17, nota 3).
7. SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Esboço de Hum Diccionario Juridico, Theoretico, e Practico, Remissivo às Leis Compiladas, e Extravagantes. Tomo Primeiro: A-E*. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825, Vocábulo “Assento”.
8. A expressão “com força de lei” designava a sua vinculatividade/normatividade, tal qual a lei vinculava/normatizava.
9. *Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Cível*, V. I. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1791.
10. RIBEIRO, João Pedro. *Memoria sobre a Authoridade dos Assentos das Relações*, cit., p. 4.

Assento I

Ord. Liv. I, Tit. 5, §9

Os Desembargadores, que se oppoem ao recebimento de Artigos, não votão sobre elles a final.

Aos 15 dias do mez de Agosto de 1603, diante do Regedor Fernão Telles de Menezes se pôs em duvida se a Ordenação Lib. I, Tit. 5, §9 devia haver lugar nas interlocutorias, postas pelos Desembargadores do Aggravo, em que huns fossem de parecer, que se devião receber certos artigos, e certos não; e outros, que nenhum era de receber? E se venceu por mais votos, que se puzesse desembargo, que recebão huns, e outros não: e assentou-se por mais votos, que a dita Ordenação se não devia entender nas taes interlocutorias porque no tal caso os Desembargadores, que forão em não receber por Tenções artigo algum, não podem votar em final sobre a materia dos ditos artigos recebidos; e assignarão aqui para assim (...) não vir isto mais em duvida. Lisboa. O Regedor. Fernão de Magalhães. Sousa. Carlos Brandão Pereira. Dom Francisco de Sande. Luiz Pereira. O Doutor Gonçalo Gil Coelho. Simão Monteiro de Leiria. Belchior Pimenta. Jeronymo Cabral.

O segundo assento ora transcrito foi tomado em 23 de julho de 1811, portanto duzentos e oito anos após o primeiro.

Assento CCCXXIV

Ord. Liv. 4, Titt. 23 e 24

Em Causas de despejo tem lugar vista suspensiva somente nos casos de bemeifeitorias, feitas por expresso consentimento dos Senhorios, provadas em continente, e de aposentadoria legitimamente concedida.

Aos 23 de Julho de 1811, em Mesa grande, estando presente o Senhor João Antonio Salter de Mendonça, do Conselho do Principe Regente Nosso Senhor, Secretario do Governo destes Reinos, Desembargador do Paço, e Procurador da Coroa, que serve de Regedor, por elle foi proposto, que sendo frequentes os clamores dos Proprietarios, que se vem privados da livre disposição das suas casas pela má intelligencia, que alguns Julgadores dão às Ordenações Liv. 4, Tit. 23 e 24, e abuso, que dellas se faz no Foro, onde por isso durão annos as Causas de despejo, conservados os Inquilinos despedidos, contra a forma das ditas Ordenações, que prohibem expressamente a retenção e morada da casa alheia contra vontade de seu Dono, a quem autorisção para mandar expulsar os Inquilinos pelo Alcaide, e ainda durante o tempo de arrendamento, nos casos nellas expressos; e por isso se faz necessário remover todas as dúvidas e embaraços, que obstão à devida execução das mesmas Leis, pelo meio, que parecer mais adequado e conveniente à sua devida e inteira observancia; e por pluralidade de votos pelos Desembargadores abaixo assina-dos foi assentado, que, requerendo os Senhorios despejo dos seus Inquilinos nos termos das sobreditas Ordenações Liv. 4. Tit. 23, §1, e Tit. 24, no princ., qualquer vista, que estes pedirem, só deve ser concedida sem suspensão, excepto, quanto a primeira referida Ordenação, nos dous unicos casos de bemeifeitorias provadas em continente, e feitas com expresso consentimento do Senhorio, e de aposentadoria

legitimamente concedida; pois deste modo ficção acautelados os abusos, que a praxe tem introduzido: para o que tomou este Assento, que o dito Senhor assinou com os Desembargadores, que nelle votarão. Como Regedor, Salter. Fonseca Coutinho. Doutor Guião. Mattos. Costa Pinto. Borges e Silva. Teixeira Homem. Saraiva do Amaral. Teixeira. Doutor Faria. Pereira de Barros. Rocha. Pereira. Alvares. Veiga. Tavares de Sequeira. Doutor Sousa Sampaio. Bandeira. Silva. Sarmento.

A transcrição destes assentos tem como objetivo identificar algumas características que se consolidaram neste tipo de decisão colegiada. Em primeiro lugar, observe-se o estilo do texto da redação dos dois assentos: não há referência a um ou vários casos concretos em que a dúvida jurídica por ele enfrentada tenha surgido. Há simplesmente referência à reunião da “Mesa grande” para resolver uma questão que “veio em dúvida”.

Em um primeiro momento se indica qual é a questão jurídica submetida à apreciação, e, em ambos os casos, a que texto das Ordenações ela se refere (embora naturalmente pudessem se referir a leis extravagantes ou outros documentos normativos). Em seguida apresentam-se os argumentos e é exposta a interpretação da Casa da Suplicação sobre o mencionado dispositivo legal, sempre constando a informação sobre o resultado da votação (se foi unânime ou por maioria).

É interessante observar que ao final do primeiro assento os desembargadores empregam a fórmula constante do texto das Ordenações (“*para não vir isto mais em duvida*”), deixando clara a função dos assentos de esclarecer questões controversas, provavelmente que tenha sido suscitada em face da constatação de precedentes judiciais (“*arestos*”) divergentes.

O segundo assento é prova da função destas decisões de firmar a tese jurídica que deverá ser seguida nos precedentes futuros. Em seu texto há referência aos “*clamores dos Proprietarios, que se vem privados da livre disposição das suas casas pela má intelligencia, que alguns Julgadores dão às Ordenações*”, e, após firmar a correta interpretação legal sobre o tema em questão, justifica-se a necessidade de tomar o assento, “*pois deste modo ficção acautelados os abusos, que a praxe tem introduzido: para o que tomou este Assento*”.

A interpretação constante dos assentos não estava protegida contra mutações nem livre da necessidade de esclarecimentos; como se afirmou acima, poderiam ser modificados por leis régias ou por outros assentos, assim como estes poderiam interpretar ou esclarecer alguns pontos estabelecidos em assentos anteriores (assentos que interpretavam outros assentos). É o caso do assento transcrito a seguir:

CCLVIX

Assento de 29 de março de 1770.

A nullidade dos Legados, julgado pelo Assento de 29 de Março de 1770, não comprehende os Legados já cumpridos, nem as despezas ja feitas pelos Testamenteiros.

Aos 5 dias do mez de Dezembro de 1770, na Mesa grande da Casa da Supplicação, e presença do Senhor Joze de Seabra e Silva, do Conselho de Sua Magestade, seu Desembargador do Paço, Procurador da Coroa e Chanceler da Mesma Casa, que serve de Regedor della, duvidou-se, se o Assento de 29 de Março deste presente anno, tomado para declaração do §. 21 da Lei Novissima de 9 de setembro de 1769, no qual se julgárão nullos todos os Testamentos em que a Alma, ou qual-quer Irmandada estivesse instituida herdeira, e assim mesmo todos os Legados determinados nelles, comprehendia também os já cumpridos, e recebidos pelos Legatarios, e as mais despesas feitas pelos Testamenteiros, na conformidade das disposições Testamentarias, e hade ser retractado, restituído aos herdeiros abintestados, e os Executores responsaveis? E foi assentado uniformemente pelos Ministros abaixo assignados, que todos os legados, que se achassem cumpridos, e despesas justamente feitas, ficasse tudo firme, e valioso, sem que os ditos Testamenteiros, que com jurisdição e boa fé procederão na observancia do disposto pelos Testadores, tenham obrigação de responder por nada do que legitima, e sinceramente dispenderão: E para não tornar a duvidar-se, se tomou este Assento, que todos com o mesmo Senhor Regedor assignárão. Lisboa, dia, e era supra. Como Regedor Seabra. Cunha. Doutor Barros. Velho. Abreu. Pereira da Silva. Gama. Vidal. França. Doutor Cunha. Manoel. Leitão. Ferreira. Silva. Silveira. Lemos. Doutor Almeida. Doutor Silva. Maldonado. Giraldes. Viegas. Castro.

A faculdade de tomar assentos interpretativos fora inicialmente concedida apenas à Casa da Supplicação; contudo, com a transferência da Casa do Cível para o Porto¹¹ em 1582, a Relação do Porto se achou no direito de proferir os seus próprios assentos e guardar os seus próprios estilos.¹² A partir de então, as Relações ultramarinas de Goa,¹³ Bahia e Rio de Janeiro poderiam provavelmente se acharem analogamente legitimadas a fazê-lo.

Apesar de ser esta notícia amplamente divulgada pela doutrina jurídica, até mesmo por conta do teor expresso do § 8º da Lei da Boa Razão, a que se aludirá a

11. Passando a se chamar Relação do Porto, e obtendo *status* de tribunal superior, ainda que subordinado hierarquicamente à Casa de Supplicação.
12. Sobre os estilos das cortes, cf. SOUZA, Marcus Seixas. Normas Processuais Consuetudinárias. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 44 e ss.
13. As pesquisas permitiram encontrar alguma documentação sobre assentos tomados na Relação de Goa. Há no Arquivo Histórico Ultramarino, em Portugal, um “*Index das Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, Provisões, Avisos e Assentos da Relação de Goa Respeitantes à Regulação da Justiça Nesta Relação, entre os Anos de 1526 e 1828*” (AHU, CU, Legislação da Relação de Goa, Cod. nº. 2124; Inv. nº. 1290; 1 vol.; 310x220 mm.; 15 fls). Um interessante assento da Relação de Goa tomado em 1779 versa sobre a ilegalidade da prisão por dívida, e opina pela impossibilidade de revogação da nova legislação portuguesa sobre o tema pelas instâncias administrativas de Goa, transcrito em *O Oriente Português, Revista da Comissão Archeologica da Índia Portuguesa*, Vol. 08, Nº. 1. Nova Goa: Imprensa Nacional, 1911, p. 35-40.

seguir, a história e o registro dos assentos publicados no Brasil até então parece ter caído no esquecimento; sendo este um campo aberto para exploração na historiografia jurídica brasileira.

O § 8º da Lei da Boa Razão esclareceu que a disposição no Liv. I, Tit. V, § 5 das Ordenações Filipinas. “*não foi estabelecida para as Relações do Porto, Baía, Rio de Janeiro, e Índia, mas sim, e tão somente para o Supremo Senado da Casa da Suplicação*”. Os assentos propostos pelas Relações precisariam ser confirmados em recurso à Casa de Suplicação, sob o fundamento de ser

manifesta a diferença, que ha entre as sobreditas Relações Subalternas, e a Suprema Relação da Minha Corte, a qual antes pela Pessoal Presidencia dos Senhores Reis Meus Predecessores; e depois pela proximidade do Throno, e facilidade de recorrer a elle; pela authority de do seu Regedor; e pela maior graduação, e experiencia dos seus doutos, e provectoros Ministros, não só mereceo a justa confiança, que della fizeram sempre os ditos Senhores Reis Meus Predecessores (bem caracterizada nos sobreditos Paragrafos da Ordenação do Reino, e Reformação della) para a interpretação das Leis, mas tambem constitue ao mesmo tempo nos Assentos, que nella se tomam sobre esta importante materia toda quanta certeza póde caber na providencia humana para tranquillizar a Minha Real consciencia, e a justiça dos Litigantes sobre os seus legitimos Direitos.

Assim, como é possível observar, a Lei da Boa Razão procurou restringir a proliferação de práticas locais de direito jurisprudencial, passando a reconhecer como única jurisprudência apta a orientar normativamente a da Casa de Suplicação.

A despeito disso, as pesquisas puderam apontar, até o presente momento, a existência de assentos tomados por tribunais situados no Brasil durante o período colonial, anteriormente à promulgação da Lei da Boa Razão.

Há citação indireta a um assento tomado na Relação da Bahia, descrito no texto de um Alvará real, que parece ter fixado uma interpretação segundo a qual o Rei de Portugal estava obrigado a comprar açúcares por determinado preço perante os latifundiários baianos em 1690. Não foi possível encontrar o documento que transcreve o assento, somente o Alvará real que o confirma.¹⁴

Outro assento tomado na Relação da Bahia versou sobre a guerra contra os “índios selvagens”, declarando-a “justa” para fins de adequação à legislação régia sobre a repressão à população indígena, e que parece concretizar o conceito

14. *Alvará de 1 de Fevereiro de 1690: Confirma o Assento, tomado na Relação da Baía, para se aceitarem por determinado preço os açúcares com que o Povo contribuía para o dote de Inglaterra e Paz de Holanda* (ANDRADE E SILVA, José Justino de. *Collecção Chronológica da Legislação Portuguesa Compilada e Annotada: 1683-1700*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1859, p. 235).

indeterminado acima mencionado;¹⁵ assento este transcrito no livro 4º de Ordens Régias ao Governador e Capitão General do Brasil, no ano de 1694 a 1695.¹⁶

Quanto aos assentos da Relação do Rio de Janeiro, entretanto, foi possível encontrar documentação mais rica.

No setor de códices¹⁷ do Arquivo Histórico Ultramarino, em Portugal, foi possível encontrar um documento oficial manuscrito com o traslado de alguns assentos tomados pela Relação do Rio de Janeiro entre 1752 e 1753. Sob a expressa autorização do Governador, o Desembargador da Relação do Rio de Janeiro Mathias Pinheiro da Silveira “lavrou” um livro dedicado ao registro dos assentos que viessem a ser tomados na Relação do Rio de Janeiro.

Das seis entradas constantes do livro, apenas três delas são relevantes para este estudo. As outras três entradas (todas datadas de 12 de agosto de 1752) se referiam à nomeação de médico, cirurgião e barbeiro para o atendimento dos desembargadores e suas famílias; nada têm a ver com os assentos a que se refere o presente estudo. Provavelmente foram registrados neste livro porque foram decisões colegiadas tomadas pelos mesmos desembargadores que se manifestavam para a decisão de tomada de assento.

A seguir são transcritas as referidas entradas. A transcrição dos textos foi adaptada para se aproximar ao estilo dos assentos anteriormente apresentados (para consultar a sua redação original, cf. o Anexo).

A primeira entrada data de 29 de julho de 1752 e se refere à dúvida referente às assinaturas (os salários) dos desembargadores. Discute a interpretação do Tit. V, § 68 do Regimento da Relação para o fim de estipular o pagamento dos desembargadores da Relação:

15. A “guerra justa” era um conceito teológico e jurídico formulado após a Controvérsia de Valladolid, episódio que marcou a história da Espanha no qual a discussão sobre a legitimidade da colonização espanhola sobre os gentios ameríndios foi posta em questão sob a perspectiva ética, política e teológica. Sobre o assunto, v. TOSI, Giuseppi. “Guerra e Direito no Debate sobre a Conquista da América (século XVI)”. *Verba Juris*. João Pessoa, Vol. 5, p. 277-320, 2006. Em Portugal, a Lei sobre a Liberdade dos Gentios, de 20 de março de 1570, determinou que dali em diante só pudessem ser escravizados os índios aprisionados naquelas “guerras justas” que fossem autorizadas pelo rei, contassem com a permissão do governador ou fossem feitas contra os índios “*que costumam saltear os Portugueses e a outros gentios para os comerem*”. Posteriormente, outras leis acrescentaram novos critérios, muito genéricos, permitindo a guerra justa contra os índios que atacassem os portugueses ou impedissem a propagação do Evangelho católico.
16. “Assento tomado na Relação da Bahia sobre a guerra aos Índios selvagens, extrahido do Liv. 4º de Ordens Régias ao Governador e Capitão General do Brazil, no anno de 1694 a 1695”, transcrito na *Revista Trimensal de Historia e Geographia, ou Jornal do Instituto Historico e Geographico Brasileiro*. Rio de Janeiro, Vol. 27, p. 391-398, 1845.
17. AHU, CU, Livros do Rio de Janeiro, Cod. nº. 1166; Inv. nº. 1195; 1 vol.; 435x300 mm.; 290 fl.; 285br.

Aos vinte e nove de Julho de 1752, na presença do Senhor João Pacheco Pereira, dos Vassallos do Concelho de Sua Magestade, Dezembargador do Paço e Chanceler desta Relação do Rio de Janeiro, que serve de Governador, veyo em dúvida se as assignaturas que [?] se chamão [?] se podião applicar aos Ministros desta dita Relação e se dellas se devia tão bem entender o Regimento em quanto dispõem possõo levar os Dezembargadores desta caza as mesmas assignaturas que são concedidas aos da Supplicação prezentemente, e o forem para [?] e, pella mayor parte dos Dezembargadores abaixo assignados, se asentou que, posto que as ditas assignaturas fossem instituidas a favor dos Extravagantes que nesta Relaçam não há, mas antes, todos os Ministros, della se acham providos em officios da casa, como, porem os ditos Dezembargadores, especialmente os Aggravistas, na forma do Regimento da mesma matéria, que os ditos Extravagantes devem servir de adjuntos, e o são continua e indefectivelmente nas cauzas que dezembargão nesta Relaçam, em cujos termos fazem as vezes aoquelles sujeytos de quem forão criados estes salarios; não devião ser privados do emolumento dellas por a mesma razão, e não havendo prohibição alguã expressa do Regimento nesta matéria, attendendo tão bem a que se não gravão as partes com salario algum cazado de novo e que so se determina contribuição [?] com o que está estabelecido pella ley de S. Magestade, e que aos Aggravistas se tiravão pello mesmo Regimento as Ouvidores do Crime, que servem na Relaçam da Bahia e asim se não podem reputar como Relatores na forma que o são os Aggravistas na dita Relaçam da Bahia, para que assim se observe e não venha mays em duvida se fis este assento em que todos assignarão com o dito Senhor Chanceler Governador. Brandão. Silveira.

A segunda entrada data de 2 de setembro de 1752, e trata da dúvida referente à possibilidade de os desembargadores da nova Relação que tivessem atuado ou se manifestado, no tempo em que atuavam na Relação da Bahia,¹⁸ em processos de competência da nova Relação (por desconhecimento do teor do Tit. 5º, § 67 do Regimento desta Relação) poderiam atuar nos ditos processos agora já enviados para a apreciação do novo tribunal, por força da referida regra regimental. Esta possibilidade foi considerada juridicamente adequada, “*por ser assim mais conforme à lei e não haver inconveniente em contrário nem expressa prohibição no dito Regimento...*”:

Aos 2 dias do mez de Setembro de 1752, na prezença do Senhor Dezembargador do Paço, que serve de Governador, como Chanceler desta Relação, veyo em duvida que por quanto o Regimento della Tit. 5º, § 67 que os [?] e outros incidentes que se

18. Os desembargadores aos quais se refere o assento só podem ter sido Manuel da Fonseca Brandão e Agostinho Telles dos Santos Capello, que até a criação da Relação do Rio de Janeiro atuavam no tribunal da Bahia. Em 25 de março de 1752 os dois desembargadores partiram de Salvador, encarregados de “regular a Relação do Rio de Janeiro”, a cujo Governador foi remetida uma copia do Livro dourado da Relação da Bahia, “*para que alli se seguissem os mesmos arestos*”, conforme determinara o Secretario de Estado em carta de 17 de dezembro de 1751 (LIMA, José Ignácio de Abreu e. *Synopsis ou Deducção Chronologica dos Factos mais Notaveis da Historia do Brasil*. Recife: Typographia de M. F. de Faria, 1845, p. 218).

originaram na exclusão das Sentenças que foram proferidas na Relaçam da Bahia se hajão de expedir para esta Relaçam do Rio de Janeiro tirando a certeza que vierão transferidos daquella para esta Relaçam, este tão bom effeyto ficavão certos para haverem de ser juizes nos feytos e cauzas em que o havião dado o seu votto ou posto sua tenção a elles tocava o [?] ou sustentarem os seus pareceres na mesma forma que o havião de fazer na mesma Relaçam aonde primeiro forão proferidas as primeyras Sentenças, por ser assim mais conforme a ley e não haver inconveniente em contrario nem expressa prohibiçãõ no dito Regimento que so tratou de consultar ás partes para não lhe ficar tão dificultozo o recurso para elleger o direyto que tiveram contra o [?] Sentenças alcançadas na Bahia [?] sua execuçãõ e para não vir mais em dúvida se fes este Assento em que todos assignarãõ. Governador. [?] Capello. Brandão. Silveira. Mendes. Furtado.

A terceira entrada se refere a um assento tomado em face da incerteza sobre a interpretação do Tit. VIII, § 94 do Regimento da Relação do Rio de Janeiro.¹⁹ A dúvida era se a menção expressa do texto do Regimento a “desembargadores dos agravos” impediria que na ausência destes por motivo de serviço outros magistrados atuassem em seu lugar. A decisão da Relação adotou a tese segundo a qual em tais casos seria necessário aguardar o regresso do desembargador dos agravos, não podendo atuar no caso o ouvidor-geral dos crimes, considerando o expresso teor do Regimento da Relação (argumento de legalidade):

Aos sinco dias do mez de Abril de 1753, em presença do Senhor João Pacheco Pereira de Vasconcelos, do Conselho de Sua Magestado, seu Dezembargador do Paço que serve de Governador desta Relaçãõ, veyo em duvida se para os Assentos que se tomãõ no Dezembargado do Paço no caso dos juizes Ecleziásticos não comprarem a primeira e segunda rogatórias que lhe forem expedidas pello juizo da Coroa em cazos de recurso hera presizo que os ditos juizes que o [?] ser no dito Assento com o chanceler sejão aggravistas na forma do Regimento desta caza (Tit. 8º, § 95) ou se podião tãõbem nomear-se outros quaisquer Dezembargadores de outro officio providos entendendose tão bem para este cazo o mesmo Regimento no Tit. 1, § 4º, em occazião de se acharem impedidos os Aggravistas actuarem [?], o mays antiguo e outros que se achava alsente em [?] do Serviço pellos mays haverem sido juizes na caua. E se assentou pella mayor parte dos vottos que vista a expressa disposiçãõ do Tit. 8º § 95 hera necesasario que os ditos juizes fossem da Meza dos Aggravos por que a estes somente se conferia a jurisdicção a este cazo e o dito § 4º se dizia entender para quando faltasse qualquer Ministro ou tivesse outro impedimento se poder cometter a sua serventia ao que estivesse desempedido para fazer as sua

19. O mencionado fragmento dava competência ao juiz dos feitos da Coroa e da Fazenda para conhecer dos agravos contra os procedimentos dos juizes e prelados eclesiásticos “nos casos em que pela Ordenaçãõ, e concordata do Reyno, se pode usar deste remedio”; na forma do regimento, no caso de descumprimento de duas cartas rogatórias pelos juizes, seria passada certidãõ aos recorrentes, por meio da qual se invocava a tomada de assento para o caso, na presença do Chanceler da Relaçãõ e de dois desembargadores dos agravos mais antigos.

vezes havendo comissão do Governador copia no cazo de haver Aggravista alzente necessariamente se devia esperar a chegada delle para na forma do dito § 95 se poder tomar [?] e não nomear-se o Dezembargador Ouvidor geral do Crime, não servindo de Aggravista que foy o cazo que deu lugar a este Assento, no recurso que do Vigário Geral deste Bispado tiverão os PADres Antonio Nunez e Antonio Ferreira, e para não vir mays em duvida se tomou este Assento [?] e todos assignarão supra. Governador. Capello. Brandão. Silveira. Mendes. Furtado.

Não foi possível encontrar, até o momento, outros assentos tomados pelos tribunais coloniais. Não obstante, o estudo destas decisões tomadas pelos tribunais coloniais existentes no Brasil, agora removidas da obscuridade, podem ajudar a revelar a riqueza do “Direito colonial brasileiro”, proveniente da demarcação de soluções próprias, e dotadas de “cor local”, aos problemas jurídicos locais por meio da interpretação do Direito vigente realizada pelos tribunais e juízes portugueses que exerciam a jurisdição na colônia.²⁰

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado D’el Rey D. Philippe I*, 14^a ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- FIGUEIREDO, Jozé Anastasio de. *Synopsis Chronologica de Subsidios ainda os mais Raros para a Historia e Estudo Critico da Legislação Portugueza, Mandada Publicar pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*. T. I, 1143-1549. Lisboa: Officina da Academia Real das Sciencias, 1790.
- HESPANHA, Antonio Manuel. “Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro”. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano, Vol. 35, T. I, p. 59-81, 2006.
- LIMA, José Ignácio de Abreu e. *Synopsis ou Deducção Chronologica dos Factos mais Notaveis da Historia do Brasil*. Recife: Typographia de M. F. de Faria, 1845.
- RIBEIRO, João Pedro. *Memoria sobre a Authoridade dos Assentos das Relações*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1821.
- SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Esboço de Hum Diccionario Juridico, Theoretico, e Practico, Remissivo às Leis Compiladas, e Extravagantes*. Tomo I: A-E. Lisboa: Typlographia Rollandiana, 1825.
- SOUZA, Marcus Seixas. *Normas Processuais Consuetudinárias: História, Teoria e Dogmática*. Salvador: Juspodivm, 2019.

20. HESPANHA, Antonio Manuel. “Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro”. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano, Vol. 35, T. I, p. 59-81, 2006.

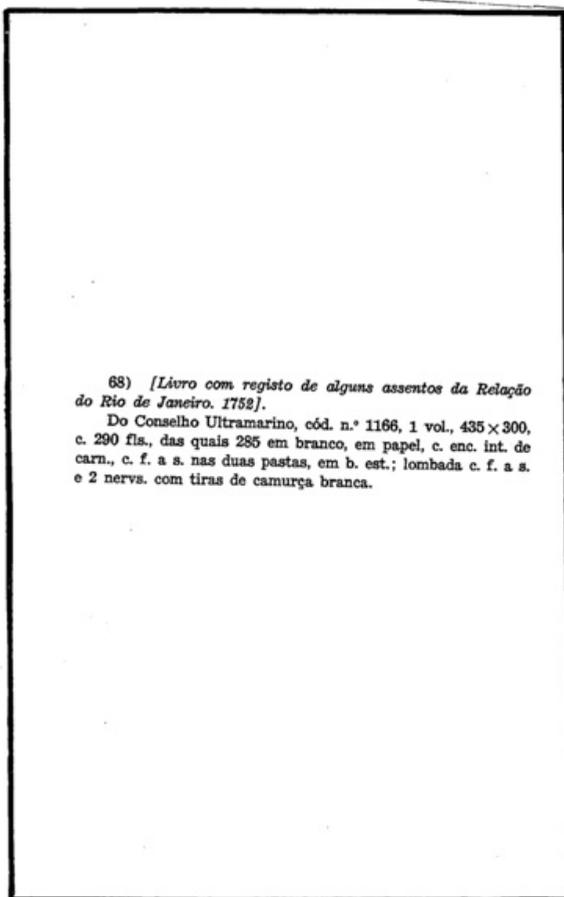
TOSI, Giuseppi. “Guerra e Direito no Debate sobre a Conquista da América (século XVI)”. *Verba Juris*. João Pessoa, Vol. 5, p. 277-320, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANEXO A – LIVRO DE REGISTRO DE ASSENTOS DA RELAÇÃO DO RIO DE JANEIRO

CÓDICE Nº

1	1	6	6
---	---	---	---



REFERÊNCIA:
INVENTÁRIO ALBERTO IRIA, publicado na Revista STVDIA Nº 18
(AGOSTO) 1966 - LISBOA

1166

J. J. J.

Deu comissão ao D.º Mathias
Frey da Rocha para buscar e de
cada um para sua obrigação e de
comissão para o D.º João de
1762
C.º 500??
[Signature]

1327

Me Lino de Silva & Mello. Testamento
de S. Antonio de Setimantem da Barra de S. Paulo
Cada Mencionado por S. Paulo. Em todas as folhas
de m. e m. e. Sobrenome S. Paulo. De S. Paulo de
Janeiro 22 de julho de 1752

Maclius Lino de Silva & Mello

Hoj deo dia doze de agosto de mil setecentos
 e cinquenta e tres noz no theatro geral da cidade do
 Rio de Janeiro no dia doze de agosto de mil setecentos e
 tres celebrada a festa do Senhor Jesus Christo
 e a recepção do Sr. Governador para o governo
 desta cidade que se fez com a seguinte ordem
 e as seguintes palavras: O Sr. Governador
 tomou posse do cargo e jurou cumprir o seu
 oficio com fidelidade e obediencia ao Rei
 e ao Governador Geral. E assim se fez
 e acabou a festa e a recepção do Sr.
 Governador.

3

Co. Gov.
 [Signature]

[Signature]
 [Signature]
 [Signature]
 [Signature]

Handwritten text in a cursive script, likely a legal document or petition. The text is dense and difficult to decipher due to the cursive style. It appears to be a formal request or declaration, possibly related to a legal proceeding. The text is written in a dark ink on a light-colored paper. The handwriting is very fluid and connected, characteristic of 18th or 19th-century cursive. The text is arranged in several lines, with some words appearing to be in a different script or language, possibly Latin or French, interspersed with English words. The overall appearance is that of an old, handwritten legal document.

Handwritten signatures and initials, including a large signature at the top right and several smaller ones below it. The signatures are written in the same cursive script as the main text. The largest signature is at the top right, followed by several smaller ones, some of which appear to be initials or shorter names. The signatures are arranged vertically on the right side of the page.

ANEXO B – TRANSCRIÇÃO DO LIVRO DE REGISTRO DE ASSENTOS DA RELAÇÃO DO RIO DE JANEIRO

A presente transcrição foi gentilmente elaborada pela prof^a. Dr^a. Risonete Batista de Souza, vinculada ao Instituto de Letras da Universidade Federal da Bahia.

* * *

SÍMBOLO	REPRESENTAÇÃO
[†]	escrito não identificado
//	leitura conjecturada
[...]	desmembramento de abreviaturas
AP	alterações posteriores
< >	Abreviatura contida abaixo da numeração dos fólhos rectos

Fl. 01r	TEXTO	ABREVIATURAS	AP
		<[Sylvr.ª]> Sylveira	1166
	Dou comissão ao [D ^{ezor}] Mathias	Dezembargador	
	Pinheyro da Silveyra para Rubricar este [L.º] que	Livro	
	hade servir para nelleSelancarem os assentos q[]	que	
05	setornarem na [R. ^{am}] [Rº deJanr.º] [†] 19	Relação; Rio de Janeiro	
	/de/ 1752.		
	/ Co:º / Gov ^{or} :		
08	faço [†]		
			1327
Fl. 01v	TEXTO	ABREVIATURAS	AP
	EsteLivrohadeServir [p.ª]Nelle seescreverem	para	
	os Assentos [q]Setomarem na [R. ^{am}] vay rubri=	que; Relação	
	cado, enumerada por mim, em todas asfolhas		
	Comomeusobrenome [Sylvr.ª] Rio de	Sylveira	
05	[Janr.º] 22 de Julho de 1752	Janeiro	
	Mathias [Pinhr.º] de [Sylvr.ª] [Bott.º]	Pinheyro; Sylveira; Bottelho	
Fl. 02r	TEXTO	ABREVIATURAS	AP
		<[Sylvr.ª]> Sylveira	1166
	Aos vinteenovedeJulho de1752 naprezenca do		
	[S. ^{or}] João Pacheco [Pr.ª] dos [Vas. ^{los}] do [Con. ^{co}] de [S. Mg. ^e] [Dez. ^{or}] do	Senhor; Pereira; Vassallos; Concelho; Sua Magestade; Dezembargador	

	Paco eChanceler desta Relacao doRio de[Janr.º] [q.] serve de	Janeiro; que	
	[G.º] veyo emduvida se as [assignatr.ªs] aque / valgaram.ºe/ se/chamaõ/	Governador; assinaturas	
05	[†] sepodião applicar aos Ministros desta [d.ª] Relacaõ	dita	
	esedellas sedevia taõbem entender o [Regim.º] [emq.º] dispoem	Regimento; em quanto	
	possão levar os [Dez.ºres] desta caza as mesmas [assignatr.ªs] [q.]	Dezembargadores; assinaturas; que	
	são concedidas aos da [Supp.ªm] [presentem.ºe] eoforem [p.ª] [†]	Suplicação; presentemente; para	
	epella mayor [p.ºe] dos [Dez.ºres] abaixo asignados se asertou	parte; Dezembargadores	
10	[q.] posto [q.] as [d.ªs] [assignatr.ªs] fossem / instituidas/ a favor dos Ex-	que; que; ditas; assinaturas	
	travagentes [q.] nesta [R.ªm] não há mas antes todos os /Min.ºs/ della	que; Relação	
	se acham providos em [off.ºs] da casa como porem os [d.ºs] [Dez.ºres] [espe]	offícios; ditos; Dezembargadores	
	[cialm.ºe] os Aggravistas na [fr.ª] do [Regim.º] da mesma [matr.ª]	especialmente; forma; Regimento; matéria	
	[q.] os [d.ºs] Extravagantes devem servir de adjuntos, eosão continua	que; ditos	
15	e[indefectivem.ºe] nas cauzas [q.] dezembargaõ nesta [R.ªm] em	indefectivelmente; que; Relação	
	cujos [tr.ºs] fazem as vezes /aoquelles sujeyto/ dequem foraõ criados	termos;	
	estes salarios: não deviaõ ser privados do / emolum.ºe/ dellas [†]	emolumento	
	do a mesma razaõ enaõ havendo prohibicaõ alguã expressa do [Regi-	Regimento	
	m.ºe] Nesta [matr.ª] attendendo taõbem a[q.] se naõ gravaõ as partes	Matéria; que	
20	com salario algum/cazado/ de novo e[q.] so sedetermina /contribuaõ/	que	
	[†] com o [q.] está estabelecido pella ley deS. Mag.ºe e[q.]aos	que	
	Aggravistas se /tiravaõ/ pello mesmo [Regim.º] as Ouvidorias do Crime	Regimento	
	[q.] servem na [R.ªm] da B.ª e asim senão podem reputar como	que; Relação	

	Relatores na [fr. ^a] [q.] osão os Aggravistas na [d. ^a] [R. ^{am}] da [B. ^a] [p. ^a]	forma; que; dita; Relação; Bahia; para	
25	[q.] assim se observe e não venha mayes em duvida se fis este /assen-/ to em [q.] todos assignaraõ com o [d. ^o] [S. ^{or}] Chanceler	que	
	/Co ^o :/[Gov. ^{or}]	Governador	
	[+]		
	[+]		
30	Brandão		
	[Sylvr. ^a]	Silveira	
	[+]		
	[+]		
34	[+]		
Fl. 02v	TEXTO	ABREVIATURA	AP
	Aos doze dias domes de Agosto de mil setecentos e		
	sincoenta edois annos na prezença do[S. ^o] Joao [Pr. ^a]	Senhor; pereira	
	do Concelho de [S. Magd. ^e] seu [Dez. ^{or}] do Paco e chanceler desta	Sua Majestade; Dezembargador	
	Relaçõ [q.] serve de Governador se propos sedevia elleger	que	
	Medico do partido desta [d. ^a] Relacao com a[capaci. ^{de}]/letras/	dita; capacidade	
	eexperiencia necessarias [p. ^a] poder assistir aos Ministros da	para	
	mesma Relaçõ esuas familias sendo necessario na [fr. ^a]	forma	
	que em outras Relações se practica. Ese / assentou/ pella		
	mayor parte dos /vottos/ que fosse nomiado o [D. ^{or}] [Fr. ^{co}] /corte/	Doutor; Francisco	
	Leal medico approvedo pella /Unr. ^{de} / de Coimbra e com os	Universidade	
	mayes requizitos assima ponderados de [q.] se fez este assento com	que	
	[q.] todos assignarãõ com o [d. ^o] [S. ^{or}] Chanceler	que; dito; Senhor	
	/Co ^o :/ [Gov. ^{or} :]	Governador	
	[+]		

	/Capellos/		
	Brandao		
	Sylvr ^a	Silveira	
	[+]		
	[+] Furtado[+]		
	[+]		
Fl.03	TEXTO	ABREVIATURA	AP
	<[Sylvr. ^a >	Sylveira	
	Aos doze dias domes deAgosto de mil settecentos		
	esincoenta edous annos na Meza Grande presente o [S.]	Senhor	
	Joaõ Pacheco [Pr. ^a] do Concelho de S.Mg. ^e seu [Dez. ^{or}] do	Pereira; Dezembargador	
	Paco echanceler desta Relacaõ [q.] serve de [G. ^{or}] foy pro-	que; Governador	
05	posto eram necessario elleger cyurgiaõ para opartido		
	desta Relacaõ que possa assistir aos Ministros della		
	/e/suas familias esatisfazer as mays obrigacoës doestillo		
	com a[pontualid. ^e] easserto [q.] convem: epellamayor	pontualidade; que	
	parte dos vottos se assentou fosse nomeado [p. ^a]	para	
10	a [d. ^a] occupacaõ Placido [Pr. ^a] emquem concorrem	dita; Pereira	
	os requezitos necesarios [p. ^a] o[d. ^o] emprego de[q.] sefez	para; dito; que	
	este Assento em[q.] todos assinaraõ com o[d. ^o] [S. ^{or}]	que; dito;Senhor	
	Chanceler		
	/Cd ^o :/ [Gov. ^{or}]	Governador	
15	[+]		
	/Capello/		
	Brandão		
	[Sylvr. ^a]		
	/Mendes/Furtado		
20	[+]		

Fl.03v	TEXTO	ABREVIATURA	AP
	Aos doze dias domez de Agosto de		
	mil settecentos esincoentaedous na pesenca do[S. ^{or}]	Senhor	
	Joaõ Pacheco [Pr. ^a] do Concelho de S.Mg. ^e seu [Dez. ^{or}]	Pereira; Dezembargador	
	do Paco Chanceler desta Relaçõ [q.] serve do [G. ^{or}] sen-	que; Governador	
05	do proposto era conveniente nomear pessoa capaz [p. ^a]	para	
	servir de Barbeyro /e/Sangrador [p. ^a] o partido desta	para	
	[d. ^a] Relaçõ eassistencia dos Ministros esuas familias	dita	
	foy nomeado por todos os vottos [p. ^a] as referidas occu-	para	
	pacoës [M. ^{er}] [Pr. ^a] por conter os requezitos necessarios	Manoel; Pereira	
10	para bem servir de [q.] se tomou este Assento em [q.]	que; que	
	todos assignaraõ [+] d. ^o [S. ^{or}] Chanceler	Senhor	
	/cd ^o :/ [Gov ^{or} :]	Governador	
	[+]		
	/Capellos/		
15	Brandão		
	[Sylvr. ^a]		
	[+]		
	/mendes/Furtado		
19	[+]		
Fl.04r	TEXTO	ABREVIATURA	AP
	<[Sylvr. ^a >	Silveira	
	Aos 2 dias domez de [Stbr. ^o] de 1752 na [prez. ^a]	Setembro; presença	
	do [S. ^{or}] [Dez. ^{or}] do Paco [q.] serve do Governador como Chanceler	Senhor; Dezembargador; que	
	desta Relaçõ veyo em /duvida/ [q.] por [q. ^{to}] o [Regim. ^{to}] della	que; quanto; Regimento	
	[tt. ^o] 5. ^o /9/67. [+] [q.] os [+] eoutros /incidentes/ [q.] seori-	[]; que;	
05	ginaram na exclusão das /Sa. ^{tas} / [q.] foram proferidas na [R. ^{am}]	que; Relação	

	da[B.ª] se hajaõ deexpedir para esta [R.ªm] do Rio de [Janr.º]	Bahia; Relação; Janeiro	
	tirando a certeza [q.] vieraõ transferidos daquella [p.ª] esta [R.ªm]	que; para; Relação	
	este taõ bom effeyto ficavaõ certos [p.ª] haverem de ser jui-	para	
	zes nos feytos ecauzas em[q.] ohaviaõ sido antes sepassa-	que	
10	rem [p.ª] esta [d.ª] [R.ªm] e pela mayor [p.ªe] dos vottos se /asentou/	para; dita; Relação; parte	
	[q.] visto os [d.ªs] Ministros [preztem.ªe] se acharem nesta Re-	que; ditos; presentemente	
	lacaõ aonde vinhaõ os feytos em [q.] haviaõ dado o seu	que	
	votto ou posto sua /tencaõ/ aelles tocava o [+]		
	ou sustentarem os seus pareceres na mesma [fr.ª] [q.] oha-	forma; que	
15	viaõ defazer na mesma [R.ªm] aonde [pr.º] foraõ pro-	Relação; primeiro	
	feridos as primeyras /Sa.ªs/ por ser assim mais [confr.ª]	conforme	
	áley enaõ haver /inconv.ªe/ em [contr.º] nem expres-	inconveniente; contrário	
	sa prohibicaõ no[d.º] [Regim.ªo] [q.] so tratou deconsultar	dito; Regimento; que	
	ás partes para naõ lhe ficar taõ dificultozo o recurso		
20	para elleger odireyto [q.] tiveram contra o[gd.ª] / Sa.ªs/	que	
	alcancadas na [B.ª] [+] sua execucaõ e[p.ª] naõ vir mais	Bahia; para	
	emduvida se fes este Assento em[q.] todos assignaraõ	que	
	/Cd.º:/ [Gov.ªr:]	Governador	
	[+]		
25	/Capello/		
	Brandão		
	[Sylvr.ª]	Silveira	
	[+]		
	/mendes/Furtado		
30	/Thoar/		

Fl.04v	TEXTO	ABREVIATURA	AP
	Aos sincodias domez deAbril de 1753 em		
	prezenca do [S.º] Joaõ Pacheco [Pr.ª] de [Vas.ºs] do[Conc.º]	Senhor; Pereira; Vasconcelos; Concelho	
	de[S. Mg.ª] seu [Dez.º] doPaco que serve de Governador	Sua Majestade; Dezembargador	
	desta Relacaõ veyo emduvida se para os Assentos [q.]	que	
05	se /tomaõ/ no [Dez.º] doPaco nocazo dos juizes Eclezias-		
	ticos naõ comprarem a[pr.ª] e[segd.ª] rogatorias [q.] lhe	primeira; segunda	
	foram expedidas pello juizo da Coroa emcazos de		
	recurso hera presizo que os /d.ºs/ juizes [q.] o [+]		
	ser no [d.º] Assento com ochanceler sejaõ aggravistas	dito	
10	na [fr.ª] do [Regim.º] desta caza [tit.] 8. [+]. 95. ou sepodiaõ	forma; Regimento;	
	taõbem nomear-se outros quaisquer Dezembargadores		
	de outro officio providos entendendose taõbem [p.ª]	para	
	este cazo o msmo [Regim.º] no [tit.] 1.[+] .4. em occaziaõ	Regimento	
	de se acharem impedidos os Aggravistas /actores/ [+]		
15	omays antiguo e outro que se achava alsente em delig.ºs		
	doServico pellos mays haverem sido juizes nacauza		
	Ese assentou pella mayor parte dos vottos [q.] vista a	que	
	expressa disposicaõ do [d.º] [+]. 95. hera necessario que os[d.ºs]	dito; ditos	
	juizes fossem da Meza dos Aggravos por [q.] aestes [som.ª]	que; somente	
20	se conferia a jurisdicaõ aeste cazo eo[d.º] [+]. 4. sediziaen-	dito;	
	tender [p.ª] quando faltasse qualquer Ministro outivesse ou-	para	
	tro [impedim.º] se poder cometter asua serventia ao	impedimento	

	que estivesse despedido [p.ª] fazer as suas vezes ha-	para	
	vendo comissã do [G.º] /copia/ no cazo de haver Aggra-	Governador	
25	vista /alente/ [necessariam.ª] se devia esperar achegada	necessariamente	
	delle [p.ª] na [fr.ª] do [d.º] [†] 95. se poder tomar [†]	para; forma; dito	
	enaõ nomearse o [Dez.º] [Ouv.º] [g.ª] do crime não servindo	Dezembargador; Ouvidor; Geral	
	de Aggravista que foy ocazo [q.] deu lugar aeste Assento	que	
	no recurso que do [Vigr.º] [g.ª] deste Bispado tiveraõ os	Vigário Geral	
30	[P.ª] [An.ª] Nunez e [An.ª] [Frr.ª] e [p.ª] naõ vir mays emduvida	Padres; Antonio; Antonio; Rerreira; para	
	setomou este Assento e os [q.] todos assignaraõ [†] supra	que	
	/Cdº/ [G.º:]	Governador	
	[†]		
	/Capello/		
35	Brandão		
	[Sylv.ª]	Silveira	
37	/mendes/Furtado [†]		



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

Vieses implícitos e técnicas de automação decisória: riscos e benefícios

Implicit bias and automated decision-making: risks and benefits

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares

PhD. in Law (Federal University of Bahia, Brazil).

Federal Prosecutor in Brazil.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar os riscos e benefícios do uso de ferramentas de automação decisória, desenvolvidas por meio de algoritmos, em relação aos vieses implícitos derivados de processos heurísticos. Para tanto, serão inicialmente apresentados conceitos fundamentais à compreensão do tema, a exemplo da classificação dos processos heurísticos extraída da economia comportamental. Em seguida, são expostos os resultados de estudos empíricos que revelam a potencialidade dos vieses cognitivos no campo do processo decisório judicial. Ao final, são apresentados os riscos decorrentes do uso de ferramentas de inteligência artificial – cujos algoritmos podem assimilar os vieses humanos – bem como os possíveis benefícios decorrentes do fato de tais ferramentas executarem tarefas de maneira objetiva, afastadas de processos emocionais.

Palavras-chave: Vieses implícitos. Processos heurísticos. Automação decisória. Algoritmos. Inteligência artificial.

Abstract: This article aims to analyze the risks and benefits of automated decision-making in relation to the implicit biases derived from heuristic processes. For this purpose, concepts that are fundamental to the understanding of the theme will be developed, such as the classification of heuristic processes in behavioral economics. Then, the results of empirical studies that reveal the application of cognitive biases in the field of judicial decision-making are exposed. At the end, the risks arising from the use of artificial intelligence tools - whose algorithms can assimilate human bias - are presented, as well as the possible benefits resulting from the fact that these tools perform tasks in an objective manner, away from emotional processes.

Keywords: Implicit bias. Heuristic processes. Automated decision-making. Algorithms. Artificial intelligence.

Sumário: 1. Introdução: a “descoberta” dos processos mentais heurísticos – 2. Heurísticas e vieses cognitivos na atividade jurisdicional – 2.1 A imparcialidade “consciente” – 2.2 A identificação de vieses raciais na atividade jurisdicional: conhecendo o *Implicit Association Test* (IAT) e outros experimentos – 2.3 A classificação dos vieses cognitivos e sua identificação na atividade jurisdicional – 2.3.1 A sistematização inaugural proposta por Tversky e Kahneman – 2.3.2 Vieses derivados da heurística de representatividade – 2.3.3 Vieses derivados da heurística de disponibilidade – 2.3.4 Vieses derivados da heurística de ancoragem e ajustamento – 2.3.5 Vieses cognitivos particularmente presentes na atividade processual: confirmação, retrospectiva, falácia da conjunção, impossibilidade de esquecimento de provas ilícitas e vieses de decisões sequenciais – 3. O uso da inteligência artificial pode contribuir para reforçar os vieses cognitivos? – 4. O uso da inteligência artificial pode contribuir para afastar os vieses cognitivos? – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO: A “DESCOBERTA” DOS PROCESSOS HEURÍSTICOS¹

Ao longo dos debates que ocorreram no processo da eleição presidencial norte-americana de 2016, um importante tema foi lançado aos candidatos: os vieses cognitivos implícitos (“implicit bias”) em abordagens policiais. Questionada a respeito da atuação policial em desfavor da população negra, a então candidata Hillary Clinton, afirmou: “eu acredito que a atuação enviesada é um problema para todos, não apenas para a polícia”.

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). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

Dias após, o então candidato Donald Trump acusou a candidata Clinton de ter uma “baixa opinião em relação aos nossos cidadãos”, ao “acusar todo o país, incluindo todas as autoridades de perseguição criminal, de atuar implicitamente de forma enviesada, sugerindo que todos, inclusive nossa polícia, são basicamente racistas e preconceituosos”².

O tema central, no debate em questão, era a chamada política do “stop and frisk”, abordagem policial realizada nas ruas, acusada de focar em jovens negros e hispânicos, alimentando o “feedback loop” nas estatísticas criminais³. Embora não diga respeito, diretamente, à atuação de membros do Poder Judiciário – muito menos às ferramentas de automação decisória –, o assunto parte de premissas que são relevantes também em tal ambiente: os vieses cognitivos.

Há muito, o dogma da ação racional, elemento central da economia clássica, tem sido confrontado por experimentos no campo da psicologia cognitiva⁴ e da economia comportamental (“behavioral economics”)⁵, especialmente a partir da pesquisa seminal realizada na década de 1970, por Amos Tversky e Daniel Kahneman⁶.

2. O debate é registrado por Meagan Biber, destacando o caráter representativo da receptividade do debate sobre preconceitos implícitos na atuação de autoridades públicas. Cf. BOWER, Meagan. Implicit Bias in the Judiciary: Confronting the Problem through Normalization, *Ind. J. L. & Soc. Equal.*, v. 7, 2019, p. 264.
3. O’NEIL, Cathy. Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy. Nova York: Crown, 2016, p. 93-104.
4. Como registram Dierle Nunes, Natanel Lud e Flávio Quinaud Pedron, “A crença em nossa absoluta racionalidade decisória foi extremamente enfraquecida pelos avanços da psicologia comportamental e por estudos empíricos que demonstram o impacto dos atalhos cognitivos (heurísticas) que nos fazem decidir com deturpações e sem levar em consideração toda a informação relevante” (NUNES, Dierle; LUD, Nathanael; PEDRON, Flávio. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 10). No mesmo sentido: “Se ha dicho, no sin motivo, que los seres humanos no somos tan racionales como parecemos, en el sentido de que debiéramos ser siempre eficientes y consistentes, y sin embargo no lo somos, a diferencia de las máquinas, que ni se fatigan, ni se distraem o se aburren, ni tienen emociones” (FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018, p. 43). Em outra passagem, Jordi Nieva Fenoll anota: “Tversky y Kahneman le hicieron un inmenso favor a la humanidad bajándola del pedestal y denunciando que nuestras decisiones no son demasiado complejas. Esto rompía una tendencia en la historia del pensamiento, que, quizá partiendo de un cierto condicionamiento religioso, tendía a elevar al ser humano y sus capacidades intelectuales hasta cotas poco menos que paranormales” (FENOLL, Jordi Nieva. Transfondo psicológico de la independencia judicial. In: FENOLL, Jordi Nieva; OTEIZA, Eduardo (dirs.). *La independencia judicial: um constante asedio*. Marcial Pons: Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2019, p. 24).
5. Em resenha publicada por ocasião do lançamento da obra “Thinking, Fast and Slow”, de Daniel Kahneman, Freeman Dyson, matemático e físico inglês, registrou: “the experiment convincingly demolished the central dogma of classical economics” (DYSON, Freeman. How to Dispel Your Illusions. *New York Review of Books*, dez/2011. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2011/dec/22/how-dispel-your-illusions/>. Acesso em: 23 ago. 2020).
6. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology*, v. 2, n. 5, p. 207-232, 1973.

O escopo do trabalho dos aludidos autores consistiu no processo decisório humano em ambientes de incertezas. Isso porque “muitas decisões são baseadas em crenças relativas à probabilidade de eventos incertos, a exemplo do resultado de uma eleição, a culpabilidade de um réu ou o valor futuro do dólar”⁷. Os experimentos conduzidos por Tversky e Kahneman foram capazes de revelar que, durante tais processos decisórios, muitas pessoas se valem de um limitado número de princípios heurísticos automatizados.

Esses princípios heurísticos consistem em atalhos mentais⁸ ou estratégias inconscientes – heranças do processo evolutivo humano –, meios utilizados na redução da complexidade das tarefas de conhecimento de situações e tomadas de decisões. Eles funcionam como algoritmos cognitivos que permitem que as decisões humanas sejam mais eficientes. Para tanto, são realizados processos inconscientes de categorização de objetos, pessoas e suas ocorrências em grupos ou tipos.

Além de adaptativas, as heurísticas são inegavelmente úteis, contribuindo para uma maior eficiência nas decisões diárias, notadamente aquelas que integram o chamado “Sistema 1” de pensamento, em que os julgamentos e escolhas são mais intuitivos, experimentais e automatizados⁹.

Apesar disso, elas podem resultar em erros severos e sistemáticos¹⁰, conduzindo a falácias, vieses e ilusões. Cuida-se do “preço que pagamos para tamanha eficiência”¹¹.

Some-se a isso o fato de que, cada vez mais, no campo do Direito, decisões humanas são delegadas a ferramentas de inteligência artificial desenvolvidas a partir do uso de algoritmos. No Brasil, além do projeto VICTOR – do Supremo Tribunal Federal

7. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, v. 185, p. 1.124-1.131, 1974.
8. Nesse sentido: “Heuristics are cognitive shortcuts, or rules of the thumb, by which people generate judgments and make decisions without having to consider all the relevant information, relying instead on a limited set of cues that aid their decision making” (PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, v. 49, n. 2, p. 114-119, 2013). Cf. JONES, Craig. The Troubling New Science of Legal Persuasion: Heuristics and Biases in Judicial Decision-Making. *Advocates Quarterly*, v. 41, p. 49-122, 2013; JONES, Craig; RANKIN, Micah B. E. Justice as a Rounding Error? Evidence of Subconscious Bias in Second-Degree Murder Sentences in Canada. *Osgoode Digital Commons*, v. 10, n. 81, 2014.
9. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
10. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; NUNES, Dierle; LUD, Nathanael; PEDRON, Flávio. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018; FENOLL, Jordi Nieva. Transfondo psicológico de la independencia judicial. In: FENOLL, Jordi Nieva; OTEIZA, Eduardo (dirs.). *La independencia judicial: um constante asedio*. Marcial Pons: Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2019; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018.
11. NEGOWETTI, Nicole. E. Judicial Decisionmaking, Empathy and the Limits of Perception. *Akron Law Review*, v. 47, 2014.

–, podem ser citados os robôs Alice, Sofia e Monica, que têm sido empregados pelo Tribunal de Contas da União para, respectivamente: a) examinar milhares de editais de licitação e atas de preços em busca de fraudes e irregularidades; b) analisar e sugerir aprimoramentos em relatórios internos; e c) acompanhar todas as compras públicas, inclusive as decorrentes de contratação direta. Em razão do sucesso de tais instrumentos, seu uso foi transportado para outros órgãos de controle, a exemplo dos Tribunais de Contas estaduais, Ministério Público, Polícia Federal e Controladoria Geral da União¹².

Daí decorrem duas preocupações fundamentais, de ordem democrática: a) a necessidade de se assegurar o direito fundamental de acesso à informação a todos os cidadãos sujeitos a tais mecanismos; e b) o dever do Estado de prevenir e corrigir as distorções decorrentes do desenvolvimento, alimentação ou uso inadequado das ferramentas, evitando que as decisões produzidas sejam enviesadas e discriminatórias.

2. HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

2.1 A imparcialidade “consciente”

Uma famosa anedota americana retrata três árbitros de beisebol questionados sobre como eles conduzem um jogo. Um diz: “eu faço de acordo com o que vejo”. Outro afirma: “eu apito e conduzo conforme as coisas são”. Um último responde: “não existe ponto ou falta, até eu apitar”¹³.

Nesse cenário anedótico, enquanto o primeiro juiz reconhece sua condição de observador humano – e, portanto, imperfeito –, os demais se veem como infalíveis, capazes de conduzir com base em seus méritos objetivos.

De forma semelhante, o *Justice* Cardozo – que atuou na Suprema Corte dos Estados Unidos entre 1932 e 1938 – já se manifestou no sentido de que os juízes teriam a capacidade de “se afastar de qualquer influência pessoal ou que advenha de uma situação particular que lhe é apresentado, fundamentando suas decisões em elementos de natureza objetiva”¹⁴.

12. 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, p. 635-655, set./2018.

13. A anedota narrada consiste numa tradução livre e adaptada da introdução de artigo de autoria de Eyal Peer e Eyal Gamliel (PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, v. 49, n. 2, p. 114-119, 2013).

14. OAKES, Anne Richardson; DAVIES, Haydn. Process, Outcomes and the Invention of Tradition: The Growing Importance of the Appearance of Judicial Neutrality. *Santa Clara Law Review*, v. 51, n. 2, 2011.

Essa clássica noção de imparcialidade deriva da crença de que os julgadores são capazes de, conscientemente, afastar-se de vieses pessoais. Muitos juízes acreditam nessa possibilidade, tal como exigido em códigos de conduta¹⁵.

Pesquisas recentes demonstram o contrário. Muitos juízes ainda desconhecem os vieses cognitivos implícitos e, em muitos casos – a exemplo das questões relativas a preconceitos raciais –, tratam o assunto como tabu. No atual cenário das questões éticas relativas à prestação jurisdicional, julgadores continuam livres para atuar de forma despreocupada quanto aos vieses implícitos que habitam o inconsciente.

Esses vieses podem trazer consequências diversas, que variam desde a má apreciação das provas de um caso até associações estereotipadas.

Apesar disso, um tema que raramente é abordado, quando se trata da independência judicial, diz respeito à psicologia dos juízes¹⁶. De fato, poucos profissionais jurídicos – sejam administradores públicos, advogados, juízes ou membros do Ministério Público – atentam ao fato de que o pensamento humano não é habitualmente muito complexo, valendo-se de parâmetros “pseudoestatísticos”¹⁷ para a tomada de decisões.

Ao se deparar com uma tarefa decisória, o ser humano frequentemente tende a se socorrer da própria memória – recordando aquilo que mais frequentemente considera exitoso – ou simplesmente defender uma opinião prévia, o que pode estar fundamentado em um cálculo mental equivocados.

Estudos empíricos demonstram que os juízes costumam ser mecânicos na maioria das ocasiões, classificando os processos de forma sistemática, de modo a facilitar o seu trabalho. Motivações previamente elaboradas costumam ser replicadas em casos similares, com as adaptações necessárias. Esse processo é absolutamente natural e objetiva imprimir eficiência na atividade jurisdicional.

-
15. Conforme estabelecido no art. 8º do Código de Ética da Magistratura, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, “O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito” (Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 23 ago. 2020). De igual modo, o Canon 3 do Código Modelo de Conduta Judicial (*Model Code of Judicial Conduct*) dos Estados Unidos destaca: “The judge should perform those duties with respect for others, and should not engage in behavior that is harassing, abusive, prejudiced, or biased. The judge should adhere to the following standards” (Disponível em: <https://www.uscourts.gov/judges-judgeships/code-conduct-united-states-judges#c>. Acesso em 23 ago. 2020).
 16. São exemplos de autores que abordam a temática em questão: POSNER, Richard. *How judges think*. Harvard Press, 2010; FENOLL, Jordi Nieva. Transfondo psicológico de la independencia judicial. In: FENOLL, Jordi Nieva; OTEIZA, Eduardo (dirs.). *La independencia judicial: um constante asedio*. Marcial Pons: Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2019; NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421-447, nov./2018.
 17. Cf. KAHNEMAN, Daniel. TVERSKY, Amos. *On the study of statistical intuitions*. *Cognition*, 1982, p. 123.

Ocorre que, não raramente, os órgãos públicos se deparam com um grande volume de casos para serem analisados, o que resulta em um incremento da mecanização – e até mesmo automatização – do processo de classificação e decisão. Salvo nos casos mais complexos, o tempo dedicado a cada processo é bastante limitado, o que amplifica a influência de processos heurísticos de pensamento.

Tais considerações revelam a necessidade de que a ciência jurídica se ocupe também do estudo dos processos heurísticos nas decisões jurídicas, introduzindo, na medida do possível, as possibilidades de desvios (“debiasing”) no campo do devido processo legal.

2.2 A identificação de vieses raciais na atividade jurisdicional: conhecendo o *Implicit Association Test* (IAT) e outros experimentos

Um importante experimento, descrito, entre outros, em artigo de Megan Biwer¹⁸, consiste no estudo desenvolvido por pesquisadores da Universidade de Harvard, por meio do *Implicit Association Test* (IAT). Cuida-se de relevante ferramenta, amplamente reconhecida para a identificação de vieses implícitos.

Em síntese, o IAT tem objetivo medir a força de associações inconscientes por meio da comparação do tempo que um indivíduo gasta para fazê-las. A título exemplificativo, considere-se a necessidade de leitura de duas listas: a primeira, contendo nomes de cores escritos na cor respectiva (ex.: a palavra “azul” escrita na tonalidade azul); a segunda, contendo nomes de cores escritos em tonalidades aleatórias (ex.: a palavra “vermelho” escrita em tom verde). Os experimentos revelam que a leitura da primeira lista ocorre de forma consideravelmente mais curta. A segunda lista, por sua vez, toma mais tempo para ser lida. Essa diferença de tempo consiste no importante elemento variável medido pelo IAT.

O “Race IAT” tem por objetivo identificar vieses implícitos em desfavor de pessoas de variadas etnias. Como relata Rachlinski, inicialmente pesquisadores apresentam aos participantes uma tese de computador com as palavras “Branco ou Bom”, no canto esquerdo superior, e “Negro ou Mau”, no canto direito superior. Em seguida, são apresentados, individualmente, quatro tipos de estímulos no centro da tela: rostos de pessoas negras, rostos de pessoas brancas, palavras positivas e palavras negativas. Os participantes são instruídos a pressionar uma tecla na esquerda do computador quando aparecer uma face branca ou uma palavra positiva, e a pressionar uma tecla na direita quando uma face negra ou uma palavra negativa aparecem. Em seguida, o

18. BIWER, Meagan. *Implicit Bias in the Judiciary: Confronting the Problem through Normalization*, *Ind. J. L. & Soc. Equal*, v. 7, 2019, p. 268. Cf. também: RACHLINSKI, Jeffrey J.; JOHNSON, Sheri; WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris. *Does unconscious racial bias affect trial judges?* *Cornell Law Faculty Publications*, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1691&context=facpub>. Acesso em: 30 ago. 2020.

computador é programado para alternar a localização das palavras “Bom” e “Mau”, de modo que as palavras “Branco ou Mau” apareçam no canto superior esquerdo da tela, e as palavras “Negro ou Bom” apareçam no canto superior direito. Os participantes também repetem o mesmo processo com novos pares opostos¹⁹.

O que os pesquisadores concluíram, com esse experimento, foi que muitos americanos demonstram uma forte “preferência branca” no desempenho da tarefa, na medida em que o tempo gasto com o desempenho da primeira tarefa revelou-se muito mais rápido, associando-se as palavras “Branco” a “Bom” e “Negro” a “Mau”. Aproximadamente 70% (setenta por cento) das pessoas que fizeram o teste do IAT demonstraram preferências raciais, incluindo participantes negros.

Esses dados são corroborados por outros estudos.

Outros experimentos similares, fora do IAT, revelaram que pessoas brancas tendem a ativar a região do cérebro associada com o medo, ao enxergarem rostos de pessoas negras, o que tem levantado sérias preocupações quanto ao encarceramento de pessoas latinas e negras nos Estados Unidos²⁰.

Pesquisas realizadas nos Estados Unidos informam que brancos associam implicitamente os negros (e não os brancos) com imagens de primatas não humanos e, quanto mais facilmente o fazem, mais inclinados estão a endossar a violência policial contra os negros. Nesse sentido, em estudos de casos ocorridos na Flórida, Geórgia e Pensilvânia, pesquisadores concluíram que presidiários com características faciais mais fenotipicamente negras (lábios mais grossos, narizes mais largos, etc.), em circunstâncias fáticas similares, receberam sentenças mais longas do que aqueles com menos características fenotípicas negras.

Conforme dados apresentados pelo Georgia Department of Corrections²¹, não apenas os negros recebem sentenças 4,25% mais altas do que os brancos, mas os

19. RACHLINSKI, Jeffrey J.; JOHNSON, Sheri; WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris. Does unconscious racial bias affect trial judges? *Cornell Law Faculty Publications*, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1691&context=facpub>. Acesso em: 30 ago. 2020.

20. Nesse sentido: “Even more, the social scientific literature underscores that blacks (and not whites) are implicitly perceived as a threat and hostile, which is particularly important to consider in the context of racial disparities in death penalty sentencing—the punishment that should be reserved for the most “threatening” people or horrific crimes. For example, on neuroimaging measures, whites show more activation in the region of the brain associated with fear when they view black faces. Where there is a confrontation between people, whites also implicitly construe those interactions as more aggressive and hostile when there is a black perpetrator” (PARKS, Gregory S.; DAVIS, Andre M. Confronting Implicit Bias: An Imperative for Judges in Capital Prosecutions. *Human Rights Magazine*, v. 42, n. 2, 2016. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/2016-17-vol-42/vol-42-no-2---the-death-penalty--how-far-have-we-come-/confronting-implicit-bias--an-imperative-for-judges-in-capital-p/. Acesso em: 30 ago. 2020).

21. Cf. BURCH, Traci. Skin Color and the Criminal Justice System: Beyond Black-White Disparities in Sentencing. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 12, p. 395-420, 2015.

negros de pele média e escura também recebem sentenças 4,8% mais altas do que as dos brancos. Por outro lado, os negros de pele clara recebem sentenças quase da mesma severidade que os brancos. Pesquisadores também concluíram que, em casos que envolvem uma vítima branca, quanto mais fenotipicamente negro o réu era considerado, maior era a probabilidade de ele ser condenado à morte²².

De igual modo, outros estudos apontam que juízes tendem a fixar fianças consideravelmente mais elevadas, em acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), bem como punições cerca de 12% (doze por cento) mais longas em desfavor de réus negros em situações similares a réus brancos²³.

Existem, portanto, fortes experimentos que demonstram, empiricamente, a existência de vieses implícitos capazes ensejar a tomada de decisões irracionais, muitas delas em desfavor de minorias²⁴.

Recentes estudos demonstram até mesmo fatores aparentemente irrelevantes são considerados em processos heurísticos decisórios. A título de exemplo, juízes levados a refletir sobre sua própria morte apresentaram maior probabilidade de proferir decisões mais conservadoras. Do mesmo modo, juízes em tribunais que se encontravam temporalmente mais distantes da sua última refeição apresentaram

-
22. PARKS, Gregory S.; DAVIS, Andre M. Confronting Implicit Bias: An Imperative for Judges in Capital Prosecutions. *Human Rights Magazine*, v. 42, n. 2, 2016. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/2016-17-vol-42/vol-42--no--2---the-death-penalty--how-far-have-we-come-/confronting-implicit-bias--an-imperative-for-judges-in-capital-p/. Acesso em: 30 ago. 2020). No mesmo sentido: EBERHARDT, Jennifer L; DAVIES, Paul G.; PURDIE-VAUGHNS, Valerie J.; JOHNSON, Sheri Lynn. Looking Deathworthy: Perceived Stereotypicality of Black Defendants Predicts Capital-Sentencing Outcomes. *Psychological Science*, v. 17, p. 383-386, 2006.
 23. Cf. WALDFOGEL, Joel; AYERS, Ian. A Market Test for Race Discrimination in Bail Setting. *Stanford Law Review*, v. 46, p. 987-1048, 1994.
 24. Fora do sistema de justiça, estudo conduzido por pesquisadores da Universidade Federal da Bahia e da Universidad Complutense de Madrid, envolvendo 101 participantes brasileiros e 138 espanhóis, revelou a influência de categorias naturalistas (como a cor da pele) na construção de estereótipos sociais. Segundo os pesquisadores, o estudo destacou a “categoria raça” como aquela que sofreu o maior grau de essencialização, o que ajuda a compreender porque “a categorização de um grupo em função do fenótipo é um elemento poderoso na racialização das relações intergrupais, em cuja base as desigualdades sociais obtêm legitimidade” (PEREIRA, Marcos Emanuel; ÁLVARO, José Luis; OLIVEIRA, Andréia C. Oliveira; DANTAS, Gilcimar. Estereótipos e essencialização de brancos e negros: um estudo comparativo. *Psicologia & Sociedade*, v. 1, p. 144-153, 2011). Essas conclusões vão ao encontro de recentes estudos que identificaram vieses raciais implícitos na contratação de trabalhadores e no aprisionamento de adolescentes negros por agentes policiais nas ruas (Cf. ROOTH, Dan-Olof. Implicit Discrimination in Hiring: Real World Evidence. Institute for the Study of Labor (IZA), 2007. Disponível em: <http://ftp.iza.org/dp2764.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020; GOFF, Phillip Atiba; JACKSON, Matthew Christian; DI LEONE, Brooke Allison Lewis; CULOTTA, Carmen Marie; DITOMASSO, Natalie Ann. The Essence of Innocence: Consequences of Dehumanizing Black Children. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 106, n. 4, p. 526-545, 2014. Disponível em: <https://www.apa.org/pubs/journals/releases/psp-a0035663.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020).

maior probabilidade de confirmar a decisão recorrida. Até mesmo o momento das alegações finais e as vestimentas dos advogados foram identificados como fatores relevantes no processo decisório²⁵.

2.3 A classificação dos vieses cognitivos e sua identificação na atividade jurisdicional

2.3.1 A sistematização inaugural proposta por Tversky e Kahneman

Para além da identificação de vieses relacionados a gênero e raça no exercício da atividade jurisdicional, o processo de tomada de decisões costuma se valer, não raramente, de processos heurísticos que, com o objetivo inconsciente de reduzir a complexidade da tarefa, conduzem a erros lógicos sistemáticos.

Por conseguinte, é possível identificar uma série de vieses (falácias, ilusões, erros lógicos etc.) que acompanham os processos judiciais em suas diversas fases: admissibilidade, produção de provas, sentença, fase recursal etc.

As classificações de vieses derivados de processos heurísticos, dentro e fora do sistema de justiça, apresentam nomenclaturas diversas. Tradicionalmente, contudo, costuma-se partir dos três processos heurísticos probabilísticos propostos por Amos Tversky e Daniel Kahneman: representatividade (“representativeness”), disponibilidade (“availability”) e ancoragem-ajustamento (“adjustment and anchoring”).

2.3.2 Vieses derivados da heurística de representatividade

O processo heurístico de representatividade tem lugar quando se exige de alguém a tarefa de enquadrar um indivíduo, um objeto ou um evento em uma determinada categoria. Em síntese, questiona-se a probabilidade de um objeto ou indivíduo A pertencer à categoria B, ou mesmo a probabilidade de um evento A derivar do processo B²⁶.

Desse processo heurístico, um problema (viés) comum é que “as pessoas tendem a se focar em determinadas características dos elementos, sem perceber o quão comum essas características de fato são, nos outros”²⁷. Assim, algumas propriedades do objeto, pessoa ou evento em análise acabam sendo superdimensionadas, tomados como representativos das categorias. O resultado é a construção de uma espécie de “probabilidade subjetiva”, contrária à real representatividade – e, portanto, probabilidade real – de um determinado evento.

25. JONES, Craig E. The Troubling New Science of Legal Persuasion: Heuristics and Biases in Judicial Decision-Making. *Advocates’ Quarterly*, v. 41, n. 1, 2013.

26. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, v. 185, 1974, p. 1124.

27. VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 376.

Essa má apreciação dos dados pode se manifestar de diferentes formas: insensibilidade a outros dados probabilísticos, insensibilidade ao tamanho da amostra (em violação à regra estatística básica segundo a qual as oscilações de resultado tendem a ser maiores em amostras menores), má representação da aleatoriedade (com a tendência de apego a eventos aleatórios), insensibilidade à previsibilidade, equívocos na apreciação de dados em regressão etc.²⁸

A heurística de representatividade, quando relacionada à identificação ou classificação de pessoas, costuma recorrer ao terreno perigoso dos estereótipos. De forma exemplificativa, em um juízo sumário, se um indivíduo busca saber a probabilidade de a pessoa X ser um engenheiro, o caminho natural será a identificação, nessa pessoa X, de atributos representativos do estereótipo de engenheiro. Essa forma de raciocínio costuma produzir muitos equívocos, na medida em que são considerados fatores não causais.

Em um curioso experimento conduzido por Tversky e Kahneman, indivíduos foram apresentados a uma breve descrição da personalidade de pessoas aleatoriamente retiradas de uma amostra de 100 (cem) profissionais, entre engenheiros ou advogados. Os participantes foram então questionados, a partir de cada descrição de cada pessoa, a respeito da probabilidade de se tratar de um engenheiro ou advogado. Em uma condição experimental, os participantes foram previamente informados que, de toda a amostra de 100 (cem) pessoas, 70 (setenta) eram engenheiros e 30 (trinta), advogados. Em outra, o oposto – 70 (setenta) advogados e 30 (trinta) engenheiros. Em uma clara violação do teorema de Bayes, os participantes produziram essencialmente os mesmos juízos de probabilidade. Ignorando por completo os percentuais previamente informados, julgaram as pessoas com base exclusivamente os estereótipos de engenheiro ou advogado²⁹.

Na seara jurídica, não há dúvidas de que os variados profissionais (juízes, advogados, membros do Ministério Público etc.) tendem a classificar os casos a partir da recordação de problemas mais comuns em cada campo. O recurso à representatividade faz trazer à memória precedentes judiciais e dados análogos de casos anteriores em que atuaram. Os problemas se intensificam quando, em lugar de engenheiro ou advogado, o juízo a ser realizado por um jurista diz respeito à probabilidade de uma pessoa X ter elevada periculosidade – qualidade buscada, por exemplo, na aplicação de medidas de segurança ou medidas cautelares como a prisão preventiva. Consciente ou inconscientemente, até mesmo o raciocínio sobre se a pessoa Y cometeu um determinado delito costuma partir de uma “probabilidade subjetiva” que, segundo informam os experimentos citados, acabam por considerar

28. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, v. 185, 1974, p. 1124.

29. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, v. 185, 1974, p. 1124.

características que transcendem a conduta e adentram a *peessoa* do acusado (etnia, nacionalidade, aparência física etc.).

Os vieses derivados da heurística de representatividade também podem ser bastante prejudiciais no âmbito do processo civil, em especial no que diz respeito à produção de provas. A tendência que as pessoas têm de extrair semelhanças entre indivíduos, condições e exemplos, fazendo inferências de causalidade a partir da similaridade (ou seja, representatividade) do que se lhes apresenta repetidamente, pode conduzir a conclusões equivocadas. Em especial, eventos similares tendem a ser causalmente relacionados, enquanto eventos causais – porém distintos – tendem a ser percebidos como não relacionados³⁰.

2.3.3 Vieses derivados da heurística de disponibilidade

Pela heurística de disponibilidade (“availability”), as pessoas valoram a frequência ou a probabilidade de um evento ter ocorrido em função da facilidade com que recordações são trazidas à mente. Ordinariamente, a heurística de disponibilidade é uma ferramenta bastante útil, na medida que eventos em larga escala tendem a ser rememorados mais facilmente e mais rapidamente, em comparação com eventos de menor probabilidade.

O problema surge quando eventos raros – ou menos comuns – são percebidos como se fossem mais frequentes, pelo simples fato de serem recordados com facilidade. Basta comparar o medo que as pessoas costumam associar a viagens de avião, normalmente mais elevado que o medo de viagens de carro, embora estas sejam indiscutivelmente mais perigosas.

Um pequeno experimento conduzido por Tversky e Kahneman demonstra isso. Participantes ouviram o conteúdo de listas de nomes de personalidades famosas de ambos os sexos e, em seguida, foram questionados sobre se as listas conteriam mais nomes masculinos ou femininos. Diversas listas foram apresentadas a diferentes grupos de pessoas. Em algumas das listas, os homens eram relativamente mais famosos que mulheres; e outras, o inverso. Em cada uma das listas, os participantes julgaram, equivocadamente, que a classe (sexo) que continha personalidades mais famosas era também a mais numerosa³¹.

Outro experimento, conduzido por John Carroll, demonstrou que pessoas que eram solicitadas a imaginar a vitória de um determinado candidato nas eleições tinham a tendência de, em entrevista posterior, considerá-lo com mais chances de vitória na

30. VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 376.

31. TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, v. 185, 1974, p. 1124.

disputa. O mero exercício imaginativo anterior, por se tratar de evento recente na memória, foi capaz de influenciar o julgamento probabilístico³².

No campo jurídico, esse viés incrementa o risco de julgadores dimensionarem excessivamente a probabilidade de ocorrência de um determinado evento, com fundamento em uma experiência pessoal isolada, mas traumática. É possível supor, por exemplo, que pessoas que, de alguma forma, foram sujeitas a algum tipo de violência policial, tendem a dar mais credibilidade a esse argumento, ainda que desacompanhado de evidências mínimas.

Um outro exemplo, trazido por Edilson Vitorelli, diz respeito ao fato de juízes serem mais propensos a conceder direitos que sejam fundados em histórias individuais dramáticas, a exemplo de demandas individuais relacionadas a tratamentos médicos, do que pretensões embasadas em dados estatísticos sólidos³³.

No âmbito da tutela cautelar, Jordi Nieva Fenoll registra que este tipo de viés é bastante frequente na percepção do risco (*periculum in mora*). Essa percepção tende a ser mais intensa quando o julgador houver denegado previamente a tutela em caso similar que resultou em prejuízo ao réu, em processo civil, ou mesmo possibilitou a reincidência que se buscava evitar, em processo penal³⁴.

2.3.4 Vieses derivados da heurística de ancoragem e ajustamento

Pela heurística de ancoragem e ajustamento, em muitas situações, as pessoas fazem estimativas a partir de um valor inicial, que é ajustado para produzir a resposta final. O valor inicial – concebido como um ponto de partida – pode ser sugerido pela formulação do problema ou mesmo resultar de um processo de cálculo parcial³⁵.

Os vieses são recorrentes, na medida em que os ajustamentos costumam ser insuficientes, de modo que os pontos de partidas produzem diferentes resultados viciados a partir dos valores iniciais.

Em um conhecido experimento, participantes foram solicitados a estimar determinadas quantidades aleatórias (por exemplo, o número de países africanos que integram a Organização das Nações Unidas). Antes de cada questionamento, um número entre 0 (zero) e 100 (cem) era previamente selecionado de forma aleatória, por meio de uma roleta. Primeiramente, os participantes eram instruídos a informar

32. CARROLL, John S. The effect of imagining an event on expectations for the event: an interpretation in terms of the availability heuristic. *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 14, n. 1, p. 88-96, 1978.

33. VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 375.

34. FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018, p. 49.

35. TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, v. 185, 1974, p. 1128.

se o valor questionado seria maior ou menor que o valor aleatoriamente indicado na roleta. Em seguida, eram solicitados a estimar o percentual. A diferentes grupos foram fornecidos diferentes números para cada quantidade questionada. Ao final, foi possível concluir que os números arbitrários produziram efeitos sobre as estimativas. Por exemplo, a média estimada para o percentual de países africanos na ONU foi de 25 (vinte e cinco) e 45 (quarenta e cinco) para grupos que retiraram 10 (dez) e 45 (quarenta e cinco), respectivamente, como pontos de partida arbitrários indicados na roleta³⁶.

Esse processo de construção de uma conclusão mediante a assimilação de dados previamente considerados como pontos de partida pode produzir variados efeitos no campo jurídico.

Sentenças criminais condenatórias, por exemplo, possuem expressão numérica quanto à fixação da pena, havendo estudos indicativos da possibilidade de juízes serem influenciados por outros valores previamente apresentados³⁷.

Pesquisas conduzidas por Mussweiler, Englich e Strack revelam que mesmo juízes americanos experientes são sujeitos ao efeito de ancoragem, sendo influenciados por dados anteriormente sugeridos pelo Ministério Público ou pela mídia.

Como revelam os autores, juízes e jurados têm a relevante tarefa de decidir a respeito da condenação de alguém em um ambiente de incerteza e quadro probatório controvertido. Ao contrário do que pode parecer em uma primeira análise, a existência de regras e princípios jurídicos é capaz de minimizar as influências de fatores irrelevantes no processo decisório, mas não de eliminá-las. No contexto do processo civil, experimentos sugerem que a quantia requerida pela parte autora a título de danos materiais e punitivos pode servir como valor-âncora. Em outras palavras, quanto maior o valor requerido pela parte autora, maior a probabilidade de uma indenização mais elevada³⁸.

Efeitos similares têm sido observados no campo do processo penal, em que os valores numéricos requeridos ou sugeridos ao Poder Judiciário exercem forte influência sobre as decisões judiciais. Em relevante estudo publicado em 2001, Englich e Mussweiler já haviam concluído que, em casos envolvendo o delito de estupro,

36. TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, v. 185, 1974, p. 1128.

37. Nesse sentido, conferir: PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, v. 49, n. 2, p. 114-119, 2013; ENGLISH, Birt; MUSSWEILER, Thomas. Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom. *Journal of Applied Social Psychology*, v. 31, n. 7, p. 1535-1551, 2001; STEIN, Christopher; DOUIN, Michelle. Cognitive Bias in the Courtroom: Combating the Anchoring Effect in Criminal Sentencing. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2991611. Acesso em: 31 ago. 2020.

38. ENGLISH, Birt; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 32, p. 188-200, 2006.

juízes são altamente influenciados pelos termos do pedido condenatório formulado pelo Ministério Público³⁹.

Em 2006, agora também com a participação de Strack, referidos autores realizaram experimento mais profundo, dividido em três estudos, nos quais juízes foram previamente expostos a uma potencial conclusão antes de fazer a sua própria decisão. No primeiro estudo, a potencial sentença-modelo derivou de uma fonte que, em termos normativos, deveria ser considerada irrelevante para a decisão judicial: um jornalista. No segundo, os participantes foram informados que o pedido condenatório havia sido formulado pelo Ministério Público de forma aleatória. No terceiro, os próprios participantes foram informados dos termos do pedido condenatório aleatoriamente, lançando um conjunto de dados.

Em todos os três estudos, os participantes expostos a valores de ancoragem mais elevados produziram decisões consideravelmente mais elevadas, a revelar que mesmo profissionais experientes podem ser influenciados por fatores claramente aleatórios durante o processo decisório.

2.3.5 Vieses cognitivos particularmente presentes da atividade processual: confirmação, retrospectiva, falácia da conjunção, impossibilidade de esquecimento de provas ilícitas e vieses de decisões sequenciais

Alguns tipos de vieses são particularmente identificados no campo jurídico, especialmente no processo de tomada de decisões judiciais.

Um primeiro exemplo consiste no *viés de confirmação* (“confirmation bias”). Por ele, se as pessoas têm uma compreensão prévia ou uma hipótese a respeito de um determinado assunto, elas tendem a selecionar as informações disponíveis, em determinado caso, que correspondem às compreensões prévias, ignorando as evidências em sentido contrário⁴⁰.

Um importante estudo a respeito desse particular viés foi conduzido pela Universidade de Stanford, em que participantes favoráveis ou contrários à pena de morte foram instruídos a ler determinados estudos sobre o tema, os quais apresentavam ambos os pontos de vista. Referido experimento demonstrou que os participantes deram mais credibilidade aos estudos atrelados às suas prévias convicções⁴¹.

39. ENGLISH, Birt; MUSSWEILER, Thomas. Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom. *Journal of Applied Social Psychology*, v. 31, n. 7, p. 1535-1551, 2001.

40. PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, v. 49, n. 2, p. 114-119, 2013, p. 115.

41. LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 11, p. 2098-2109, 1979. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/232555483_Biased_Assimilation_and_Attitude_Polarization_The_Effects_of_Prior_Theories_on_Subsequently_Considered_Evidence. Acesso em 2 set. 2020.

Aplicado no campo processual, o viés de confirmação é capaz de afetar juízes no processo de avaliação das provas produzidas, descartando aquelas contrárias à compreensão ou hipótese previamente assentada.

Essa possibilidade foi identificada por Rassin, Eerland e Kuijpers, em estudo cujos participantes foram apresentados a um caso de homicídio, em que a vítima era uma psicóloga. A principal suspeita apresentada era a esposa de um dos pacientes, que supostamente teria matado a vítima por ciúmes. Os participantes foram então instruídos a avaliar vinte peças de informação e classificar a probabilidade de eles conduzirem à condenação ou absolvição da principal suspeita. Todavia, metade dos participantes foi apresentada à possibilidade de um outro suspeito: um antigo paciente da vítima, que a perseguia por um tempo considerável. Surpreendentemente, todos os participantes classificaram as peças de evidências de forma similar, indicando que a primeira suspeita seria culpada na mesma proporção. Segundo concluíram os pesquisadores, os participantes apenas levaram em consideração as evidências que reforçavam suas hipóteses iniciais⁴².

Um outro importante elemento consiste no *viés de retrospectiva* (“hindsight bias”). Por ele, quando as pessoas avaliam eventos ou resultados após o seu acontecimento, existe uma probabilidade maior de julgadores considerarem o fato mais previsível do que na época em que ocorreu.

Esse viés possui uma relação direta com casos de responsabilidade civil, especialmente quando se busca apurar situações relativas a condutas negligentes. Um caso ilustrativo, descrito por Peer e Gamliel, diz respeito à um processo movido em desfavor de um médico acusado de negligência por falhar na detecção de um pequeno tumor de um paciente, em um exame de radiografia preliminar. O médico foi condenado após outro radiologista – que examinou as radiografias após o tumor ter sido encontrado – testemunhar no sentido de que o tumor poderia ter sido identificado no exame preliminar. Obviamente, o segundo radiologista tinha, como elemento facilitador, a vantagem de saber que o tumor realmente existia ali, algo que o primeiro médico desconhecia⁴³.

Em terceiro lugar, também merece destaque a *falácia da conjunção* (“conjunction fallacy”), que diz respeito ao julgamento que as pessoas fazem a respeito da probabilidade de um evento ter ocorrido com base nos detalhes da sua descrição.

42. RASSIN, Eric; EERLAND, Anieta; KUIJPERS, Ilse. Let’s Find the Evidence: An Analogue Study of Confirmation Bias in Criminal Investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 7, p. 231-246, 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/230268983_Let’s_Find_the_Evidence_An_Analogue_Study_of_Confirmation_Bias_in_Criminal_Investigations. Acesso em 2 set. 2020.

43. PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, v. 49, n. 2, p. 114-119, 2013, p. 115.

Pessoas acreditam que eventos descritos dessa forma são mais prováveis que aqueles narrados com menos detalhes.

Curiosamente, no campo da teoria estatística clássica, eventos menos detalhados, em realidade, podem ser desdobrados em outros eventos mais detalhados e, por isso mesmo, não podem ser considerados menos prováveis. Por exemplo, a probabilidade de um determinado indivíduo ser condenado “pela prática de um crime” (menos detalhes) não pode ser menor que as chances de ser condenado “pela prática do crime X”.

Esse viés foi identificado em estudo descrito por Fox e Birke, em que os participantes – advogados experientes – foram questionados sobre a possibilidade de um caso específico (Jones vs. Clinton) ter um desfecho outro que não uma sentença judicial. De forma surpreendente, o experimento revelou que a soma das probabilidades que os participantes assinalaram relativas a desfechos como a desistência do caso, sua inadmissibilidade ou celebração de acordo foi superior à probabilidade de o mérito do caso “não ser solucionado por decisão judicial”⁴⁴.

Um outro relevante viés diz respeito à *impossibilidade de se ignorar a prova excluída*. Em alguns casos judiciais, a ilicitude de uma determinada prova conduz à sua retirada dos autos, não sendo possível a sua utilização para fins de fundamentação da decisão a ser tomada. Estudos revelam, porém, que a probabilidade de a prova excluída ser levada em consideração, ainda que os jurados sejam instruídos a não o fazer, é considerável⁴⁵.

O viés de decisões sequenciais (“biased decisions in sequential ruling”) também merece destaque. Por ele, em sessões ou audiências com decisões sequenciais, os julgadores tendem a decidir em favor do *status quo* ao longo do tempo, muito embora fatores externos – como uma simples parada para almoço – afetem essa tendência.

Um estudo conduzido por Danziger sobre juízes em Israel demonstrou que 65% (sessenta e cinco por cento) das decisões eram favoráveis ao requerente no início de cada sessão, logo após o café da manhã, regredindo para até 10% (dez por cento) no final de cada sessão. Segundo os autores, as decisões seguidas, proferidas nas sessões, esgotavam os recursos mentais dos juízes, aumentando a chance de concessão de fiança em casos analisados após o intervalo⁴⁶.

44. FOX, Craig R.; BIRKE, Richard. Forecasting Trial Outcomes: Lawyers Assign Higher Probability to Possibilities That Are Described in Greater Detail. *Law and Human Behavior*, v. 26, n. 2, p. 159-173, 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/11385112_Forecasting_Trial_Outcomes_Lawyers_Assign_Higher_Probability_to_Possibilities_That_Are_Described_in_Greater_Detail. Acesso em 2 set. 2020.

45. LIEBERMAN, Joel D.; ARNDT, Jamie. Understanding the Limits of Limiting Instructions: Understanding the limits of limiting instructions: Social Psychological Explanations for the Failures of Instructions to Disregard Pretrial Publicity and Other Inadmissible Evidence. *Psychology Public Policy and Law*, v. 6, p. 677-711, 2000.

46. DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *PNAS*, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.

2.4 Como confrontar os vieses cognitivos no setor público?

Os vieses cognitivos, como exposto, são uma decorrência de processos heurísticos inconscientes de qualquer ser humano. No âmbito público, contudo, são muitas as preocupações quanto aos possíveis impactos em processos decisórios conduzidos por agentes públicos (administradores, juízes, membros do Ministério Público etc.). De fato, como visto, tais vieses podem comprometer não apenas o devido processo legal – em seu aspecto formal –, mas também a justiça da decisão proferida.

Uma das principais medidas indicadas para minimizar os efeitos deletérios dos vieses cognitivos consiste no incremento da educação sobre o assunto. Atualmente, a grande maioria dos pesquisadores do tema reconhece que o primeiro grande passo para eliminar os efeitos dos vieses implícitos reside no reconhecimento de que esse problema existe⁴⁷. A mera tomada de consciência (a “normalização”), embora seja algo relativamente simples, é capaz de, ao fomentar a reflexão pessoal, reduzir sensivelmente os vieses.

O problema, todavia, está na impossibilidade de agentes públicos fazerem uma análise individualizada de cada caso que se lhes apresenta, dedicando a atenção necessária para que a sua forma de pensar não se entregue integralmente aos processos heurísticos.

Em razão dessa impossibilidade, a tecnologia surge – a o lado da normalização e da regulação – como uma possível ferramenta auxiliar. Para tanto, é necessária uma análise acurada dos riscos e benefícios da sua utilização.

3. O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PODE CONTRIBUIR PARA REFORÇAR OS VIESES COGNITIVOS?

Cada vez mais, decisões humanas são delegadas a ferramentas de inteligência artificial desenvolvidas a partir do uso de algoritmo, assim compreendido o conjunto finito de instruções que, seguidas, realizam uma tarefa específica⁴⁸.

Dentro ou fora das ferramentas de inteligência artificial, os algoritmos são marcados pelas seguintes características:

47. BIWER, Meagan. Implicit Bias in the Judiciary: Confronting the Problem through Normalization, *Ind. J. L. & Soc. Equal.*, v. 7, 2019, p. 268. Cf. também: RACHLINSKI, Jeffrey J.; JOHNSON, Sheri; WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris. Does unconscious racial bias affect trial judges? *Cornell Law Faculty Publications*, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1691&context=facpub>. Acesso em: 30 ago. 2020.
48. PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 71.

1) *input* fornecido externamente; 2) *output* quantificável produzido; 3) *definiteness*, sendo cada instrução clara e inequívoca; 4) *finiteness*, terminando após um número finito de etapas; 5) *effectiveness*, com cada instrução sendo básica o suficiente para ser viável e executada por uma pessoa⁴⁹.

Qualquer que seja o seu ambiente de aplicação, os algoritmos funcionam a partir de dados (*inputs*) que lhes são fornecidos, para, a através de uma sequência finita de regras, produzir um resultado (*output*), a exemplo de uma decisão administrativa ou judicial. No estágio atual da inovação tecnológica do Direito, essas regras são especialmente voltadas à classificação de casos, documentos, eventos ou pessoas, havendo um contínuo avanço para tarefas bastante sofisticadas.

Problemas podem surgir em todas as etapas da aplicação do algoritmo, sobretudo na definição das suas regras e no emprego de dados indevidos. Diante disso, são crescentes os trabalhos vocacionados a levantar preocupações quanto a três grandes problemas que podem decorrer do seu uso: a) o emprego de *data sets (inputs)* viciados; b) a opacidade dos algoritmos não programados; c) a discriminação que pode ser gerada por algoritmos de *machine learning*⁵⁰.

É possível, por exemplo, que uma ferramenta processual destinada a sugerir ao julgador uma determinada sanção aplicável a um condenado em processo criminal incorpore os mesmos vieses da pessoa a quem busca auxiliar, absorvendo, seja nas regras ou nos dados, os vícios já existentes.

Nessa linha, Dierle Nunes e Ana Luiza Pinto Coelho Marques exemplificam diversos casos de modelos enviesados, identificados em ferramentas de uso comum:

Também é possível verificar vieses algorítmicos no sistema de concessão de crédito europeu e norte-americano, na medida em que diversas companhias utilizam modelos de IA para análise do risco do empréstimo. Muitos desses modelos utilizam até mesmo dados das redes sociais do solicitante para o cálculo do *credit score*, baseando-se, assim, nas conexões sociais do indivíduo. Dessa forma, o resultado vincula-se diretamente ao grupo social no qual o solicitante está inserido. Corroborando tal fato, um relatório de 2007, apresentado pela *Federal Reserve* ao Congresso dos Estados Unidos, apontou que negros e hispânicos têm um *credit score* significativamente inferior ao de brancos e asiáticos.

Outros exemplos de modelos enviesados podem ser citados: um sistema de reconhecimento facial criado pela Google identificou pessoas negras como gorilas; o sistema de busca de contatos do aplicativo LinkedIn demonstrou uma preferência por

49. PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 71.

50. 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, p. 635-655, set./2018.

nomes de pessoas do sexo masculino; Tay, mecanismo de IA lançado pela Microsoft para interagir com usuários do Twitter, passou a reproduzir mensagens xenofóbicas, racistas e antissemitas; o aplicativo de *chat* SimSimi, que utiliza inteligência artificial para conversar com os usuários, foi suspenso no Brasil por reproduzir ameaças, palavrões e conversas de teor sexual.⁵¹

Muito embora os exemplos citados tenham ocorrido no campo das instituições privadas, as ferramentas de inteligência artificial também têm sido utilizadas no setor público, auxiliando o processo de tomadas de decisões.

É o que ocorre com o projeto VICTOR, apresentado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro aos jurisdicionados em 26 de setembro de 2018, por ocasião do II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Cuida-se de ferramenta de inteligência artificial, fruto de parceria do tribunal com a Universidade de Brasília (UnB), que, no momento, está sendo utilizada na Corte para separação e classificação das peças do processo judicial e identificação dos principais temas de repercussão geral⁵².

No Brasil, além do projeto VICTOR, podem ser citados os robôs Alice, Sofia e Monica, que têm sido empregados pelo Tribunal de Contas da União para, respectivamente: a) examinar milhares de editais de licitação e atas de preços em busca de fraudes e irregularidades; b) analisar e sugerir aprimoramentos em relatórios internos; e c) acompanhar todas as compras públicas, inclusive as decorrentes de contratação direta. Em razão do sucesso de tais instrumentos, seu uso foi transportado para outros órgãos de controle, a exemplo dos Tribunais de Contas estaduais, Ministério Público, Polícia Federal e Controladoria Geral da União⁵³.

Em alguns casos, o uso da inteligência artificial não se resume à classificação processual, auxiliando diretamente o processo decisório. A título de exemplo, o *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS) consiste em um mecanismo utilizado nos Estados Unidos para avaliar o risco de reincidência dos acusados no país, auxiliando os juízes a decidirem a respeito das prisões cautelares⁵⁴.

51. NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421-447, nov./2018.

52. Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390818>. Acesso em: 10 ago. 2019.

53. 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, p. 635-655, set./2018.

54. NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421-447, nov./2018.

O COMPAS já foi apontado como um sistema que produz resultados discriminatórios. Segundo artigo publicado por autores vinculados à ProPublica – instituição sem fins lucrativos sediada em Nova York que tem por missão a realização de jornalismo investigativo de interesse público –, o algoritmo utilizado tende a classificar erroneamente acusados negros como prováveis reincidentes, além de enquadrar, também de forma equivocada, acusados brancos como indivíduos com baixo risco de reincidência.

Demais disso, a empresa desenvolvedora do *software* – Northpointe – não disponibiliza ao público o algoritmo no qual se baseia o índice de reincidência do acusado, limitando-se a divulgar as perguntas feitas aos acusados, cujas respostas são utilizadas no cálculo. Consequentemente, o acusado não é capaz de conhecer as razões pelas quais possui um alto ou baixo indicador, tampouco a forma com que suas respostas afetam o resultado final⁵⁵.

Em 2017, ao julgar o caso *State v. Loomis*, a Suprema Corte de Wisconsin decidiu que a utilização do sistema COMPAS, a despeito da ausência de compreensão a respeito de seu funcionamento pelo acusado, não viola o devido processo legal, nem compromete o direito de acesso à informação⁵⁶.

Casos como esse revelam preocupações fundamentais, de ordem democrática: a necessidade de se assegurar o direito fundamental de acesso à informação a todos os cidadãos sujeitos a tais mecanismos; e o dever do Estado de prevenir e corrigir as distorções decorrentes do desenvolvimento, alimentação ou uso inadequado das ferramentas, evitando que as decisões produzidas sejam enviesadas e discriminatórias. Tais necessidades objetivam evitar a criação do que a matemática Cathy O’Neil denominou “Weapons of math destruction”⁵⁷.

55. Nessa linha: “[...] the algorithm is more likely to misclassify a black defendant as higher risk than a white defendant. Black defendants who do not recidivate were nearly twice as likely to be classified by COMPAS as higher risk compared to their white counterparts (45 percent vs. 23 percent). However, black defendants who scored higher did recidivate slightly more often than white defendants (63 percent vs. 59 percent). The test tended to make the opposite mistake with whites, meaning that it was more likely to wrongly predict that white people would not commit additional crimes if released compared to black defendants. COMPAS under-classified white reoffenders as low risk 70.5 percent more often than black reoffenders (48 percent vs. 28 percent). The likelihood ratio for white defendants was slightly higher 2.23 than for black defendants 1.61” (LARSON, Jeff; MATTU, Surya; LAUREN, Kirchner; ANGWINHOW, Julia. *We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

56. *Loomis v. Wisconsin*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), cert. denied, 137 S.Ct. 2290 (2017). Cf. ISRANI, Ellora. *Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis*. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>. Acesso em: 10 ago. 2019.

57. O’NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova York: Crown, 2016.

A essencialidade da promoção de um elevado grau de transparência algorítmica, de modo a possibilitar o conhecimento daquilo que determina o resultado pela ferramenta, foi objeto de recente reflexão pelo Parlamento Europeu, que, em resolução de 16 de fevereiro de 2017, tratou do seguinte princípio ético para orientar a regulação da robótica:

12. Realça o princípio da transparência, nomeadamente o facto de que deve ser sempre possível fundamentar qualquer decisão tomada com recurso a inteligência artificial que possa ter um impacto substancial sobre a vida de uma ou mais pessoas; considera que deve ser sempre possível reduzir a computação realizada por sistemas de IA a uma forma compreensível para os seres humanos; considera que os robôs avançados deveriam ser dotados de uma “caixa preta” com dados sobre todas as operações realizadas pela máquina, incluindo os passos da lógica que conduziu à formulação das suas decisões.⁵⁸

De fato, não se pode correr o risco de que as constituições e declarações de direitos humanos fiquem reféns das inovações tecnológicas, cujo funcionamento, não raramente, não é transparente – ou, ao menos, não é facilmente apreendido pelos cidadãos em geral.

4. O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PODE CONTRIBUIR PARA EVITAR OS VIESES COGNITIVOS?

Se, por um lado, o uso de ferramentas de inteligência artificial pode automatizar e intensificar, de forma fria e ainda mais opaca, os vieses implícitos, estudos sugerem que a sua adequada aplicação pode ensejar o efeito diametralmente oposto.

Em razão dos vieses da heurística de representatividade, foi possível perceber que a valoração moral de dados como os antecedentes de um litigante, sua conduta e até mesmo a sua etnia podem influenciar o processo decisório do juiz. Cuida-se de uma consequência indesejada dos processos heurísticos. Seria possível programar uma aplicação para que não padeça desse tipo de preconceito?⁵⁹ Embora a resposta a esse questionamento dependa de um labor experimental ainda embrionário, essa medida nos parece possível.

58. Parlamento Europeu. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 10 ago. 2019. No Brasil, a Resolução nº 332/2020, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário.

59. FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018, p. 48.

Quanto à representatividade, o que se observa é que alguns dados específicos de um determinado caso são, inconscientemente, apreendidos como algo mais chamativo àquele a quem foi atribuído o poder decisório. Ao menos em tese, um programador sensível às variáveis inconscientemente incorporadas nos processos decisórios é capaz de adotar as cautelas necessárias para que os dados objetivamente irrelevantes não influenciem a sugestão apresentada por meio de algoritmos de inteligência artificial. Mesmo os dados supostamente relevantes, muitas vezes, são superdimensionados no processo de tomada de decisão, razão pela qual seria possível cogitar, para as tarefas mais simples, a adoção de uma tabela de valores disponível às pessoas em geral.

A título de exemplo, a etnia de um determinado réu, embora seja um dado inconscientemente considerado por muitos julgadores – como demonstram os estudos anteriores –, é (ou ao menos deveria ser) algo absolutamente irrelevante em processos punitivos. Bastaria a um sistema automatizado de dosimetria da pena desconsiderar esse elemento ao formular uma sugestão ao órgão jurisdicional, diferentemente do que parece fazer o COMPAS.

De igual modo, ferramentas de inteligência artificial podem servir como forma de mitigar os riscos inerentes aos vieses decorrentes da heurística de disponibilidade. Isso porque, ao contrário dos seres humanos, a memória das máquinas é “linear”. Enquanto seres humanos correm o risco de valorar excessivamente a probabilidade de um evento em função da facilidade que tenham para recordá-lo, as máquinas não se submetem a uma “memória emotiva”.

Em outras palavras, como registra Fenoll, “uma aplicação de inteligência artificial poderia estar livre de vieses inspirados por variáveis tão emocionais”⁶⁰, a depender da forma com que se elabore o algoritmo. De forma exemplificativa, o desenvolvimento de premissas objetivas que possam ser diretamente associadas ao pressuposto do *periculum* das medidas cautelares é capaz de evitar decisões injustas, baseadas em presunções dissociadas da realidade fática.

Essa possibilidade parece ainda mais clara em relação ao viés de ancoragem e ajustamento.

De um lado, uma máquina tende sempre à ancoragem e ajuste, na medida em que sempre atuará de acordo com o que define o seu algoritmo. Se acaso o algoritmo for formulado de forma defeituosa, a máquina não poderá mudar de “opinião”, produzindo sempre o mesmo resultado. Sob esse aspecto, a ação humana é evidentemente superior à inteligência artificial.

Por outro lado, bem desenvolvido o seu algoritmo, cada dado introduzido na ferramenta será necessariamente considerado, sendo capaz de produzir resultados novos (novas “opiniões”), desprovidos do viés de ancoragem humano, que tende a

60. FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018, p. 50.

dimensionar excessivamente um valor inicialmente sugerido ou desconsiderar variáveis relevantes, perpetuando uma ideia original (viés de confirmação). Consequentemente, é possível que a superação desde processo heurístico também passe pelo desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial⁶¹.

Para além disso, evidentemente, por serem desprovidas de emoções, as máquinas são capazes de abstrair por completo elementos que, conquanto aparentemente irrelevantes, influenciam o processo decisório: as vestimentas dos advogados, a fome, o tom de voz do interlocutor etc.

5. CONCLUSÃO

Ao final do exposto, apresentam-se as seguintes conclusões, sem prejuízo de outras ilações realizadas ao longo do texto:

1. Há muito, o dogma da ação racional, elemento central da economia clássica, tem sido confrontado por experimentos no campo da psicologia cognitiva e da economia comportamental (“behavioral economics”), especialmente a partir da pesquisa seminal realizada na década de 1970, por Amos Tversky e Daniel Kahneman. Os experimentos conduzidos por tais autores foram capazes de revelar que, durante processos decisórios, muitas pessoas se valem de um limitado número de princípios heurísticos automatizados,

2. Esses princípios heurísticos consistem em atalhos mentais utilizados na redução da complexidade das tarefas de conhecimento de situações e tomadas de decisões. Além de adaptativas, as heurísticas são inegavelmente úteis, contribuindo para uma maior eficiência nas decisões diárias. Apesar disso, elas podem resultar em erros severos e sistemáticos, conduzindo a falácias, vieses e ilusões.

3. Muitos juízes ainda desconhecem os vieses cognitivos implícitos e, em muitos casos – a exemplo das questões relativas a preconceitos raciais –, tratam o assunto como tabu. No atual cenário das questões éticas relativas à prestação jurisdicional, julgadores continuam livres para atuar de forma despreocupada quanto aos vieses implícitos que habitam o inconsciente. Esses vieses podem trazer consequências diversas, que variam desde a má apreciação das provas de um caso até associações estereotipadas.

4. Em um cenário marcado pelo intenso desenvolvimento de mecanismos de automação decisória, é possível que uma ferramenta processual destinada a sugerir ao julgador uma determinada decisão incorpore os mesmos vieses de quem busca auxiliar, absorvendo, seja nas regras ou nos dados, os vícios já existentes.

61. FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018, p. 51.

5. Se, por um lado, o uso de ferramentas de inteligência artificial pode automatizar e intensificar, de forma fria e ainda mais opaca, os vieses implícitos, estudos sugerem que a sua adequada aplicação pode ensejar o efeito diametralmente oposto. Ao menos em tese, um programador sensível às variáveis inconscientemente incorporadas nos processos decisórios é capaz de adotar as cautelas necessárias para que os dados objetivamente irrelevantes não influenciem a sugestão apresentada por meio de algoritmos de inteligência artificial. Mesmo os dados supostamente relevantes, muitas vezes, são superdimensionados no processo de tomada de decisão, razão pela qual seria possível cogitar, para as tarefas mais simples, a adoção de uma tabela de valores disponível às pessoas em geral, mitigando-se os vieses da heurística de representatividade.

6. De igual modo, ferramentas de inteligência artificial podem servir como forma de mitigar os riscos inerentes aos vieses decorrentes da heurística de disponibilidade. Isso porque, ao contrário dos seres humanos, a memória das máquinas é “linear”. Enquanto seres humanos correm o risco de valorar excessivamente a probabilidade de um evento em função da facilidade que tenham para recordá-lo, as máquinas não se submetem a uma “memória emotiva”.

7. Essa possibilidade parece ainda mais clara em relação ao viés de ancoragem e ajustamento. De um lado, uma máquina tende sempre à ancoragem e ajuste, na medida em que sempre atuará de acordo com o que define o seu algoritmo. Por outro lado, bem desenvolvido o seu algoritmo, cada dado introduzido na ferramenta será necessariamente considerado, sendo capaz de produzir resultados novos (novas “opiniões”), desprovidos do viés de ancoragem humano, que tende a dimensionar excessivamente um valor inicialmente sugerido ou desconsiderar variáveis relevantes, perpetuando uma ideia original (viés de confirmação). Consequentemente, é possível que a superação deste processo heurístico também passe pelo desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial.

REFERÊNCIAS

- BIWER, Meagan. Implicit Bias in the Judiciary: Confronting the Problem through Normalization, *Ind. J. L. & Soc. Equal*, v. 7, 2019.
- BURCH, Traci. Skin Color and the Criminal Justice System: Beyond Black-White Disparities in Sentencing. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 12, p. 395-420, 2015.
- CARROLL, John S. The effect of imagining an event on expectations for the event: an interpretation in terms of the availability heuristic. *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 14, n. 1, p. 88-96, 1978.
- DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *PNAS*, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.
- DYSON, Freeman. How to Dispel Your Illusions. *New York Review of Books*, dez/2011. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2011/dec/22/how-dispel-your-illusions/>. Acesso em: 23 ago. 2020.

- EBERHARDT, Jennifer L; DAVIES, Paul G.; PURDIE-VAUGHNS, Valerie J.; JOHNSON, Sheri Lynn. Looking Deathworthy: Perceived Stereotypicality of Black Defendants Predicts Capital-Sentencing Outcomes. *Psychological Science*, v. 17, p. 383-386, 2006.
- ENGLISH, Birt; MUSSWEILER, Thomas. Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom. *Journal of Applied Social Psychology*, v. 31, n. 7, p. 1535-1551, 2001.
- ENGLISH, Birt; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 32, p. 188-200, 2006.
- FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018.
- FENOLL, Jordi Nieva. Transfondo psicológico de la independencia judicial. In: FENOLL, Jordi Nieva; OTEIZA, Eduardo (dirs.). *La independência judicial: um constante asedio*. Marcial Pons: Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2019, p. 24.
- 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, p. 635-655, set./2018.
- FOX, Craig R.; BIRKE, Richard. Forecasting Trial Outcomes: Lawyers Assign Higher Probability to Possibilities That Are Described in Greater Detail. *Law and Human Behavior*, v. 26, n. 2, p. 159-173, 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/11385112_Forecasting_Trial_Outcomes_Lawyers_Assign_Higher_Probability_to_Possibilities_That_Are_Described_in_Greater_Detail. Acesso em 2 set. 2020.
- GOFF, Phillip Atiba; JACKSON, Matthew Christian; DI LEONE, Brooke Allison Lewis; CULOTTA, Carmen Marie; DITOMASSO, Natalie Ann. The Essence of Innocence: Consequences of Dehumanizing Black Children. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 106, n. 4, p. 526-545, 2014. Disponível em: <https://www.apa.org/pubs/journals/releases/psp-a0035663.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- JONES, Craig. The Troubling New Science of Legal Persuasion: Heuristics and Biases in Judicial Decision-Making. *Advocates Quaterly*, v. 41, p. 49-122, 2013.
- JONES, Craig; RANKIN, Micah B. E. Justice as a Rounding Error? Evidence of Subconscious Bias in Second-Degree Murder Sentences in Canada. *Osgoode Digital Commons*, v. 10, n. 81, 2014.
- JONES, Craig E. The Troubling New Science of Legal Persuasion: Heuristics and Biases in Judicial Decision-Making. *Advocates' Quarterly*, v. 41, n. 1, 2013.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. TVERSKY, Amos. *On the study of statistical intuitions*. *Cognition*, 1982, p. 123.
- LARSON, Jeff; MATTU, Surya; LAUREN, Kirchner; ANGINHOW, Julia. *We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- LIEBERMAN, Joel D.; ARNDT, Jamie. Understanding the Limits of Limiting Instructions: Understanding the limits of limiting instructions: Social Psychological Explanations for the

- Failures of Instructions to Disregard Pretrial Publicity and Other Inadmissible Evidence. *Psychology Public Policy and Law*, v. 6, p. 677-711, 2000.
- LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 11, p. 2098-2109, 1979. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/232555483_Biased_Assimilation_and_Attitude_Polarization_The_Effects_of_Prior_Theories_on_Subsequently_Considered_Evidence. Acesso em 2 set. 2020.
- NEGOWETTI, Nicole. E. Judicial Decisionmaking, Empathy and the Limits of Perception. *Akron Law Review*, v. 47, 2014.
- NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421-447, nov./2018.
- NUNES, Dierle; LUD, Nathanael; PEDRON, Flávio. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- OAKES, Anne Richardson; DAVIES, Haydn. Process, Outcomes and the Invention of Tradition: The Growing Importance of the Appearance of Judicial Neutrality. *Santa Clara Law Review*, v. 51, n. 2, 2011.
- O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova York: Crown, 2016.
- PARKS, Gregory S.; DAVIS, Andre M. Confronting Implicit Bias: An Imperative for Judges in Capital Prosecutions. *Human Rights Magazine*, v. 42, n. 2, 2016. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/2016-17-vol-42/vol-42--no-2---the-death-penalty--how-far-have-we-come-/confronting-implicit-bias--an-imperative-for-judges-in-capital-p/. Acesso em: 30 ago. 2020.
- PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, v. 49, n. 2, p. 114-119, 2013.
- PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019.
- PEREIRA, Marcos Emanuel; ÁLVARO, José Luis; OLIVEIRA, Andréia C. Oliveira; DANTAS, Gilcimar. Estereótipos e essencialização de brancos e negros: um estudo comparativo. *Psicologia & Sociedade*, v. 1, p. 144-153, 2011.
- RACHLINSKI, Jeffrey J.; JOHNSON, Sheri; WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris. Does unconscious racial bias affect trial judges? *Cornell Law Faculty Publications*, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1691&context=facpub>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- RASSIN, Eric; EERLAND, Anieta; KUIJPERS, Ilse. Let's Find the Evidence: An Analogue Study of Confirmation Bias in Criminal Investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 7, p. 231-246, 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/230268983_Let's_Find_the_Evidence_An_Analogue_Study_of_Confirmation_Bias_in_Criminal_Investigations. Acesso em 2 set. 2020.
- ROOTH, Dan-Olof. Implicit Discrimination in Hiring: Real World Evidence. *Institute for the Study of Labor (IZA)*, 2007. Disponível em: <http://ftp.iza.org/dp2764.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020.

- STEIN, Christopher; DOUIN, Michelle. *Cognitive Bias in the Courtroom: Combating the Anchoring Effect in Criminal Sentencing*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2991611. Acesso em: 31 ago. 2020.
- SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology*, v. 2, n. 5, p. 207-232, 1973.
- TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, v. 185, p. 1.124-1.131, 1974.
- VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- WALDFOGEL, Joel; AYERS, Ian. A Market Test for Race Discrimination in Bail Setting. *Stanford Law Review*, v. 46, p. 987-1048, 1994.



La revocazione nel processo civile italiano: criticità del sistema italiano e prospettive di riforma alla luce del nuovo CPC brasiliano

Relief from judgment in the Italian civil procedure:
criticism of the Italian system and possibility of reform
in light of the new Brazilian Code of Civil Procedure

Giorgia Chiamonte

Ph.D. at the University of Trent, Italy.

Riassunto: Il presente lavoro trae spunto dalla tesi di laurea intitolata “*La revocazione civile brasiliana come mezzo di gravame elastico*” con la quale ho concluso il percorso di studi universitari sotto la guida del professor Marino Marinelli. In particolare, l’obiettivo dell’articolo è quello di esaminare in chiave comparatistica e in prospettiva *de iure condendo* i punti più critici della revocazione civile italiana, tra vecchi e nuovi problemi, alla luce delle principali modifiche apportate dal nuovo CPC brasiliano sulla disciplina della *ação rescisória*, e in particolar modo sul tipo di decisioni revocabili e sul motivo di manifesta violazione della norma giuridica.

Come si dimostrerà, la circolazione del modello brasiliano, che si distingue per la sua elasticità, potrebbe fornire interessanti soluzioni ai vuoti normativi della revocazione italiana in punto di decisioni impugnabili, come a quelli creati a seguito dell’attribuzione di poteri decisori nel merito alla Cassazione e della partecipazione dell’Italia all’Unione Europea.

Parole-chiave: – revocazione – res iudicata – ação rescisória – diritto comparato.

Abstract: The present essay is based on my dissertation entitled “*La revocazione civile brasiliana come mezzo di gravame elastico*”, which was written under the guidance of Professor Marino Marinelli. This essay aims to discuss, in a comparative key and in a *de iure condendo* perspective, the most critical points of the Italian action for relief from judgment, in the light of the amendments made by the new Brazilian code of civil procedure in the discipline of the ação rescisória, in particular by analysing the type of decisions that may be vacated and the grounds on which the action is based, specifically the brazilian item of clearly violation a legal provision.

As it will be demonstrated, the circulation of the Brazilian model, which is characterised by its flexibility, could provide interesting solutions to the legislative gaps which concern the decisions that may be vacated, as well as the ones created as a consequence of the power of the Corte di Cassazione to take decisions on the merits and as a consequence of the participation of Italy in the European Union.

Keywords: – action for relief from judgment – res iudicata – comparative law.

Sommario: 1. Premessa. La revocazione civile come bilanciamento tra giustizia e certezza giuridica. - 2. Le potenzialità della comparazione tra la revocazione italiana e brasiliana. - 3. Impostazione dell’indagine. - 4. Revocazione delle decisioni giudiziali: *overview* sul sistema brasiliano. - 4.1 Lacune della disciplina italiana in tema di decreto ingiuntivo non opposto. - 4.2 Lacune della disciplina italiana in tema di decisioni della Corte di Cassazione. - 5. L’esigenza di adattare la *res iudicata* al panorama giuridico e istituzionale: *overview* sul sistema brasiliano. - 5.1 Il giudicato delle decisioni della Corte di Cassazione. - 5.2 Il giudicato e il diritto dell’Unione Europea. -6. Conclusioni: il rapporto tra revocazione e giudicato. 7. Bibliografia

1. PREMESSA. LA REVOCAZIONE CIVILE COME BILANCIAMENTO TRA GIUSTIZIA E CERTEZZA GIURIDICA

Certezza e giustizia. Ogni processo giurisdizionale è improntato all’attuazione di questi principi fondamentali che, diramandosi dal campo dei valori costituzionali fino a giungere a risvolti pratici e concreti, necessitano di temperamento e bilanciamento. Raffigurata come quintessenza del processo e proposta come meta da raggiungere, l’esigenza di certezza giuridica è presidiata dall’intangibilità del giudicato¹, che *fa*

1. V. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2017, p. 123. Si veda altresì Verde, *Intervento in Corti Europee e giudici nazionali, Atti del XXVII Convegno Nazionale, Verona, 25-26 Settembre 2009*, Bologna, 2011, p. 439.

*stato ad ogni effetto*² sancendo così l'incontrovertibilità dell'accertamento del diritto fatto valere dalle parti nel corso del processo. D'altra parte, constatata la particolare forza accordata al giudicato sostanziale, si avverte immediatamente che la decisione sia giusta e cioè che sia stata presa nel corso di un procedimento valido e in cui le norme giuridiche e i fatti siano stati, questi ultimi, correttamente accertati e, le prime, esattamente interpretate³. A garanzia di siffatta aspirazione è posto il sistema delle impugnazioni: infatti, il passaggio in giudicato sostanziale della sentenza appunto, è collegato al momento in cui la decisione diventa immutabile perché non più soggetta a certi mezzi di riesame⁴.

Purtuttavia, anche una decisione passata in giudicato potrebbe essere ingiusta⁵. Ciascuno avvertirà da sé la gravità di tale situazione patologica e – di conseguenza – la necessità di un mezzo per scongiurarla: si tratta a ben vedere di una necessità “avvertita in ogni dove e in ogni tempo per un'insopprimibile aspirazione di giustizia”⁶.

È appunto per rispondere a siffatto e ben preciso scopo che – ovunque e da sempre – è stato predisposto un rimedio volto ad accertare l'ingiustizia del giudicato e, quindi, rimuoverlo. E così, per elencarne alcuni, nel diritto italiano è prevista la revocazione, in Germania la *Restitutionsklage*, nel codice di procedura civile portoghese la *revisão*, il *recours en révision* nel diritto francese e, nel nuovo codice processuale civile brasiliano, la *ação rescisória*; anche negli ordinamenti di *common law* sono previsti rimedi quali il *reopening of final appeals* in Inghilterra e, nel Federal Rules of Civil Procedure statunitense, il *relief from a final judgment*⁷.

2. Art. 2909 del codice civile italiano.

3. Sul problema della definizione di giustizia della decisione si rimanda alle riflessioni di Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, raccolto in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 219 ss. L'autore fonda la teoria sulla decisione giusta su tre criteri che devono esser combinati tra loro: a) la correttezza della scelta e l'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso, b) l'accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso e c) l'impiego di un procedimento valido e giusto per arrivare alla decisione.

4. Il collegamento tra la produzione dell'accertamento della sentenza e la sua immutabilità rappresenta la trasposizione nelle norme sul processo civile della “teoria del calcolo degli errori” sviluppata da Merkl, teorico austriaco, e ripresa dalla dottrina processualcivile italiana. In particolare, Cerino Canova, *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, p. 240, evidenzia che colui il quale riesamina la causa è in grado di conoscere la stessa in modo più approfondito rispetto al soggetto che l'abbia decisa *in primis* e i cui atti vengono poi rivalutati. Prendendo in prestito le parole di Calamandrei, *Appello civile*, in *Enc. it.*, II, 1929, p. 730, “il giudice di appello giudica bene non tanto benché quanto perché il primo giudice ha giudicato male: anche l'errore è infatti una tappa verso la verità”.

5. Sul tema dell'ingiustizia del giudicato si segnalano in particolare le riflessioni di Pugliese, voce *Giudicato civile*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Milano, 1969, il quale ha evidenziato come la *res iudicata* non possa dirsi ingiusta finché non sia stata oggetto di accertamento inconfutabile e, ciononostante, abbia mantenuto intatto il suo valore.

6. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3^a ed., Padova, 2012, p. 434.

7. V. Mitidiero, *Ação Rescisória no direito comparado: da comparação vertical à comparação horizontal*, in *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, 2017.

L'epifania di siffatto mezzo di gravame assume non solo nomi, ma anche caratteri e strutture proprie a seconda dell'ordinamento in cui si manifesta. Difatti, l'identificazione del fondamento e dei motivi – tassativi – che ne consentono l'esperibilità costituisce il risultato di un'operazione di politica del diritto, il cui compito può essere affidato esclusivamente al legislatore, in qualità di portatore delle istanze di giustizia percepite dalla società⁸. Il processo infatti è un fenomeno profondamente intriso del contesto culturale nel quale si colloca, nella specie quando si affrontano temi, in larga misura, metagiuridici⁹ come è quello della giustizia. Il mosaico della revocazione allora, inevitabilmente si comporrà di una rosa di motivi variabili e disegnerà, pertanto, strutture processuali diverse a seconda delle epoche processuali e della percezione del processo stesso¹⁰.

Seppur tenendo conto della specificità di ciascun sistema giuridico, è comunque possibile notare che si tratta, ad ogni modo e in tutti i casi, di un rimedio eccezionale (straordinario) proprio perché esperibile – per motivi che sono, appunto, percepiti come circostanze di particolare gravità – anche successivamente al passaggio in giudicato della decisione.

2. LE POTENZIALITÀ DELLA COMPARAZIONE TRA LA REVOCAZIONE ITALIANA E BRASILIANA

Gli studi sulla revocazione civile italiana¹¹, solitamente, rimangono ancorati al diritto interno, limitando l'indagine comparatistica a brevi menzioni in note sparse.

8. V. Medina, *Direito Processual Civil*, São Paulo, 2015, p. 1291, e Colesanti, *Scritti scelti, Sentenza civile (revocazione della)*, Napoli, 2010, p. 547. Più in generale, si veda altresì Taruffo, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2000, p. 1084, raccolto in *Sui confini. Scritti, sulla giustizia civile*, 2002, il quale sottolinea che, sebbene i valori che sottintendono i principi della giustizia civile (tra i quali, ad es. la garanzia di difesa) siano stati acquisiti dal patrimonio culturale e giuridico di tutti gli ordinamenti moderni, trovano "realizzazione effettiva in molti modi diversi".
9. In questi termini, quasi letteralmente, Taruffo, *La verità nel Processo*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2012, p.1117 ss.
10. V. Consolo, *Le impugnazioni*, cit., p. 434 ss. Si veda altresì Mitidiero, op. cit., il quale, nel suo studio comparatistico della *ação rescisória* sottolinea che, per il riesame e la rescissione del giudicato, ogni ordinamento giuridico prevede strumenti che si differenziano tra loro da un punto di vista strutturale, funzionale, e parimenti dal punto di vista dell'identificazione dei fondamenti per esperire l'azione. E proprio in questa prospettiva "*se percebe claramente os diferentes pesos que cada um dos ordenamentos coloca no princípio da segurança jurídica, tendo em conta o tamanho da abertura – da mais estreita para a mais larga – que cada um reserva para a rescisão do julgado*".
11. Tra i riferimenti di letteratura italiana, si indicano: Attardi, *La revocazione*, Padova, 1959; Cerino Canova, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973; id, *Studi di diritto processuale civile*, cit.; Cerino Canova – Tombari Fabbrini, *Revocazione (dir. Proc. Civ.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, 1991; Colesanti, *Sentenza civile (Revocazione della)*, cit.; Consolo, *Le impugnazioni*, cit.; De Stefano, *La revocazione*, Milano, 1957; Fazzalari, *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Milano, 1989; Petrillo, *Della revocazione*, in *Commentario del Codice*

Ciò, del resto, trova una spiegazione nel fatto che l'istituto di cui si discorre – seppur partendo da una *ratio* comune che affonda le sue radici in tempi e rimedi antichi¹² – assume, in ciascun ordinamento in cui è adottato (e per le ragioni sopra esposte), caratteri particolari, “*la qual cosa permette di utilizzare solo parzialmente la dottrina che su di esso si è formata*”¹³ al fine di un'indagine accademica sul fondamento e sui motivi di revocazione.

Tuttavia, le potenzialità – teoriche e pratiche – della scienza del diritto comparato sono molteplici¹⁴ e possono senz'altro essere impiegate anche nell'affrontare temi che, come quello che qui ci occupa, tradizionalmente sono trattati in prospettiva interna. Non solo infatti è una scienza il cui prefissato obiettivo è quello di giungere ad una migliore conoscenza del diritto, e quindi stimolare una riflessione accademica più approfondita. Ma si tratta parimenti di una “*scienza impegnata nella ricerca del progresso*”¹⁵, che talvolta, con la circolazione dei modelli, supera i fini conoscitivi per giungere fino a sbocchi promozionali dando luogo all'elaborazione di modelli sempre più affinati, come testimonia il processo di stesura del nuovo CPC brasiliano del 2015, svoltosi in un dibattito ampiamente democratico che ha cercato ispirazione anche nel diritto comparato¹⁶.

Proprio il contesto dell'emanazione di un nuovo codice, elaborato a seguito della sempre più avvertita inadeguatezza del CPC brasiliano del 1973 a risolvere le complesse controversie che sorgono in una società in continua espansione come è quella del Brasile¹⁷, si rivela terreno fertile per un'indagine comparatistica (e può

di procedura civile, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, vol. V, Torino, 2013; Rota, *Revocazione nel diritto processuale civile*, in *Digesto Discipline privatistiche, sezione civile*, XXVII, 1991.

12. Tuttavia, la storiografia dell'istituto non permette di porre stabili premesse sul punto. La dottrina maggioritaria riconduce l'origine della revocazione nella *restitutio in integrum* del diritto romano dell'età classica: così, per tutti, Calamandrei, *La cassazione civile*, II, Torino, 1920, p.225. Contra: Cerino Canova, *Le impugnazioni civili*, cit., p. 649 nota 267, il quale sottolinea che una diretta derivazione della revocazione dalla *restitutio in integrum* non possa essere accettata né considerando l'istituto nel processo formulare, né valutandolo nella *cognitio extra ordinem*, mentre ritiene più probabile una derivazione della revocazione dal diritto medievale, in particolare dalla concezione della *restitutio in integrum* come concepita dagli interpreti medievali delle fonti romane.
13. Il punto viene chiarito sin dalle prime pagine di quella che, a mio avviso, rimane tutt'oggi una delle indagini più complete sulla revocazione civile italiana: mi riferisco alla monografia di Attardi, cit., p. 1 ss, nota 1. La diversità della struttura e funzione dei rimedi di revocatori previsti nei vari ordinamenti, nonostante il loro nucleo comune, è rimarcata parimenti da Mitidiero, op. ult cit.
14. V. Sacco, Gambaro, Monateri, voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. III, 1988, p. 57.
15. V. Sacco, Gambaro, Monateri, op. cit., nonché le Tesi di Trento, manifesto culturale sulla scienza della comparazione giuridica elaborate da Cendon, Gambaro, Sacco, Monateri, Frignani, Guarnieri, con l'adesione di Ajani e Mattei, nel 1987.
16. V. T. Arruda Alvim, *Le novità del codice di procedura civile brasiliano*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2015, p.1233 ss.
17. Sica, *Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano*, disponibile all'URL: <http://www.judicium.it>, ultimo accesso in data: 26.06.2019. Per un excursus sulle riforme legislative del

dunque esser preso come polo di comparazione) sui classici istituti processuali¹⁸, compreso quello che ci occupa in queste pagine. Anzi, in relazione alla revocazione l'interesse comparatistico – specialmente in prospettiva *de iure condendo*¹⁹ – accresce se sol si tiene in considerazione il fatto che, mentre la ação rescisória trova nel codice brasiliano una dettagliata disciplina che ha attualizzato le norme in tema di revocazione previste nel previgente codice²⁰, nell'ordinamento italiano invece, si tratta di un istituto disciplinato da un codice promulgato nel lontano 1942 e ritoccato sul punto da interventi legislativi sparsi e – oserei dire – non sufficientemente coerenti. Il tutto si traduce in una disciplina anacronistica e (parzialmente) incompleta, e ciò a scapito delle istanze di giustizia – che già sol per queste ragioni è difficile realizzare.

3. IMPOSTAZIONE DELL'INDAGINE

Il legislatore italiano del 1940 infatti, sebbene abbia emanato un codice nel complesso ancorato ai principi del liberalismo processuale, nel disciplinare la revocazione ha mostrato la sua vena autoritaria²¹. I dettami della giurisprudenza e la penna della dottrina si sono tuttavia rivelate più sensibili e attente ai principi regolatori del giusto processo e hanno, l'una, modificato la disciplina a suon di declaratorie di illegittimità costituzionale, l'altra, evidenziato tutte le criticità dell'impugnazione, invocando modifiche legislative rimaste – in parte – inascoltate. Queste dure reazioni possono essere idealmente raggruppate in due ordini di ragioni, traducibili a loro volta in due principi che dovrebbero guidare il legislatore nella disciplina della revocazione, come è esemplarmente avvenuto – a parere di chi scrive e come si cercherà di dimostrare nel prosieguo – in Brasile con il nuovo CPC, che per questo motivo è stato preso come polo di riferimento in queste pagine.

La prima delle osservazioni è che, come è stato evidenziato da autorevole dottrina, data la particolare forza accordata al giudicato sostanziale, tutte le tipologie di decisioni

processo brasiliano si veda Picardi, Nunes, *Il processo civile brasiliano dalle Ordinazioni filippine al codice del 1973*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2011, p. 926.

18. Più in generale, l'evoluzione dell'ordinamento giuridico brasiliano è stata da più voci additata come un proficuo polo per una riflessione comparatistica. V. Corapi, *Il diritto brasiliano: nuovo terreno d'indagine per la comparazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2007, p. 10375 e Ricci, *Intervento in Corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 458 ss.
19. Come sottolineato da Taruffo, *Il processo di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Il Foro Italiano*, 2001, raccolto in *Sui confini*, cit., p. 68, è difficile elaborare delle buone riforme legislative senza l'utilizzo della comparazione, e cioè senza una conoscenza adeguata di come altri legislatori abbiano risolto i medesimi problemi.
20. V. Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, 13ª ed., Salvador, 2016, p. 474; Dellore, *Da ação rescisória*, in *Execução e Recursos, Comentários ao CPC de 2015*, (coord. Gajardoni, Dellore, Roque, Olivera Jr.), vol. III, São Paulo, 2016, p. 771; Cramer, *Da ação rescisória*, in *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, (coord. Cabral, Cramer), 2ª ed., Rio de Janeiro, 2016, p. 1418.
21. Così Consolo, op. ult. cit., p. 435, e v. già Id., *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989, p. 152 ss., ove richiami anche di diritto comparato.

a questo destinate – indipendentemente dal grado e dall’organo giudicante da cui sono state prese – dovrebbero essere poste sotto lo stesso arco di rimedi impugnatori qualora presentino i medesimi sintomi d’ingiustizia²² o gli stessi vizi formali.

Il secondo ordine di ragioni ha invece direttamente a che fare con il giudicato sostanziale, che, prendendo in prestito le parole di Consolo, “*dev’essere sempre, in ogni momento storico o contesto istituzionale, dimensionato con attenzione ai bisogni di quel momento*”²³. La revocazione infatti è uno dei rimedi predisposti *ad hoc* per tale scopo e deve dunque anch’essa essere plasmata in relazione alla necessità di adattamento della *res iudicata* al panorama giuridico.

Non resta, dunque, che svolgere, con l’uso della comparazione, un’analisi più approfondita lungo questi due filoni di ricerca, e svilupparne i corollari.

4. REVOCAZIONE DELLE DECISIONI GIUDIZIALI: OVERVIEW SUL SISTEMA BRASILIANO

Quanto al porre le decisioni destinate al giudicato sostanziale sotto la stessa latitudine di rimedi nel caso contengano i medesimi vizi, indici o sintomi d’ingiustizia²⁴, si tratta, a ben vedere, non solo di un’intuibile esigenza di giustizia emergente con tutta evidenza dal semplice studio dei provvedimenti decisorii e delle loro impugnazioni, ma anche del rispetto di fondamentali principi costituzionali (e così, i principi di uguaglianza e il diritto di difesa in ogni stato e grado di giudizio, componenti indispensabili per lo svolgimento di un giusto processo).

Questo principio è stato concretamente attuato dal legislatore brasiliano nel nuovo CPC del 2015, ampliando notevolmente il raggio d’azione della revocazione rispetto a quello che tale impugnazione aveva nella previgente disciplina del 1973²⁵. Anzi, si può dire che la principale novità apportata al sistema della *ação rescisória* concerne proprio il tipo di decisioni revocabili. Infatti, mentre il previgente codice prevedeva la revocazione avverso la “*sentença de mérito*”, ad oggi l’art. 966 CPC prevede che la revocazione possa esser proposta contro qualunque *decisão* giudiziale di merito passata in giudicato, sia essa di prima, seconda o ultima istanza²⁶. Non solo, ma a mente del §2 del medesimo articolo, la revocazione può esser proposta anche contro

22. Consolo, *Le impugnazioni*, cit. p. 460.

23. Consolo, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 182.

24. L’elegante ed efficace espressione che descrive i motivi revocatori è di Attardi, op. cit.

25. Didier, Jr., op. cit., p. 423.

26. Potrà dunque essere esperita la revocazione avverso i seguenti provvedimenti decisorii: *decisão interlocutória*, *sentença*, *decisão de relator*, *acórdão*. Per contro, non possono essere revocate le sentenze pronunciate nella *Juizado Especial Cível* né le decisioni pronunciate a seguito di azione diretta di incostituzionalità e di azione declaratoria di costituzionalità. V. Didier Jr., op. cit., p. 423 ss.

la sentenza di rito che impedisce una nuova proposizione della domanda o dichiara l'impugnazione inammissibile.

Sotto questo profilo, il sistema brasiliano sottolinea – ancor più di quanto non avessero già fatto la dottrina e la giurisprudenza – la rigidità e le lacune della disciplina processuale italiana nella concessione del gravame.

Occorre premettere che, in Italia, il legislatore ha delineato differenze circa l'operare dei motivi revocatori a seconda del tipo di decisioni pronunciate, del grado in cui le sentenze sono state prese e infine a seconda che la decisione sia o meno passata in giudicato. Se quest'ultimo punto è frutto di insindacabili scelte di politica legislativa – e così nei casi di errore di fatto e di contrasto con un precedente giudicato tra le parti, la revocazione è *ordinaria* (nel senso che, poiché si tratta di vizi palesi, è esperibile solo se la decisione non sia ancora passata in giudicato), mentre invece se la sentenza è l'effetto del dolo di una parte o del dolo del giudice, o se è stata decisa sulla base di prove poi rivelatesi false o infine se dopo la sua pronuncia siano stati trovati uno o più documenti decisivi, la revocazione è straordinaria, perché il *dies a quo* per esperirla dipende dal momento della scoperta del vizio, ed è dunque mobile – non coerenti risultano le altre differenze previste nel codice.

4.1. Lacune della disciplina italiana in tema di decreto ingiuntivo non opposto

L'art. 656 del CPC italiano non permette la revocabilità del decreto ingiuntivo non opposto per il motivo di cui al n. 3 dell'art. 395 CPC, e cioè per il caso di ritrovamento di un documento decisivo: questa esclusione è del tutto ingiustificata – e, anzi, risulta peccare di "*immotivato rigorismo*" – se sol si considera che l'intimato potrebbe in qualsiasi momento ritrovare un documento che gli avrebbe permesso di proporre una tempestiva e valida opposizione se ne avesse conosciuto l'esistenza in tempo o se ne avesse avuto la materiale disposizione²⁷. Si tratta a ben vedere di una disposizione talmente illogica che ha portato una parte della dottrina a ipotizzare che l'esclusione di questo motivo fosse dovuta a un mero *lapsus calami* del legislatore, lungi dall'essere una scelta ponderata²⁸. L'ingiustizia della disciplina risulta poi ancor più evidente per il fatto che i decreti ingiuntivi, poiché forniscono una tutela rapida ma piena²⁹, hanno acquisito

27. V. Garbagnati, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, 5^aed., Milano, 1979, p. 283 ss.

28. V. Garbagnati, cit., p. 283 ss., che sostiene si tratti di un lapsus calami per avere il legislatore inserito nella disposizione un "5" (motivo di revocazione per contrarietà a un precedente giudicato) al posto in un "3". In Italia infatti la revocazione per contrarietà a precedente giudicato è prevista come impugnazione ordinaria, non esperibile dopo il passaggio in giudicato, pertanto l'art. 656 CPC, nell'ammetterla contro il decreto ingiuntivo non opposto, sarebbe "troppo lassista".

29. In tema di efficacia del decreto ingiuntivo il dibattito, nella dottrina italiana, si sviluppa tra coloro sostengono si tratti di una preclusione *pro iudicato* (V. Redenti, *Diritto Processuale Civile*, vol. III, 2^a ed., Milano, 1954) e coloro che invece gli attribuiscono piena autorità di cosa giudicata secondo il disposto ex art. 2909 c.c. (V. Garbagnati, ult. op. cit., p. 14 ss e anche Consolo, *La revocazione delle decisioni della Cassazione*, cit., p. 92 ss). L'economia del presente lavoro non consente di illustrare

un'importanza via via sempre maggiore soprattutto in tema di traffici commerciali, posto che il processo a cognizione piena, per sua natura, si sviluppa entro un arco temporale che talune situazioni e diritti non possono sopportare senza subire un grave danno o pregiudizio³⁰. Ebbene, il fatto che una medesima situazione – nella fattispecie, il ritrovamento di un documento decisivo – trovi tutela nel processo di cognizione ordinaria e non anche nel procedimento d'ingiunzione, lede irragionevolmente il diritto di difesa e il principio di eguaglianza e, quindi, i principi del giusto processo. Se, *de iure condito*, in via interpretativa risulta difficile ammettere tale motivo revocatorio anche per il decreto ingiuntivo³¹, stante il dato letterario (si tratti di *lapsus calami* o meno certo è che il legislatore non si è mai corretto dal 1940 ad oggi) un intervento legislativo è certamente auspicabile.

Depone in tal senso anche il sistema processuale preso come polo di riferimento. Il legislatore brasiliano del 2015 ha infatti scelto di disciplinare espressamente la revocazione per il provvedimento giudiziale pronunciato al termine di una *ação monitória* e divenuto esecutivo (assimilabile al decreto ingiuntivo non opposto italiano) ponendo così fine alle questioni sorte tra la dottrina brasiliana durante la vigenza del CPC del 1973³². E appunto, il CPC brasiliano prevede ad oggi, *ex art.* 701 §3, la revocazione del decreto ingiuntivo non opposto, e ciò – ovviamente, tanto che non viene nemmeno specificato – per qualsiasi dei motivi revocatori previsti avverso le decisioni giudiziali.

4.2. Lacune della disciplina italiana in tema di decisioni della Corte di Cassazione

Anche in punto di revocazione delle decisioni della Corte di Cassazione la disciplina non brilla per completezza: anzi, mi pare possa dirsi che si tratti del punto più critico del rimedio impugnatorio affrontato in queste pagine. Del resto, è un tema che, permeando i fondamentali principi del processo giurisdizionale nella loro ultima essenza, risulta di straordinaria delicatezza³³. Da un lato infatti si pone l'esigenza di porre incontrovertibilmente fine alla lite tra le parti (giunta fino all'ultimo grado del processo); dall'altro, il ruolo di vertice e custode della legalità della Corte di Cassazione

più ampiamente l'una e l'altra tesi, ma basta qui ricordare che il filone giurisprudenziale prevalente si colloca nel solco tracciato dalla seconda posizione illustrata (ad es. Cass. Civ. Sez. III, 28.11.2017 n. 28318 in *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, 4-5, p. 1390).

30. Consolo, *Spiegazioni*, vol. I, cit., p. 184.

31. Parte della dottrina tuttavia ritiene esperibile la revocazione del decreto non opposto in caso di documento *noviter repertum* (v., per tutti, Tedoldi, *sub art.* 656 CPC, in *Commentario del codice di procedura civile*, vol. VII, Torino, 2013, p. 922 ss.).

32. Si veda Barioni, *Da ação Rescisória*, in *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*, coord. T. Arruda Alvim, Didier Jr., Talamini, Dantas, 3. ed. rev. e atual, São Paulo, 2016., p. 2392.

33. Impagnatiello, *Decisioni della Cassazione (impugnazione delle)*, in *Digesto civile, Aggiornato*, Torino, 2010, p. 443 ss.

impone con ancor più vigore che la sua pronuncia non sia inficiata da sintomo o indice di ingiustizia o vizio alcuno.

L'originaria previsione codicistica non riconosceva in nessun caso la revocabilità delle sentenze di ultima istanza, e ancor prima, il previgente codice del 1865 ne sanciva in modo espresso il divieto: difatti, una delle pietre miliari del sistema delle impugnazioni era costituita dal principio dell'intangibilità delle decisioni della Cassazione³⁴. Il quadro è notevolmente mutato a seguito della famigerata sentenza manipolatoria della Corte Costituzionale 17/1986 che aveva concesso la revocazione per errore di fatto contro le sentenze pronunciate dalla Cassazione sui ricorsi basati sulla nullità della sentenza o del procedimento³⁵. A seguito di questo primo, fondamentale, tassello si è giunti all'elaborazione dell'art. 391-*bis* CPC, che permette la revocazione per errore di fatto avverso ogni "sentenza o ordinanza pronunciata dalla Corte di Cassazione".

Inoltre, a partire dalla l. n. 353/1990 la normativa processualcivilistica si è evoluta nel senso di attribuire alla Cassazione il potere di decidere la controversia nel merito in assenza della necessità di ulteriori accertamenti. Si è trattato di un potere che fin dal principio ha reclamato la previsione di strumenti che consentissero un adeguato bilanciamento³⁶: correlativamente infatti il legislatore ha aggiunto la possibilità di proporre revocazione straordinaria avverso le decisioni di merito pronunciate dagli ermellini, giungendo all'introduzione dell'art. 391-*ter*, rubricato "altri casi di revocazione ed opposizione di terzo", che riconosce assoggettabili al rimedio revocatorio i soli provvedimenti con i quali la Corte di Cassazione ha statuito nel merito, e ciò nei casi di dolo della parte o del giudice, prova falsa e ritrovamento di un documento decisivo. Nonostante le plurime modifiche legislative, la sistematica tutt'oggi è ancora lontana dall'offrire una tutela che possa ritenersi pienamente esaustiva³⁷.

Innanzitutto, rimane escluso il motivo di revocazione per contrarietà della sentenza ad altra precedente avente tra le parti autorità di giudicato. Questa – purtroppo, chiara – scelta legislativa, ha suscitato numerose critiche in dottrina³⁸,

34. V. Impagnatiello, ult. op. cit e altresì Balena, *L'impugnazione delle sentenze di Cassazione*, *Rivista di Diritto Civile*, 2004, I, p. 119 ss.

35. C. Cost. 30.1.1986, n. 17, in *Foro italiano*, 1986, I, p. 313, con nota di Proto Pisani, *La Corte costituzionale estende la revocazione per errore di fatto ex art. 395 n. 4, CPC, alle sentenze della Cassazione*.

36. V. Impagnatiello, in *Commentario del codice di procedura civile*, IV, cit., p. 1264.

37. V. Consolo, *Le impugnazioni*, cit., p. 460, Impagnatiello, op. ult. cit., e altresì Tedoldi, *La delega sul procedimento di cassazione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, p. 947.

38. V. Impagnatiello, *Decisioni della Cassazione*, cit., p. 450; Panzarola, *La impugnazione delle decisioni della Corte di Cassazione*, in *Giusto Processo Civile*, 2009, p.1047 ss; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, 22^a ed., Torino, 2012, p. 633; Carratta, *sub*. Art. 391 *ter* CPC, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, I, Bologna, 2007, I, p. 557, ss.

come in parte anche in giurisprudenza³⁹: si tratta infatti di un grave vuoto di tutela, specie se si considera che proprio l'attribuzione di poteri di merito della corte rende tutt'altro che infrequente la possibilità che tale vizio si verifichi anche con riferimento a queste decisioni⁴⁰.

Un'ulteriore censura può rivolgersi alla scelta, *ex art. 391 -ter* CPC, di sottoporre a revocazione le sole decisioni di merito degli ermellini. Il legislatore infatti non si è posto il problema di fornire tutela alla parte soccombente per i casi in cui il medesimo sintomo d'ingiustizia si verifichi nel corso di un processo sfociato poi in una decisione di improcedibilità o inammissibilità del ricorso, decisione che, implicando il passaggio in giudicato della sentenza avverso la quale era stata proposta impugnazione, necessiterebbe dunque di esser posta all'interno del raggio di azione della revocazione⁴¹.

In questo senso, dovrebbe far riflettere la sistematica della *ação rescisória* brasiliana. Sebbene infatti il CPC brasiliano detti, contrariamente a quanto accade in Italia, una disciplina processuale uniforme per la revocazione delle decisioni giudiziali – e ciò indipendentemente dall'organo e dal grado in cui sono state prese – l'art. 966 §2 CPC può esser preso come punto di riferimento per sostenere la necessità di un rimedio avverso le decisioni d'improcedibilità e inammissibilità della suprema corte italiana. A mente della suddetta disposizione, che ha espressamente consacrato istanze lungo tempo avvertite da dottrina e giurisprudenza brasiliane⁴², la revocazione è prevista anche contro le sentenze di rito che hanno dichiarato l'impugnazione inammissibile. Questa – nuova – previsione risulta di particolare interesse, perché – tenendo comunque presente che la revocazione in questo caso sarà esperibile solo ove la decisione che s'intendeva impugnare fosse di merito⁴³ – revocando la decisione

39. Come fa notare Balena, *op. cit.*, p. 119 ss., il caso di contrasto con un giudicato sostanziale anteriore è stata la fattispecie più invocata nelle occasioni di sollevamento della questione di illegittimità costituzionale della disciplina in relazione agli artt. 3 e 24 Cost. (rispettivamente, il principio di eguaglianza e il diritto di difesa). V. Cfr. Cass., 1 marzo 2001, n. 2969, in Arch. civ., 2001, 576; 28 marzo 2000, n. 3735, in Rep. Foro it., 2000, voce "Revocazione", n. 2; 10 febbraio 1999, n. 1114, *ivi*, 1999, voce cit., n. 8; 10 giugno 1994, n. 5665, *ivi*, 1996, voce cit., n. 2; Cass., Sez. un., 2 agosto 1993, n. 8528, in Foro it., 1995, I, 641. Si tratta tuttavia di una eccezione che purtroppo non è mai stata realmente affrontata dalla Corte non avendo mai superato il vaglio della rilevanza e della non manifesta infondatezza. Nonostante ciò, proprio in una di queste occasioni, quando la Corte di Cassazione si è trovata a definire il giudizio che ne aveva occasionato la rimessione, aveva affermato in un *obiter dictum*, che le sue decisioni di merito erano soggette a revocazione nei casi *ex art. 395 n. 5* CPC (v. Cass. 22.8.2006, n. 18234, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 1722, con nota di Ronco, *La sentenza in conflitto con il giudicato precedente: revocazione, cassazione (e revocazione della cassazione)*). Si tratta tuttavia di un principio rimasto isolato, non trovando conferma alcuna nella sua successiva giurisprudenza.

40. V. Consolo, *Le impugnazioni*, cit., p. 461 ss.

41. Consolo, *op. ult. cit.*

42. V. Theodoro Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, 2006, p. 604-605.

43. Così, Barioni, *op. cit.*, p. 3292.

che rigetta il “*recurso*” si permette al giudice dell’impugnazione di conoscere, e quindi di decidere, la causa nel merito.

Ebbene, un passo nella medesima direzione è certamente auspicabile, proprio in base a tali considerazioni di opportunità, anche in Italia. Difatti, sebbene le decisioni della Cassazione di inammissibilità o improcedibilità della domanda siano di mero rito e dunque destinate al solo giudicato formale, per il principio di consumazione o consumazione dell’impugnazione, hanno come effetto quello di far passare in giudicato – sostanziale – una decisione di merito, rendendo così incontrovertibile l’accertamento in esse statuito⁴⁴.

5. L’ESIGENZA DI ADATTARE LA *RES IUDICATA* AL PANORAMA GIURIDICO E ISTITUZIONALE: *OVERVIEW* SUL SISTEMA BRASILIANO

Le altre censure movibili al sistema di revocazione riguardano più in particolare i vizi che dovrebbero essere iscritti al novero dei motivi revocatori, e possono essere collocate lungo la prospettiva teorica diretta a sostenere la necessità di adattare la *res iudicata* al panorama giuridico in cui si trova⁴⁵.

Il sistema brasiliano rivela soprattutto a tal proposito interessanti spunti di ricerca. Occorre premettere che, in Brasile, uno degli obiettivi principali perseguiti nel nuovo CPC è quello di giungere ad una risoluzione ampia e definitiva del conflitto ed evitare che una stessa controversia, sotto diverse spoglie, si ripresenti davanti a un organo giudicante già di per sé sovraccarico⁴⁶. Per tener conto di tali esigenze il legislatore ha, tra le varie innovazioni, direttamente modificato la disciplina del giudicato (e in particolare i suoi limiti oggettivi), estendendo, *ex art.* 503 CPC, la *res iudicata* anche alle questioni pregiudiziali⁴⁷. Con un giudicato dall’estensione così ampia è naturale prevedere meccanismi di contrappeso elastici, che garantiscano a larghe maglie la possibilità di riaprire la controversia qualora vi sia il sentore che essa sia ingiusta. E appunto, è vasto l’elenco dei motivi revocatori previsti dall’art. 966 del CPC brasiliano: le circostanze revocatorie possono essere causate da un’attività dell’organo giurisdizionale, e così la revocazione può essere proposta avverso una decisione che sia l’effetto di abuso d’ufficio, concussione o corruzione del giudice, ovvero nel caso in cui sia stata pronunciata da un giudice che aveva l’obbligo di astenersi dal decidere o che non aveva la competenza per farlo, o ancora nel caso in cui abbia commesso un errore di fatto. Parimenti, può chiedersi la revocazione in caso di dolo o coercizione della parte o delle parti in simulazione o collusione tra loro, ed ancora nel caso di

44. V. Mandrioli, Carratta, *Diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione*, II, 25^a ed., Torino, 2016, p. 464, nota 92.

45. V. nota 23.

46. V. Arruda Alvim, *op. cit.*

47. Si veda, in italiano, Marinoni, *Giudicato sulle questioni nel diritto brasiliano*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2018, p. 1401.

scoperta di nuovi elementi rilevanti non conosciuti nel giudizio *a quo*: nello specifico, nei casi di falsità della prova su cui era basata la decisione o di ritrovamento di una prova nuova. Il rimedio è infine concesso anche nel caso di contrasto tra giudicati e del pari nell'eventualità in cui il giudicato violi manifestamente una norma giuridica. Inoltre, ex art. 525 e 535 CPC si potrà chiedere la revocazione della sentenza se la norma su cui la decisione si basa è stata, successivamente al suo passaggio in giudicato, dichiarata incostituzionale dal *Supremo Tribunal Federal*.

All'interno di questo ampio elenco v'è un motivo in particolare che, a ben vedere, costituisce un vero e proprio *unicum* nel panorama comparatistico⁴⁸ e risulta di grande interesse ai fini che ci siamo proposti proprio per gli spunti che potrebbe suggerire nella disciplina italiana. Di particolare rilievo appare cioè il numero V dell'art. 966 CPC, il quale, innovando la disposizione del previgente codice⁴⁹, che prevedeva il caso di revocazione per "*violazione della letterale disposizione di legge*", ora dispone invece che una decisione può essere impugnata per revocazione se "*viola manifestamente una norma giuridica*".

La norma ha un'esponenziale portata applicativa, perché, lungi dal ridurre il concetto di giustizia alla sola legge, come avveniva in passato, lo eleva riconducendolo alla norma giuridica e, dunque, all'interpretazione data dal giudice alla fonte di diritto⁵⁰. Cioè, vengono toccate dalla norma regole e principi, norme di diritto sostanziale, processuale, di diritto interno o straniero, così come precedenti giurisprudenziali vincolanti⁵¹ (dando così attuazione anche al secondo degli obiettivi perseguiti dal nuovo codice e cioè la creazione di una giurisprudenza stabile e uniforme⁵²).

Non solo: il concetto di violazione della norma comprende tutte le forme di "offesa" e, quindi, non applicare la norma quando invece questa doveva essere applicata o viceversa, oppure applicarla, sì, ma alterando la *ratio* (di un precedente) mediante un'interpretazione scorretta⁵³. A ben vedere si tratta di una disposizione che, rispondendo all'esigenza che il giudice ponga fine alla controversia applicando correttamente le norme di diritto, dà concreta attuazione al principio di legalità⁵⁴.

48. V. Mitidiero, op. cit.

49. In merito alle modifiche di siffatto motivo revocatorio è possibile consultare il dibattito svoltosi durante la riunione della *Comissão de Juristas* per l'elaborazione del progetto del nuovo CPC brasiliano in *Diário do Senado Federal. BRASIL. Senado Federal. Diário do Senado Federal. Brasília, Ano LXV, n. 70, sexta-feira, 14 mai. 2010*. Disponibile all'URL <<https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=529#diario>> 20.890-20.894 e 20.983-20.987. Ultimo accesso in data: 31.03.2020.

50. Così, Didier Jr., op. cit. p. 492.

51. V. Didier Jr., op. cit., p. 488; Dellore, *Da ação rescisória*, cit., p. 774.

52. V. Arruda Alvim, op. cit.

53. Cramer, op. cit., p. 1421.

54. V. Didier Jr., op. cit., ma anche le considerazioni di Taruffo, *La verità nel processo*, cit., che è opportuno qui citare per intero: "[...] esiste la possibilità di definire diversamente la funzione del processo e le sue finalità. Tale possibilità muove da una adeguata considerazione del principio generale di legalità,

Le soluzioni adottate dal legislatore brasiliano avvalorano, ancora una volta, le riflessioni della dottrina italiana e auspicabilmente potrebbero portare anche in Italia a una (già da tempo invocata) riforma che tenga conto di esigenze (non sussistenti ai tempi dell’emanazione del codice di procedura civile italiano) che hanno rappresentato una vera e propria rivoluzione nel panorama processuale e più in generale giuridico. Esigenze con cui il giudicato deve necessariamente fare i conti. Ciò senza tuttavia violare l’esigenza di certezza giuridica, a ben vedere anch’essa uno dei portati del principio di legalità: difatti, l’arco temporale entro il quale poter chiedere la revocazione è di due anni a partire dal passaggio in giudicato della decisione, e proprio tale previsione limita un’eccessiva instabilità che potrebbe causare il riesame della decisione⁵⁵.

5.1. Il giudicato delle decisioni della Corte di Cassazione

Guardiamo ancora una volta alle decisioni della Corte di Cassazione: si tratta di una disciplina che, come già notato, nel corso degli anni ha mutato la fisionomia delle proprie decisioni. Se infatti in passato le possibilità che una sentenza della Corte di Cassazione fosse direttamente affetta da un vizio intollerabile erano alquanto modeste, in quanto la Cassazione esercitava una giurisdizione che si concludeva con la sola fase rescindente della sentenza, i cui esiti pertanto non ponevano fine alla controversia⁵⁶, ad oggi la situazione è radicalmente cambiata stante la possibilità, per la Corte, di porre fine alla lite tra le parti, decidendone in taluni casi il merito *ex art.* 384 CPC. Ciò si traduce in un esponenziale aumento delle possibilità che gravi vizi inficino le decisioni della Cassazione.

al quale si ispirano i sistemi moderni, a partire dal nostro, e delle conseguenze che esso implica sull’amministrazione della giustizia. Dire che « I giudici sono soggetti soltanto alla legge » (art. 101, comma 2°, cost.) significa evidentemente che i giudici debbano decidere le controversie applicando correttamente le norme di diritto che operano come criteri di decisione nei vari casi concreti. Ciò non esclude che il processo, oltre a legittimare la decisione, sia anche finalizzato a risolvere una controversia, ma esige che la controversia sia risolta con una decisione giusta e fondata sulla corretta applicazione della norma che regola il caso. Questa, anzi, va configurata come la finalità principale del processo, poiché non sarebbe giusta una sentenza che decidesse una controversia violando la legge o applicando una norma in maniera invalida”.

55. La regola generale prevista dall’art. 975 CPC fissa il termine ultimo per chiedere la revocazione in due anni a partire dal passaggio in giudicato della decisione. La distinzione tra vizi palesi e occulti che caratterizza intrinsecamente la revocazione italiana sembra tuttavia lievemente affiorare nella previsione di cui ai §2 e §3 dell’art. 975 CPC, che nei casi di simulazione e collusione delle parti e di scoperta di prova nuova prevedono il *dies a quo* a partire dal momento della scoperta del vizio (ma pur sempre entro un tetto massimo di cinque anni, per tale ultimo caso). Un’altra eccezione alla regola è prevista *ex artt.* 525 e 535 CPC, che per la revocazione della decisione nel caso in cui la norma su cui essa si basa sia stata dichiarata incostituzionale dal Supremo Tribunal Federal, fissa il termine per proporre l’azione in due anni a partire dal passaggio in giudicato della decisione dichiaratoria d’incostituzionalità.
56. V. Balena, *op. ult. cit.*

Ad onta del dogma – ormai superato – dell’infallibilità del giudice supremo, possono infatti verificarsi anche in tale sede di giudizio violazioni della legge processuale che mettono seriamente a rischio la giustizia della decisione. Sin dall’alba della riforma dell’art. 384 CPC, la dottrina ha identificato tali vizi nelle gravi violazioni del contraddittorio (purtroppo non infrequenti), nell’ultrapetizione come nell’extrapetizione e nell’omessa pronuncia (anche questo, caso tutt’altro che raro)⁵⁷. Si tratta di vizi che, in virtù del diritto di difesa ex art. 24 Cost. e del principio del giusto processo di cui all’art. 111 Cost. (che prevede in particolare il contraddittorio in ogni stato e grado del giudizio), impongono la previsione di un rimedio, ma che tuttavia ad oggi risultano del tutto inattaccabili⁵⁸. Nell’impossibilità di estendere in via interpretativa la revocazione anche contro tali vizi, è auspicabile un intervento del legislatore⁵⁹.

Sembra allora opportuno qui richiamare i risultati cui si è pervenuti con l’indagine sul sistema revocatorio brasiliano, che – spingendosi addirittura oltre i risultati cui è pervenuta la dottrina italiana – incoraggiano a muovere un passo proprio verso tale direzione.

L’introduzione, nel sistema delle impugnazioni delle decisioni della Cassazione, di una norma analoga a quella che, nel CPC brasiliano, prevede la revocazione per manifesta violazione della norma giuridica, magari restringendone le maglie ai vizi più gravi come ad es. quelli individuati dalla dottrina italiana, di cui *supra*, sarebbe quanto mai opportuna, dato che ad oggi non è possibile rimettere in discussione una decisione della Corte di Cassazione pur se gravemente viziata. E inoltre, non richiederebbe nemmeno eccessivi sforzi legislativi, considerando che la revocazione delle decisioni di Cassazione trova una disciplina autonoma da quella delle decisioni dei giudici di primo e secondo grado e ciò dà appunto la possibilità di tener conto di tutti i peculiari profili del giudizio di ultima istanza e dei vizi da cui può esser colpito⁶⁰.

Si tratterebbe dunque di aggiungere sì un motivo di revocazione straordinario, perché esperibile contro decisioni della Cassazione passate in giudicato, ma pur sempre dal *dies a quo* fisso (diversamente da quanto accade per i motivi di revocazione straordinaria previsti nel CPC), garantendo così giustizia e certezza.

5.2. Il giudicato e il diritto dell’Unione Europea

Infine, la norma brasiliana in commento (art. 966, V del CPC/2015) potrebbe offrire soluzioni utili anche per la creazione di un nuovo motivo revocatorio nel codice processuale italiano – questa volta esteso ad ogni decisione giudiziale – che tenga

57. I riferimenti sono numerosi: v. Consolo, *Le impugnazioni*, cit., p. 234; Balena, op. ult. cit.; Poli, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2005.

58. Impagnatiello, *sub art. 391 ter CPC*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 1310.

59. V. Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, p. 197 ss.; Balena, op. ult. cit.; Consolo, op. ult. cit., p. 234.

60. V., quasi letteralmente, Consolo, *Spiegazioni*, II, cit., p. 635.

conto delle esigenze imposte dalla partecipazione dell'Italia all'Unione Europea e dall'attribuzione di poteri giurisdizionali ad un organo giudiziario sovranazionale quale la Corte di Giustizia.

Difatti, l'irrompere sulla scena del diritto comunitario ha imposto una visione sempre più relativa del concetto di giudicato proprio degli ordinamenti europei⁶¹. Sebbene la certezza delle situazioni giuridiche, e dunque l'intangibilità dei giudicati nazionali, sia un principio proprio anche dell'Unione Europea, come in passato ribadito dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁶², è chiaro che vi possono esser casi – come di fatto è avvenuto – in cui l'effettività del diritto comunitario venga pregiudicata dalle norme nazionali che sanciscono l'irretrattabilità delle decisioni giudiziarie (*res iudicata*)⁶³.

Sulla base di questo presupposto e attraverso varie tappe intermedie e attentamente ritagliate sulle fattispecie dei casi concreti, la Corte di Giustizia ha chiarito che vi sono casi in cui il diritto comunitario deve essere applicato a prescindere dalla sussistenza di decisioni nazionali definitive. In questo filone si collocano le discusse sentenze *Kühne & Heitz* e *Kempter*, fino a giungere alla *Lucchini*⁶⁴. In particolare, in tale ultima decisione la Corte ha disposto che il giudicato sostanziale deve essere disapplicato quando abbia violato una decisione della Commissione dell'Unione Europea⁶⁵. Si tratta sì di "*casi-limite*"⁶⁶, ma che hanno condotto a decisioni dall'ampia portata⁶⁷, decisioni che ad un'attenta analisi esprimono esigenze nuove ma non sovvertitrici⁶⁸.

61. V., Biavati, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2018, p. 1323 ss.

62. V. Corte giust. 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, in *Racc.*, p. I-10239; Corte giust. 16.3.2006, C-234/04, *Kapferer*, in *Racc.*, p. I-2585. Trattasi di decisioni in cui la Corte di Giustizia ha sempre sancito il principio dell'intangibilità dei giudicati nazionali (v. Cannizzaro, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 449) pur se in ognuna di esse, e con tutte le cautele del caso, iniziavano a porsi le basi per smussarlo: si veda Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2008, 1, p. 224 (nota a sentenza).

63. V. Cannizzaro, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, *cit.*, 2008, p. 450 ss.

64. Rispettivamente: Corte giust. 13.1.2004, C-453/00, in *Racc.*, p. I-837; Corte giust. 12.2.2008, C-2/06; Corte Giust. 18.7.2007, C-119/05, in *Racc.*, p. I-6199.

65. La sentenza Lucchini è stata pronunciata al termine di una complessa vicenda giudiziaria, in tema di aiuti di Stato, in cui il giudicato nazionale si era formato in contrasto ad una decisione definitiva della Commissione, incorsa tra le medesime parti del giudizio nazionale ma non ivi invocata. Nel p.q.m. viene affermato che: "*il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva*".

66. Consolo, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali nazionali*, *cit.*, p. 182 ss.

67. V. Cannizzaro, *op. ult. cit.*, p. 451.

68. V. Consolo, *op. ult. cit.*, p. 183.

In particolare la causa *Lucchini*, a causa della concisa motivazione, è stata sottoposta a diverse chiavi di lettura. V'è chi sostiene si tratti di una questione di conflitto di attribuzioni tra istituzioni comunitarie e il giudice nazionale⁶⁹; chi ritiene, sulla base di tali pronunce, che l'effetto del giudicato verrebbe impedito tutte le volte che il giudice nazionale abbia mancato il proprio dovere di attivare il sistema di rimedi propri dell'ordinamento comunitario⁷⁰. A ben vedere tuttavia il fulcro della questione rimane: il giudicato nazionale potrebbe esser disapplicato dalla Corte di Giustizia ogniqualvolta essa vi ravvisi una violazione del diritto comunitario, creando così una – intollerabile – incertezza in rapporti giuridici che pur dovevano esser stabili e definitivi. Lungi dal tentativo di circoscrivere l'effetto di queste pronunce e ribadire l'immutabilità del giudicato, sarebbe più opportuno accettare l'evoluzione giurisprudenziale e cercare di trovare una soluzione che permetta di disciplinare e procedimentalizzare le modalità di "cedimento" del giudicato stesso⁷¹.

In dottrina, quale plausibile strumento che permetta di adeguarsi alla *Lucchini* è stata prospettata, *de iure condendo*, appunto la revocazione, con l'aggiunta di un'ulteriore ipotesi straordinaria che permetta la revocazione della sentenza nei casi di violazione di norme europee inderogabili⁷².

Anche qui la disciplina brasiliana potrebbe fornire interessanti spunti, perché non solo legittima la posizione della dottrina italiana mostrando come in Brasile già da tempo è pacifico un motivo di revocazione per una evidente violazione della norma giuridica (di qualsiasi genere essa sia⁷³), ma anche permetterebbe di creare una normativa completa che disciplini tale motivo revocatorio in tutti i suoi aspetti, tenendo conto del modo in cui l'ordinamento brasiliano abbia risolto questioni e problemi sostanzialmente analoghi. Ad es., a partire dalla summenzionata sentenza *Kühne*, tra gli Stati Membri dell'Unione Europea, erano insorte questioni sulla

69. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, cit., p. 359 ss.

70. Cannizzaro, op. ult. cit.

71. V. Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia*, cit.

72. Si vedano Picardi, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giustizia Civile*, 2008, I, p. 561, il quale prospetta una questione di legittimità costituzionale dell'art. 395 CPC nella parte in cui non prevede anche la revocazione in caso di violazione di norme europee inderogabili, e Consolo, op. ult. cit., che *de iure condendo* propone l'estensione del rimedio della revocazione straordinaria ad un nuovo motivo esperibile sia dalle parti e dal Pubblico Ministero per asserita violazione nel giudicato di una decisione definitiva della Commissione resa in tema di aiuti di Stato.

73. Didier Jr., op. cit., p. 488 ss., precisa, a questo proposito, che la "*norma jurídica violada pode ser de qualquer natureza, desde que seja uma norma geral*". Nel caso *Lucchini*, invece, la norma direttamente violata era una decisione della Commissione dell'Unione Europea, e dunque, una norma individuale. Tuttavia, il V inciso dell'articolo 966 può comunque fornire una soluzione utile per i fini che ci siamo proposti perché, come precisa Didier Jr., op. cit., p. 493, "*a violação a normas individuais não jurisdicionais somente admite rescisória caso implique violação a norma geral*", il che è esattamente quanto verificatosi nel caso *Lucchini*, in quanto la decisione giudiziale passata in giudicato implicava altresì la violazione del diritto comunitario.

necessità o meno dell'invocazione, da parte del richiedente durante il processo, del diritto comunitario come condizione per far venir meno del carattere definitivo di una decisione, questione cui la stessa Corte di Giustizia aveva cercato di rispondere (in senso negativo) fornendo tuttavia una posizione non chiara, che aveva ricevuto diverse interpretazioni⁷⁴. In Brasile, per la *ação rescisória* non è necessario il cosiddetto “*pré-questionamento*” e cioè, per la fruttuosità dell'impugnazione non occorre che la norma che si assume violata sia stata espressamente menzionata nella decisione che si intende revocare⁷⁵. Ciò, se trasposto negli ordinamenti europei che scegliessero di aggiungere tale ulteriore motivo di revocazione al loro elenco, permetterebbe di porre un punto fermo alla questione.

Dall'altro lato, l'introduzione, nella disciplina della revocazione straordinaria, del motivo di *manifesta violazione della norma europea*, esperibile sia dalle parti che dal Pubblico Ministero ed entro un termine di decorrenza fisso, come ad es. a partire dal passaggio in giudicato della decisione⁷⁶ – come previsto nel sistema di revocatorio brasiliano – non solo concederebbe un più ampio respiro e maggiore elasticità dalla disciplina della revocazione del CPC italiano, adattandola così alle prescrizioni imposte dall'Unione Europea, ma garantirebbe al contempo una maggiore certezza, potendosi sì revocare il giudicato, ma per un motivo tassativamente determinato che non lascerebbe spazio a pronunce della Corte di Giustizia che ne imponessero la disapplicazione, senza alcun limite temporale e senza forme proceduralizzate come invece finora è avvenuto.

6. CONCLUSIONI: IL RAPPORTO TRA REVOCAZIONE E GIUDICATO

Quest'ultima affermazione permette invero di puntualizzare il rapporto intercorrente tra revocazione e *res iudicata* e, correlativamente, tra aspirazione di giustizia e istanze di certezza. Non del tutto corretta sembra l'affermazione secondo cui ad un ampliamento dei provvedimenti impugnabili e ad un allargamento delle maglie revocatorie corrisponderebbe il fenomeno di una “*vera e propria erosione del ruolo centrale del giudicato*”⁷⁷, e viceversa. Infatti, come dimostrato dalla sentenza Lucchini, il giudicato verrebbe realmente eroso solo senza la previsione di appositi motivi revocatori che riescano a tener conto delle istanze di giustizia percepite dalla società. Del resto, pur ampliando i provvedimenti revocabili come anche i motivi che

74. V. Cannizzaro, op. cit.

75. V. Didier Jr., op. cit., p. 488; Dellore, op. cit., p. 774 e Medina, cit., p. 1295. Si veda altresì, in giurisprudenza, STJ, Resp 791.199/SP, 3.ª T., j. 06.03.2008, rel. Min. Gomes de Barros; STJ, AR 3.234/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2.ª Seção, j. 27.11.2013.

76. Ma si veda anche Consolo, op. ult. cit. che ipotizza la decorrenza del termine per il p.m. dal momento in cui la Commissione viene a conoscenza del giudicato civile che lede la sua decisione vincolante, e per le parti, dal momento in cui vengono a conoscenza della decisione vincolante – e incompatibile – della Commissione.

77. Così, Rota, *Revocazione nel diritto processuale civile*, cit., p. 1991.

possono dar adito al riesame della lite nel momento in cui gli stessi vengono scoperti o accertati, questi ultimi rimarrebbero pur sempre circoscritti entro il perimetro della tassatività e quindi, esclusivamente al di fuori di questi casi, il giudicato resta intangibile.

Questa sintetica panoramica sui principali punti critici della revocazione civile italiana in comparazione con la *ação rescisória* brasiliana ha messo in luce la diversità di soluzioni adottate nei due ordinamenti nella previsione di un rimedio la cui esigenza è sempre stata universalmente avvertita.

Infatti se, da una parte, in Brasile è indubbio che il legislatore abbia dato un considerevole peso alla certezza giuridica, fissando un termine ultimo per esperire la *ação rescisória* a partire dal passaggio in giudicato della decisione⁷⁸ e costruendola dunque come una sorta di ponte di collegamento tra la cosa giudicata e la cosa assolutamente giudicata⁷⁹, da questo punto di vista in Italia l'immutabilità della *res iudicata* è sempre relativa, perché per i sintomi d'ingiustizia occulti il CPC ha fissato un *dies a quo* mobile che decorre dal momento dell'accertamento o della scoperta del vizio.

Dall'altra, nella concessione del rimedio il CPC italiano delinea un meccanismo che, escludendo dal suo raggio d'azione le decisioni della Cassazione di inammissibilità o improcedibilità, oltre che quelle di merito per il caso di contrarietà a precedente giudicato e anche i decreti ingiuntivi per il ritrovamento di un documento decisivo, si rivela farraginoso e incoerente. Anche il ventaglio dei motivi di revocazione si rivela ad oggi troppo angusto e non più sufficiente per rispondere alle istanze di giustizia oggi percepite, come ad es. quelle recentemente avvertite a seguito delle pronunce della Corte di Giustizia che hanno imposto la disapplicazione del giudicato quando violava norme europee.

Una rigidità percepita tanto più se confrontata con un sistema, come quello brasiliano, che, contro le decisioni passate in giudicato ha designato un'impugnazione ben articolata nella disciplina ed elastica nei motivi.

Ciò soprattutto a seguito delle modifiche e innovazioni apportate dal CPC del 2015 che oltre ad aver aggiornato i motivi revocatori⁸⁰, hanno esteso la revocazione avverso ogni tipo di decisione giudiziale, financo quelle di rito che impediscono una nuova proposizione della domanda o sanciscono l'inammissibilità dell'impugnazione.

Si tratta di un meccanismo che, alla luce delle riflessioni svolte, può essere additato come esempio di un pragmatico e bilanciato rapporto tra certezza giuridica e giustizia e che, in prospettiva *de iure condendo*, si rivela un interessante parametro su cui riflettere e da cui prendere spunto per l'innovazione della revocazione civile italiana.

78. V. Nota 54.

79. V. Dellore, cit., p. 815.

80. Medina, op. cit., p. 1291.

7. BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA ALVIM, T., *Le novità del codice di procedura civile brasiliano*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.4, 2015, p. 1233.
- ATTARDI, A., *La revocazione*, Padova, 1959.
- _____. *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991.
- BALENA, G., *L'impugnazione delle sentenze di Cassazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2004, I, 119.
- BIAVATI, P., *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2018, p. 1323.
- BARIONI, R., “*Da ação rescisória*”, in *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*, (coord. Wambier, Didier Jr, Talamini, Dantas), 3ª ed. rev. e atual, São Paulo, 2016.
- BRASIL. Senado Federal. Diário do Senado Federal. Brasília, Ano LXV, n. 70, sexta-feira, 14 mai. 2010. Disponibile all'URL <<https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=529#diario>>, 20890-20894 e 20983-20987. Ultimo accesso in data: 31.03.2020.
- CALAMANDREI, P., *Appello civile*, in *Enc. it.*, II, 1929.
- _____, *La cassazione civile*, II, Torino, 1920.
- CANNIZZARO, E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 449.
- CAPONI, R., *Corti europee e giudicati nazionali*, in AA.VV., *Corti europee e giudici nazionali, Atti del XXVII convegno nazionale, Verona 25-25 settembre 2009*, Bologna, 2011.
- CARRATTA, A., *sub. art. 391 ter CPC*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, I, Bologna, 2007, I.
- CERINO CANOVA, A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.
- _____. *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992.
- CERINO CANOVA, A., - TOMBARI FABBRINI, *Revocazione (dir. Proc. Civ.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, 1991.
- COLESANTI, V., *Scritti scelti, Sentenza civile (revocazione della)*, I, Napoli, 2012.
- CONSOLO, C., *Il flessibile rapporto dei diritti processuali nazionali*, in AA.VV., *Corti europee e giudici nazionali, Atti del XXVII convegno nazionale, Verona 25-25 settembre 2009*, Bologna, 2011.
- _____. *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989.
- _____. *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2008, 1, p. 224.
- _____. *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, terza edizione, Padova, 2012.
- _____. *Spiegazioni di diritto processuale civile, volume I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, undicesima edizione, Torino, 2017.

- _____. *Spiegazioni di diritto processuale civile, volume II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, undicesima edizione, Torino, 2017.
- CORAPI, D., *Il diritto brasiliano: nuovo terreno d'indagine per la comparazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2007, 3, p.10375.
- CRAMER, R., *Comentários ao art. 966*, in: CABRAL, A., CRAMER, R. (Coord.), *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DE STEFANO, G., *La revocazione*, Milano, 1957.
- DELLORE, L., "Da ação rescisória" in *Execução e Recursos, Comentários ao CPC de 2015*, (coord. Gajardoni, Dellore, Roque, Olivera Jr), vol. III, São Paulo, 2016.
- DIDIER Jr, F., CUNHA, L. C., *Curso de Direito Processual Civil, Curso de direito processual civil*, 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.
- FAZZALARI, E., *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Milano, 1989, 293.
- GARBAGNATI, E., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, quinta edizione, Milano, 1979.
- IMPAGNATIELLO, G., *Decisioni della Cassazione (impugnazione delle)*, in *Digesto civile, Aggiornato*, Torino, 2010, 443.
- _____. *Sub. artt. 391 -bis ss*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, vol. IV, Torino, 2013.
- MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, ventiduesima edizione, Torino, 2012.
- MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione*, II, venticinquesima edizione, Torino, 2016.
- MARINONI, L.G., *Giudicato sulle questioni nel diritto brasiliano*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2018, p. 1401.
- MEDINA, J.M.G., *Direito Processual Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, D., *Ação rescisória no direito comparado: da comparação vertical à comparação horizontal*, in *Revista de Processo Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 5, 2017.
- PANZAROLA, A., *La impugnazione delle decisioni della Corte di Cassazione*, in *Giusto Processo Civile*, 2009, p. 1047.
- PETRILLO, C., *Della revocazione*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, vol. V, Torino, 2013.
- PICARDI, N., *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giustizia Civile*, 2008, I, p. 561.
- PICARDI, N., NUNES, D., *Il processo civile brasiliano dalle Ordinazioni filippine al codice del 1973*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2011, 4, p. 926.
- POLI, R., *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2005.

- PROTO PISANI, A., *La Corte costituzionale estende la revocazione per errore di fatto ex art. 395 n. 4, CPC, alle sentenze della Cassazione*, (nota a sentenza), in *Foro.it*, 1986, I, p. 313.
- PUGLIESE, G., *Giudicato civile*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Milano, 1969.
- REDENTI, E., *Diritto Processuale Civile*, vol. III, seconda edizione, Milano, 1954.
- RICCI, G.F., Intervento in AA.VV., *Corti europee e giudici nazionali, Atti del XXVII convegno nazionale, Verona 25-25 settembre 2009*, Bologna, 2011.
- RONCO, A., *La sentenza in conflitto con il giudicato precedente: revocazione, cassazione (e revocazione della cassazione)*, (nota a sentenza), in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 1722.
- ROTA, F., *Revocazione nel diritto processuale civile*, in *Digesto Discipline Privatistiche, sezione civile*, XXVII, 1991.
- SACCO, R., GAMBARO, A., MONATERI, P.G., *Comparazione giuridica*, in *Digesto Discipline Privatistiche, sezione civile*, vol. III, 1988.
- SICA, H.V.M., *Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano*, disponibile all'URL <http://www.judicium.it>, ultimo accesso in data 26.06.2019.
- TARUFFO, M., *La verità nel Processo*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2012, 1117.
- _____. *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2000, raccolto in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.
- _____. *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Il Foro Italiano*, 2001, raccolto in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.
- _____. *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, raccolto in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.
- TEDOLDI, A., *Sub art. 656 CPC*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, vol. VII, Torino, 2013.
- _____. *La delega sul procedimento di cassazione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2005.
- THEODORO Jr., H., *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- VERDE, G., Intervento in AA.VV., *Corti europee e giudici nazionali, Atti del XXVII convegno nazionale, Verona 25-25 settembre 2009*, Bologna, 2011.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

Pretensión declarativa en el Proyecto
de Código Procesal Civil y Comercial

Declaratory claims in the Bill for a new Code of Civil
and Commercial Procedure

José María Salgado

Professor of Procedural Law at the University of Buenos Aires, Argentina.
Vice-President of the Argentine Association of Procedural Law..

Resumen: El trabajo muestra como el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de 2019 omitió modificar la regulación de la acción declarativa, que desde 1967 posee errores evidentes. Con ello se perdió la oportunidad de mejorar el sistema de control de constitucionalidad en el ámbito federal en donde se importó el modelo estadounidense, en el marco de una tradición de *civil law* en el que no existe un mecanismo de obligatoriedad de los precedentes.

Abstract: This work shows how the Draft Code of Civil and Commercial Procedure of 2019 failed to modify the regulation of declaratory judgment, which since 1967 has obvious errors. This was a missed opportunity, to improve the constitutionality control system at the federal level, where the US model was imported, in the framework of a civil law tradition in which there is no binding mechanism for the precedents.

Palabras claves: Proyecto Código Civil y Comercial 2019, acción declarativa, sistema de control de constitucionalidad.

Keywords: Draft Code of Civil and Commercial Procedure of 2019, declaratory judgment, control of constitutionality.

I.-

El Proyecto de Código Civil y Comercial (en adelante el Proyecto) enviado en septiembre de 2019 al Honorable Senado de la Nación desde el Poder Ejecutivo, elaborado por una Comisión Redactora¹ en el marco del programa “Justicia 2020” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación debe ser todavía revisado, discutido ampliamente y, como se verá en este trabajo, en varios aspectos mejorado.

Es lo lógico que así sea, pues como toda obra humana puede ser perfeccionada, y muchas veces son necesarias muchas más horas de lectura, que aquellas que dispusimos en el marco de su elaboración, para advertir los defectos.

A continuación relevaré como ha sido regulada la “acción declarativa” en los arts. 443 y 444 del citado Proyecto.

II.-

El artículo 443, titulado “Acción declarativa”, proyecta lo siguiente: “Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual y no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. El juez resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiere el trámite pretendido, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida”.

El artículo siguiente señala “Trámite. Serán de aplicación las normas del proceso ordinario por Audiencias”

La lectura del precepto nos indica que, tan solo por unos pocos detalles, quedó tal y cómo es en la actualidad el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)². Sólo se ha eliminado del título, no del texto, la palabra “meramente”;

-
1. Integrada por Roland Arazi, Patricia Bermejo, Rubén Alberto Calcaterra, Gustavo Calvino, Hernán Calvo, Héctor, M. Chayer, Mabel de los Santos, Agustina Díaz Cordero, María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero, Adrián Patricio Grassi, Pablo Agustín Grillo Ciochini, Francisco Agustín Hankovits, Mario Kaminker, Ángela Ester Ledesma, Juan Pablo Marcet, Eduardo David Oteiza, Jorge Walter Peyrano, Jorge Armando Rojas, José María Salgado, Claudia Sbdar, Andrés Soto y Santiago Pereira Campos, quien además tuvo la función de facilitador.
 2. Art. 322. - Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una

también la condición que la lesión la sufra el actor. Se ha agregado que a su trámite se deben aplicar las normas del proceso ordinario por audiencias, aspecto inexistente en el CPCCN.

El origen de la norma proviene de la tradición hispana, que regulaba el “juicio de jactancia”. El Código de Procedimiento Civil y Comercial que rigió desde 1880 establecía: “La acción de jactancia es acordada contra toda persona capaz de ser demandada y que, fuera de juicio, se hubiera atribuido derechos propios a bienes que constituyen el patrimonio de un tercero”. “Si aquel contra quien se dirige la jactancia se negare a hacer la manifestación, la hiciera ambigüamente o reconociere la verdad de lo expuesto, el juez ordenará que dentro de diez días entable la acción que surge de los hechos expuestos, bajo apercibimiento que, de no hacerlo, caducará el derecho pretendido...” (arts. 425 y 428). Serantes Peña y Clavell Borrás al comentar esos artículos señalaban que en la práctica eran escasísimos los juicios de jactancia, ya que en general la insuficiente contestación a la intimación justificaba una demanda de resarcimiento³.

III.-

La regulación actual del art. 322 del CPCCN, si bien en su tiempo fue superadora de la “acción de jactancia”, fue desde siempre criticada. No sólo por la doctrina en general, sino que los yerros incluso fueron reconocidos, y débilmente justificados, por algunos de los redactores⁴ del ordenamiento sancionado en 1967⁵. Al tratarse de un texto idéntico, a no ser por las pequeñas salvedades ya mencionadas, es posible repasar aquellas críticas a efectos de verificar en qué medida mantienen vigencia, bajo una nueva lectura más de cincuenta años después de su redacción.

Los ideólogos del art. 322 reconocieron que el arribo del instituto al texto del CPCCN estuvo signado por la existencia de controversias dentro de la Comisión redactora respecto a la forma en que debía incorporarse. Afirmó uno de sus integrantes que se llegó a “soluciones mixtas por acuerdos eclécticos”⁶. Descripción bastante críptica, difícil de entender, aunque suficiente para advertir que si la norma no era redactada de la forma en que lo fue, probablemente hubiera sido objetada en el procedimiento de revisión, discusión y sanción.

relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

El Juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida.

3. Serantes Peña, Oscar y Clavell Borrás, Javier, Código Procesal Civil y Comercial, Depalma, Buenos Aires, 1957, p. 249.
4. Aquella Comisión redactora estuvo integrada por Lino E. Palacio, Carlos A. Ayarragaray, Carlos J. Colombo, Néstor D. Cichero, María Luisa Anastasi de Walter y José J. Carneiro.
5. B. O. del 7-11-67.
6. Ayarragaray, Carlos A. y De Gregorio Lavié, Julio, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, Zavalía, Buenos Aires, 1968, p. 360.

Como señalaba Carli, esto no releva la responsabilidad de los redactores respecto de un sensible error de técnica legislativa y de sistema sobre el que ahondaremos seguidamente⁷.

A) La ubicación metodológica del artículo 322 del CPCCN es errada, la del art. 443 del Proyecto también lo es. El primero está situado en la Parte especial, Libro II, Procesos de conocimiento, al referirse a las clases de procesos. Así, el Capítulo I establece el ordinario, el sumario y el sumarísimo (arts. 319, 320 y 321) y seguidamente aparece la “acción meramente declarativa”. El 443 se ubica en el Libro Segundo, Parte especial, Título IV. Allí se regulan los Procesos especiales, el capítulo 3 está dedicado a la “acción declarativa”.

¿Cuál es el problema se preguntará el lector? Como lo indicamos en el título de este trabajo, nos encontramos ante una pretensión declarativa y no ante una clase de proceso. ¿Qué es lo que eso significa?, que no existe un proceso meramente declarativo, sino que se trata del reclamo de esclarecer un estado de incertidumbre que, en el ordenamiento actual, podría tramitar por cualquiera de las estructuras procesales de conocimiento existentes⁸.

En esa línea de razonamientos, el título del artículo 322, Acción meramente declarativa, o el del art. 443, Acción declarativa, tampoco son acertados. Habrá una pretensión y una sentencia meramente declarativas, tendientes a develar un estado de incertidumbre sobre la existencia, los alcances o las modalidades de una relación jurídica. De ahí que desde hace mucho tiempo se ha señalado que lo correcto hubiera sido titularlo “Pretensión de sentencia meramente declarativa de certeza”⁹.

B) La expresión “lesión actual” contenida en la norma es contradictoria con el carácter preventivo de la pretensión, desde que la misma se dirige a despejar un estado de incertidumbre en un estadio previo al lesivo. Tan explícito es el error que difícilmente puede conjugarse la expresión “pudiera producir”, en modo potencial, con el significado presente de lo “actual”. La deficiencia en la conjugación del verbo se mantuvo medio siglo después. En realidad, la correcta interpretación para la vigencia del instituto, universalmente aceptada, es que lo actual debe ser el estado de incertidumbre¹⁰.

7. Carli, Carlo, *La demanda civil*, Lex, Buenos Aires, 1973, p. 41.

8. Reimundín afirma que dado el lugar en que fue legislado el instituto –Libro II, Procesos de conocimiento– debió ser titulado Proceso declarativo puro. Reimundín, Ricardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentarios y concordancias*, Zavallía, Buenos Aires, 1970, p. 575; en igual sentido Falcón, Enrique M., *Gráfica procesal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 35.

9. Salgado, Alí Joaquín, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, 1987, p. 210.

10. Carli, *La demanda civil cit.*, p. 50; Salgado, *Juicio de amparo cit.*, p. 211.

El factor determinante que condujo a una redacción con estas falencias en la regulación del instituto, como dijimos, fue la divergencia interna en la Comisión redactora de la ley 17.454. Sin embargo, ¿de donde provenían esas divergencias?, ¿por qué existía esa zozobra en la adecuada redacción de la norma?

Ayarragaray, miembro redactor, reveló que se pretendió mediante el artículo 322 “entrometer la demanda de inconstitucionalidad, por su carácter esencialmente declarativo ya que se otorga aun sin un perjuicio potencial, sino por la mera afectación futura [...] Mas la mayoría de la Comisión por razones de peso de orden circunstancial, la rechazó. Sin embargo, aquella tentativa permitió que se incluyera la frase ‘lesión actual’ que es propia de la institución en la Provincia de Buenos Aires, para demostrar que no había olvidado de esa materia en la Comisión...”¹¹.

Claramente, la incongruente redacción buscaba evitar la consagración de una vía de impugnación normativa que operara en abstracto en el ordenamiento federal. Dicho resultado, en el año 1967, respondía a un contexto histórico particular, en el cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no admitía la posibilidad de promover una pretensión declarativa de inconstitucionalidad.

Cuando el 20 de agosto de 1985, es decir más de 18 años después de que entrara en vigencia el CPCCN, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el caso “Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”¹², por primera vez reconoció jurisprudencialmente en el orden federal la viabilidad de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad como medio para controlar, en casos concretos, la constitucionalidad de las normas.

En la historia de la “acción declarativa” es un antecedente de gran relevancia porque marca el cambio del concepto de “caso” o “controversia” que se manejaba hasta ese entonces, alejándolo de la necesidad de que existiera una pretensión de condena y revalorando la función preventiva del instituto declarativo. Desde entonces la existencia de un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcances o modalidades de una relación jurídica, será suficiente para instar una pretensión declarativa, y cuando la incertidumbre se genere a raíz de la incidencia de una norma en un caso, podrá pedirse su revisión y/o invalidación en los tribunales.

La cuestión quedó fijada legalmente cuando el máximo tribunal sistematizó los presupuestos de la pretensión declarativa en el caso “Gomer”. Allí siguiendo el dictamen del procurador, estableció que la acción meramente declarativa está sujeta

11. Ayarragaray, Carlos A. y De Gregorio Lavié, Julio, p. 359.

12. CSJN, 20/8/85, “Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, E. D. 115-361, con nota de Bidart Campos, Germán J., Procedencia de la acción declarativa de certeza en jurisdicción federal.

a los requisitos de admisibilidad que determina el artículo 322 del CPCCN¹³. Esa es la interpretación que perdura hasta la actualidad.

¿Por qué es necesario este *racconto* histórico? Para advertir que los motivos que condicionaron a los legisladores de 1967 no se presentan en la actualidad, ya que la pretensión declarativa de inconstitucionalidad ha encontrado un cauce por la validación obtenida a raíz del cambio operado en la jurisprudencia de la CSJN. Ello no justifica entonces una regulación que, como queda claro, no es correcta.

C) ¿No disponer de otro medio legal para ponerle término inmediatamente?

Chioventa explicaba que “...no existe normalmente interés en accionar para la mera declaración de certeza, y no se debe admitir la respectiva acción, cuando la parte puede conseguir la certeza jurídica por otra vía, y precisamente en juicio de condena. La economía de los juicios se opone a que pueda accionar para la declaración de certeza quien está en situación de accionar con la acción de condena: igualmente el demandado no tiene necesidad de pedir en vía de reconvencción la declaración negativa de certeza, esto es, de la inexistencia de la deuda, ya que el mismo resultado puede obtener con la absolució¹⁴”.

En nuestra opinión la cuestión, en tanto enfoca al instituto como una acción, ha sido mal planteada. Ya explicamos que nos encontramos frente a una pretensión de sentencia declarativa, que a veces sirve para evaluar la constitucionalidad o convencionalidad de una norma. De tal suerte, no puede imponérsele al actor que esgrima una pretensión de condena si no es su voluntad hacerlo. El sistema dispositivo que rige nuestro ordenamiento procesal es contrario a ello.

Por lo tanto, entendemos, destacando que la norma no refiere a la idoneidad del otro medio procesal sino a la inmediatez para poner término a la incertidumbre, que es estrictamente facultativo de quien incoa una pretensión decidir si quiere extender la misma a la condena o prefiere limitarla a la mera declaración, en cuyo caso el proceso culminará con la misma sin dar lugar a una etapa de ejecución forzada del decisorio. Es la aplicación del razonamiento de que quien puede pedir lo mayor (declaración + condena), puede limitarse a solicitar lo menor (mera declaración)¹⁵.

Sin perjuicio de ello, quien así actúe deberá considerar que nuestro ordenamiento ritual prevé la existencia de cosa juzgada en casos de verificarse “...continencia,

13. CSJN, 3/2/87, “Gomer SA c/Córdoba, Provincia de”, E. D. 123-424. El fallo fue comentado por Morello, Augusto M., Precisiones en torno de la acción *mere* declarativa de constitucionalidad en el orden nacional, en E. D. 123-421 y por Bidart Campos, Germán J., ¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?, en E. D. 123-423.

14. Chioventa, Giuseppe, Ensayos de Derecho Procesal Civil, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1949, p. 144.

15. Morello entendía como posible acumular a la *mere* declarativa la pretensión de condena, dado que nada impide que la sentencia se haga cargo de ambas dándole respuesta adecuada Morello, Augusto M., Las posibilidades de la acción meramente declarativa, en L. L. Patagonia 2004-441.

conexidad, accesoriedad o subsidiariedad...” (art. 347, inc. 6º, CPCCN), con lo cual si se encontraba habilitado a pedir una condena determinada y no lo hizo, la decisión podría determinar –según cual fuere la interpretación que se haga del instituto– la clausura de la pretensión omitida por existencia de cosa juzgada implícita¹⁶. El Proyecto sólo se refiere, sin más, a “cosa juzgada” (art. 414, inc. f).

Pero volvamos a la frase, “... no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.” La redacción involucra, además, el esfuerzo extrajudicial del actor a fin de tratar de disipar la incertidumbre y que esa actividad conduzca a un resultado inmediato. Se trata de una conducta racional y esperable en toda persona que afronte un conflicto. Sin embargo, también abre vertientes interpretativas que fácilmente pueden calificar a la “acción declarativa” como restrictiva o residual que, como queda explicado, no resultan ni deseables, ni razonables. Este aspecto, desde el punto de vista del mejor uso del instituto, y a fin de evitar decisiones oclusivas, es mejor eliminarlo ya que no provee ningún beneficio y genera las dificultades anotadas.

D) ¿El juez resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiere el trámite pretendido (teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida)? O ¿Serán de aplicación las normas del proceso ordinario por Audiencias? Mediante esas oraciones, aunque con sentido prescriptivo, concluye el art. 443 y continua el art. 444.

Si el primer interrogante se refiere a la pretensión, dando cuenta de los casos de improponibilidad objetiva, sería bueno aclararlo. O quizás no decir nada y dejar que, como en todo proceso, el juez ejerza una facultad propia consistente en no receptor reclamos en los que desde su propuesta inicial puede advertirse su improcedencia jurídica.

En cambio, si por “trámite” interpretamos que se refiere al tipo de proceso, la afirmación queda en contradicción con el artículo siguiente que fija el proceso ordinario por audiencias. Sin embargo, esto último tampoco –al margen de la eventual contradicción– tampoco es correcto. En efecto, al tratarse de una pretensión declarativa y no de un proceso, reunidos los restantes presupuestos de cada especie en particular, tranquilamente podría ser postulada en el marco del proceso de amparo (art. 440 del Proyecto) o del proceso urgente (art. 438).

Además, si el sistema del Proyecto la define como un proceso especial –aspecto que consideramos errado–, ¿luego le fija el proceso ordinario por Audiencias?, tampoco parece lógica la secuencia.

16. Falcón entiende que no es posible recurrir a la vía de la acción meramente declarativa en caso de que el actor pueda solicitar una pretensión de condena Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Concordado. Anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, t. IV, p. 250.

La respuesta a estos interrogantes, pensamos, pasa por conceptualizar que se trata de un conflicto que podría solucionarse con una declaración de certeza y que, por ello, lo declarativo es la pretensión y no un tipo de proceso.

IV.-

¿Es necesario legislar la “acción” declarativa de certeza?

Llevando al extremo el análisis es posible decir que legislar un instituto denominado “acción declarativa” importa retrotraer el Derecho Procesal a una etapa superada en la que éste carecía de autonomía y era considerado un apéndice de procedimientos judiciales y práctica forense incorporado a los códigos materiales –esto fue así hasta mediados del siglo XIX¹⁷–. El surgimiento del concepto de acción como un concepto autónomo, algo distinto al derecho subjetivo, aparece a partir de la fractura entre el Derecho Público y el Derecho Privado, aunque el desarrollo de ese tema debemos dejarlo para otro momento¹⁸ y nos alcanza con definir a la acción como el derecho de acudir a la jurisdicción para pedir su injerencia cuando la persona lo considera procedente. Es una facultad independiente de su ejercicio y puede hacerse incluso sin razón, como sucede cuando la solicita aquel que la ejerce sin derecho¹⁹.

De todas maneras, aunque resulta muy habitual utilizar el concepto “acción” en sentido concreto, dando cuenta que se habla de la pretensión, no es ordenamiento procesal el mejor lugar para incurrir en esas confusiones terminológicas.

En ese contexto, así como no es necesario que el ordenamiento procesal prevea la “acción” de simulación, de nulidad o falsedad de un acto jurídico, de accidentes de tránsito, tampoco lo es establecer la especie pretensión declarativa.

Como sabemos, cualquier sentencia presupone la declaratividad sobre la existencia de un derecho; así mientras las *mere* declarativas preceden la consumación

17. “Para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo”. Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, B de F, Montevideo, 2002, p. 52.

18. Hasta ese entonces se pensaba, siguiendo la doctrina de Savigny, de acuerdo a la tradición histórica romana según la cual derecho subjetivo y acción son una misma cosa, se trata de una visión monista conforme la cual la acción no es más que una forma de hacer valer un derecho. De tal forma se intentaba reconstruir un sistema de derechos subjetivos derivados directamente de la persona humana; de allí que se recurra al sistema del Derecho Romano que era un sistema de acciones. La violación del derecho hacía surgir el germen de una obligación y por eso la acción era hija de la obligación. Savigny, M. F. C., Sistema de Derecho Romano actual, Góngora, España, vol. I, Nº 4; Vázquez Sotelo, José Luis, Reflexiones en torno de la acción procesal, XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, La simplificación procesal, 1997.

19. Chiovenda, Giuseppe, Ensayos de Derecho Procesal Civil, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1949, vol. I, p. 7; Guasp Delgado, Jaime, La pretensión procesal, Civitas, Madrid, 1981; Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. 1, p. 371.

de un daño y se agotan con la declaración misma, las restantes se complementan – además– con otros atributos como la condena o la constitución de un estado jurídico²⁰.

Volviendo en el tiempo al año 1967 no parece que resulte dudoso afirmar que, en ese momento, era necesaria la sanción de una norma que diera operatividad a una posibilidad de abordar conflictos en forma preventiva, ya que ello venía siendo continuamente negado en sus fallos por la CSJN. Por ello puede concluirse que, hace 50 años, por motivos de reconocimiento institucional resultaba necesario el diseño de un esquema jurisdiccional de carácter preventivo que receptara esa pretensión²¹.

Sin embargo, después del reconocimiento indudable en la jurisprudencia de la CSJN, esa necesidad ya no se presenta y, aún sin el art. 322 del CPCCN, o sin los arts. 443 y 444 del Proyecto, nadie dudaría en dar andamiaje a una pretensión declarativa de certeza, por la vía procesal que se considere más adecuada para hacerlo.

V.-

Hacia una evolución en el sistema de control de constitucionalidad.

La sanción de un nuevo ordenamiento es, antes que nada, una oportunidad. Especialmente para poner al día cuestiones adeudadas y para mejorar las inconsistencias conocidas. La lista de temas no incorporados en el texto del Proyecto es extensa: procesos colectivos, precedentes vinculantes, recursos repetitivos, etc. Se trata de mecanismos que brindan soluciones masivas y, por lo tanto, alivian el trabajo de los jueces en las causas individuales.

En lo tocante al tema de este comentario, la oportunidad que se abre con el Proyecto es darle un nuevo perfil a la acción declarativa, concretamente cuando es utilizada para controlar la constitucionalidad y/o convencionalidad de las leyes. Se trata de la vertiente concentrada y abstracta, incorporada en países de *civil law*, con culturas no muy distintas a la nuestra, que sería de enorme utilidad en nuestro sistema federal de control de constitucionalidad que, hasta el presente, siguió la matriz puramente difusa, proveniente del sistema norteamericano.

Lo sucedido en Brasil puede ser un ejemplo donde mirarnos. En el control de constitucionalidad tomó originariamente el sistema difuso, concreto e incidental al modo norteamericano²², con el tiempo incorporó la modalidad concentrada, abstracta y principal de vertiente austríaca²³, conformando un sistema mixto apto

20. En igual sentido respecto a la falta de necesidad de su legislación, Rivas, Adolfo A., Acción de inconstitucionalidad, ponencia presentada al XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de San Juan del 13 al 16-6-2001, libro de ponencias, t. II, p. 642, en L. L. 2001-E-1097.

21. Carli, La demanda civil cit., p. 46.

22. Artículo 5º, inciso XXXV, de la Constitución brasilera de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

23. Artículo 102, inciso I, de la Constitución de la República Federativa de Brasil: “Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole: 1.

para brindar, cuando el conflicto gira en torno al cuestionamiento de una norma, soluciones generales²⁴. A ello se suma la posibilidad de emitir precedentes formalmente vinculantes con efectos generales (*erga omnes*) por el Superior Tribunal Federal que son resumidos en sùmulas²⁵, conforme lo autoriza la Constitución²⁶.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires también puede ser un ejemplo a mirar, pues posee un sistema de control de constitucionalidad mixto por cuanto es posible mantener la supremacía de la Constitución mediante dos mecanismos que se complementan. Por una parte el ejercicio del control difuso y concreto que se encuentra en cabeza de todos los jueces ante la existencia de un caso o causa, destinado a normas locales y nacionales de carácter individual y general, donde eventualmente se puede utilizar la acción declarativa tradicional. Por otra, el que ejerce el Superior Tribunal de la Ciudad en forma exclusiva, concentrada y en abstracto, procedente para controlar únicamente los productos normativos locales de alcance general y con efectos invalidatorios de los mismos²⁷.

procesar y juzgar, originariamente: 1. la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales”.

24. Clève, Clémerson Merlin, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; Barroso, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004; da Silva Ramos, Elival, *Controle de Constitucionalidade no Brasil: Perspectivas de Evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010; Marinoni, Luiz Guilherme *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 707/1.199; Zavaski, Teori Albino, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, Revista dos Tribunais, 2012.
25. Ver Zaneti Jr, Hermes, *O valor vinculante dos precedentes. Teoría dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 3 Ed., JusProdivm, Salvador, 2017.
26. Enmienda Constitucional N° 45, que añadió el artículo 103-A de la Constitución brasileña. “El Supremo Tribunal Federal podrá, de oficio o a petición de parte, por decisión de dos tercios de sus miembros, después de repetidas decisiones sobre asuntos constitucionales, aprobar una sùmula que, desde su publicación en la prensa oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal así como proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida por la ley.”
27. Verdaguer, Alejandro C., *La acción de inconstitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires: su alcance y contenido a partir de la sanción de la ley 402 que regula su trámite ante el Superior Tribunal de Justicia*, en J. A. 2001-III-1304; Trionfetti, Víctor R., *Acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Demanda y reconvencción (segunda parte)*, en Revista de Derecho Procesal, N° 2004-2, Demanda y reconvencción – II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 271; id., en Derecho Procesal Constitucional cit., p. 75; *Sistemas complejos de control de constitucionalidad, ponencia presentada al XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de San Juan del 13 al 16-6-2001*, libro de ponencias, t. II, p. 681; Daniele, Nélica M., *Acción declarativa de inconstitucionalidad en el ordenamiento de la Ciudad de Buenos Aires*, en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo cit.*, p. 787; Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad cit.*, t. 1, p. 146; *El control abstracto de constitucionalidad según el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires*, en E. D. supl. de Derecho Constitucional, vol. 2000/2001; DÍAZ, Mariana, *La acción declarativa de inconstitucionalidad, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2003; Gil Domínguez, Andrés, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Eudeba, Buenos Aires, 1997; *Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires. Régimen procesal*, en L. L. 2001-159; Ibarlucía, Emilio A., *Reflexiones sobre el control abstracto de constitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, en E. D. 215-274.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

7

Entes organizados despessoalizados
e capacidade de ser parte:
grupos e associações de fato em juízo
(Art. 75, IX, do CPC)

Organisations without legal personality
and capacity of being parts of legal procedures:
groups and irregular associations (Art. 75, IX, CPC)

Carolina Uzeda

PhD candidate at the Federal University of Paraná (UFPR).
Masters of Laws at the Catholic University of São Paulo (PUC/SP).

Fernanda Medina Pantoja

Professor at the Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro, Brazil.

Marcela Kohlbach de Faria

PhD and Masters in Procedural Law at the Rio de Janeiro
State University (UERJ), Brazil..

Sofia Temer

PhD and Masters in Procedural Law at the Rio de Janeiro
State University (UERJ), Brazil..

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 avançou no reconhecimento de capacidade de ser parte a entes organizados despersonalizados e associações irregulares (art. 75, IX, do CPC), atestando que, mesmo sem personalidade, tais entes têm capacidade jurídica. Partindo de tal premissa, o artigo busca identificar agrupamentos que se enquadram no permissivo legal, para propor que, a partir da verificação de determinadas características, comuns a tais entes, lhes seja reconhecida amplamente a possibilidade de atuar em juízo, sobretudo para defesa de seus próprios interesses.

Abstract: The Brazilian Civil Procedural Code of 2015 advanced on recognizing the capacity of organisations without legal personality and irregular associations being parties to legal procedures (art. 75, IX of CPC), revealing that, even without personality, these entities have legal capacity. On this basis, the article aim to identify groups that fit in the applicable law, proposing that, upon verification of attributes shared by these entities, the possibility of their act in lawsuits be widely recognized, especially in order to defend their own interests.

Palavras-chave: Entes organizados despersonalizados. Capacidade de ser parte. Associações irregulares. Grupos. Personalidade judiciária.

Keywords: Organisations without legal personality. Capacity. Irregular associations. Groups. Judiciary personality.

Sumário: 1. Sujeitos de direito, capacidade jurídica e personalidade. 1.1. Capacidades específicas: capacidade de ser parte e capacidade processual. 1.2. Capacidade de ser parte e entes despersonalizados: o art. 75, IX, do CPC. 2. Grupos e associações de fato em juízo. 2.1. Dos grupos às associações irregulares: a quais entes doutrina e jurisprudência já reconhecem capacidade jurídica e capacidade de ser parte? 2.1.1. Povos e comunidades tradicionais. 2.1.2. Movimentos sociais. 2.1.3. Organizações profissionais. 2.1.4. Comissões de formatura, centros acadêmicos e associações (irregulares) de pais e mestres. 2.1.5. Grupos com finalidade esportiva e recreativa. 2.1.6. Organizações religiosas. 3. Elementos para a identificação de entes despersonalizados organizados e associações irregulares. 4. O grupo e suas situações jurídicas. 5. A representação dos grupos e associações de fato em juízo. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. SUJEITOS DE DIREITO, CAPACIDADE JURÍDICA E PERSONALIDADE

O art. 1º do Código Civil afirma que “*toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”. A redação induz a acreditar que apenas aqueles que possuem personalidade jurídica – as pessoas naturais e jurídicas – são sujeitos de direito e podem, portanto, titularizar situações jurídicas. No entanto, essa interpretação não é inteiramente adequada.

Os conceitos de capacidade jurídica e de personalidade não se confundem: há sujeitos que não são pessoas naturais ou jurídicas e, ainda assim, detêm capacidade. Afinal, a “capacidade jurídica está ligada à possibilidade de ser sujeito de direito”,¹ de modo que todo aquele que titulariza situações jurídicas tem capacidade (ou seja, é sujeito de direito), ainda que não possua personalidade.² Em suma, “todo aquele que possui personalidade, possui capacidade, não sendo possível afirmar o contrário”.³

É possível dizer, então, que há duas espécies de sujeitos de direito: os entes personalizados (que compreendem as pessoas naturais e jurídicas, nos termos dos arts. 2º e 40 do Código Civil) e os despersonalizados;⁴⁻⁵ ou seja, pessoas e não pessoas.⁶

1. “A capacidade jurídica, assim, constitui a aptidão para ser titular de direitos e deveres, na ordem jurídica” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito. Revista de Direito Privado*, vol. 3, p. 10).
2. “Não há exata e exauriente vinculação entre pessoa e capacidade, que é um conceito mais amplo do que a personalidade civil. Sujeito de direito é aquele que pode ser titular de situação jurídica, o que significa que nem todo sujeito de direito é uma pessoa. A personalidade leva à capacidade, mas não a esgota. Pode-se ter capacidade sem ter personalidade, mas sempre que houver personalidade haverá capacidade jurídica” (GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao art. 70*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 119).
3. EXPOSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 51.
4. OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. *Entes despersonalizados: controvérsias jurídicas e lacunas legislativas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2020, disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 19.5.2020; COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Vol. 2, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.
5. O tema é complexo. Há quem critique a própria existência dos entes despersonalizados, sobretudo porque o conceito abrangeria situações heterogêneas (FIÚZA, César. *Pequena abordagem crítica à teoria dos entes despersonalizados. Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 43, p. 65-72, fev. 2014), e quem afirme que há figuras denominadas de entes despersonalizados que, no entanto, se caracterizam apenas como patrimônio de afetação (massa falida e espólio) ou direito real (condomínio), desprovido de subjetividade, ou seja, de capacidade para ser sujeito de direito (OLIVA, Milena Donato. *Condomínio edilício de subjetividade: análise crítica da categoria dos entes despersonalizados*. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego (Org.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 349-374), e quem defenda que o termo “subjetividade” deve ser usado como aptidão para ser sujeito de direito (detida por pessoas naturais e jurídicas), com o objetivo de distingui-lo de “personalidade”, considerando sua concepção como “o conjunto de características e atributos da pessoa humana”, “objeto de proteção prioritária pelo ordenamento”, restrita às pessoas naturais: (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Teoria geral do direito civil*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 111-112). Merece destaque, ainda, a doutrina que entende que é indissociável o trinômio pessoa-personalidade-capacidade de direito, para concluir que os entes atípicos – usualmente denominados de despersonalizados – são em realidade pessoas de um terceiro gênero: EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016. Fredie Didier Jr. aponta que não há “nenhuma, ou quase nenhuma” diferença entre sujeito-pessoa e sujeito-não-pessoa: DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117.
6. A despeito da controvérsia sobre a própria categoria dos entes despersonalizados, a principal diferença entre sujeito de direitos e pessoa seria que a pessoa tem uma permissão genérica para a prática de atos (princípio da legalidade ampla), enquanto aos entes despersonalizados se aplicaria “a legalidade

1.1. Capacidades específicas: capacidade de ser parte e capacidade processual

Se, por um lado, a capacidade jurídica está relacionada à possibilidade de ser sujeito de direito, “há outras capacidades relacionadas à possibilidade de exercer esse direito, responder por obrigação ou praticar conduta idônea a compor suporte fático de fato jurídico. São chamadas capacidades específicas”.⁷ Em outras palavras, há um sistema de capacidades, “havendo um nexo que as relaciona entre si e tem como origem e fundamento a capacidade jurídica”,⁸ de modo que apenas pode haver capacidade específica onde houver capacidade jurídica.⁹

Partindo-se da premissa exposta acima quanto à capacidade jurídica, é possível afirmar que tanto pessoas quanto entes despersonalizados (=sujeitos de direito) podem deter capacidades específicas.

Cumpre, então, analisar de forma mais detida duas capacidades específicas relevantes para o presente estudo, quais sejam, a *capacidade de ser parte* e a *capacidade processual*.¹⁰

estrita: tudo é proibido, salvo lei, costumes ou princípios jurídicos”, ou seja, possuem “capacidade de direito limitada a atividades estritamente vinculadas à sua natureza e à sua finalidade” (OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. *Entes despersonalizados: controvérsias jurídicas e lacunas legislativas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2020, disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 19.5.2020). Ou seja, “em relação aos sujeitos despersonalizados, não existe autorização genérica para o exercício dos atos jurídicos; eles só podem praticar os atos essenciais para o seu funcionamento e aqueles expressamente definidos” (COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Vol. 2, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28. Nesse sentido, tratando de associações: “Todas as associações em sentido estrito registradas seriam dotadas de capacidade de direito e das mais diversas capacidades específicas, sobretudo para a prática de atos e negócios jurídicos. As associações em sentido estrito não registradas, por sua vez, seriam dotadas de capacidade de direito, sendo-lhes reconhecidas, apenas e tão-somente, as capacidades específicas para o desenvolvimento das atividades compatíveis com o ordenamento jurídico independentemente do prévio registro” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2006, p. 193).

7. MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*, vol. 3, p. 10. O autor exemplifica com a capacidade de agir, que compreende a capacidade negocial e a capacidade de praticar ato ilícito civil, por exemplo; a capacidade política; a capacidade de ser parte; a capacidade processual, dentre outras.
8. MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*, vol. 3, p. 9.
9. “Ser ou não sujeito de direito é questão que não comporta relativização: ou se é sujeito de direito, porque o Direito reconhece a possibilidade de titularizar situações jurídicas, ou não se é sujeito de direito. Não se pode ser sujeito de direito para algumas situações, e não ter capacidade jurídica para outras. A capacidade de exercício pode ser dividida em absoluta e relativa: pode-se estar autorizado a praticar determinado ato jurídico sozinho e não ter autorização para praticar, sem representação, outro ato jurídico. A capacidade jurídica, diversamente, ou se tem ou não se tem – *tertium non datur*” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 119).
10. A análise da capacidade no âmbito do processo costuma ser dividida pela doutrina em: capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade postulatória. A capacidade postulatória, ou

A *capacidade de ser parte* diz respeito à possibilidade de o sujeito figurar em uma relação jurídica processual.¹¹⁻¹² É pressuposto inerente a todo aquele que tem capacidade jurídica:¹³ quem tem a aptidão de ser titular de situações jurídicas é titular de pretensão à tutela jurídica. E o tão-só fato de o sujeito deter capacidade de ser parte (uma das capacidades específicas) faz com que tenha capacidade jurídica e seja, por isso, sujeito de direito.¹⁴

Pode-se afirmar, então, que “a atribuição de capacidade de ser parte a todo ente que possa ter um interesse juridicamente tutelado é decorrência do direito fundamental à inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito, previsto no inciso XXXV do art. 5º da CF/88”.¹⁵ A capacidade de ser parte é inerente ao próprio sujeito de direito e, portanto, um atributo pré-processual.¹⁶

postulacional, é exigida para alguns atos processuais e corresponde a uma capacidade técnica, sem a qual não é possível a realização válida do ato: “A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e de responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, os defensores públicos e os membros do Ministério Público e, em alguns casos, as próprias pessoas não advogadas, como nas hipóteses dos Juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários-mínimos, das causas trabalhistas e do *habeas corpus*)” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 22ª ed.. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 429-430). A capacidade postulatória não será objeto do presente estudo.

11. “A capacidade de ser parte constitui pressuposto para que alguém possa figurar, como parte, em relação jurídica processual, seja na condição de autor, de réu ou de terceiro interessado (=assistente, embargante, oponente ou, apenas recorrente), de modo que somente quem a tem pode ir a juízo” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito*. *Revista de Direito Privado*, vol. 3, p. 26).
12. Adotaremos no artigo o termo capacidade de ser “parte” em razão de sua carga teórica, sem desconsiderar a controvérsia sobre os termos “parte” e “terceiro”. O termo “parte” será usado para se referir aos variados sujeitos que integram a relação processual, independentemente da posição e do interesse que ostentam, incluindo, por exemplo, o *amicus curiae* (de que trataremos abaixo). Ver, sobre o dissenso terminológico e seu impacto na sistematização do tema: TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 34-42.
13. “No mundo de hoje, entretanto, somente *in abstracto*, seria admissível falar-se da possibilidade da ocorrência de situação em que alguém tenha, apenas, capacidade jurídica, sem ter qualquer outra capacidade, porque, *in concreto*, quem é titular de capacidade jurídica tem sempre, ao menos, mais uma capacidade específica: a capacidade de ser parte, em face de serem coextensivas, ao menos no Direito brasileiro” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito*. *Revista de Direito Privado*, vol. 03, p. 11-12).
14. MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito*. *Revista de Direito Privado*, vol. 3, p. 12; EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016.
15. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120.
16. “Ter capacidade de ser parte é ser titular de pretensão à tutela jurídica. A pretensão à tutela jurídica, apesar de referir-se, especificamente, a matéria processual, porque diz respeito ao direito de provocar a jurisdição estatal no sentido de obter a prestação jurisdicional, que, no Brasil, resulta da incidência do art. 5º, LXXXV e LV, da Constituição de 1988, é de direito material e pré-processual,

Na linha do que foi dito acima, não só as pessoas – naturais e jurídicas – têm capacidade de ser parte, mas também a possuem alguns entes despersonalizados.¹⁷ O direito, em variadas situações, permite que determinados entes despersonalizados figurem em juízo.¹⁸⁻¹⁹ A esses entes é também reconhecida a qualidade de sujeito de direito, pelos motivos expostos acima.

A *capacidade processual*, por sua vez, constitui “a aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência ou representação (pais, tutor, curador etc.), pessoalmente, ou por pessoas indicadas pela lei, tais como o síndico, o administrador judicial, o inventariante (art. 75 do CPC)”.²⁰ Usualmente, quem tem capacidade civil tem capacidade processual.²¹

porque existe antes do processo, constituindo pressuposto para que se possa invocar a proteção da jurisdição estatal. Por isso, a capacidade de ser parte tem natureza de direito material, não processual” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito. Revista de Direito Privado*, vol. 3, p. 27); “A quem o direito concede capacidade de ser parte, sempre haverá. Não há meia capacidade” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 114-115).

17. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117. “É fundamental fixar que possuem capacidade de ser parte todos aqueles a quem o direito material atribui personalidade e também os entes despersonalizados que sejam titulares de direitos” (GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao art. 70*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 119-120, grifou-se).
18. “No sistema jurídico brasileiro, também é atribuída, em particular, a alguns entes que não são pessoa, como a sociedade não-personificada, a sociedade irregular, o espólio, a massa falida, o condomínio, as heranças jacente e vacante, o nascituro, o *nondum conceptus*, o Ministério Público” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito. Revista de Direito Privado*, vol. 3, p. 26-27); “O direito processual, visando a facilitar o acesso à justiça, conferiu capacidade de ser parte a entes de outra categoria, que não possuem personalidade jurídica, mas têm o que se tem denominado de *personalidade judiciária*. Assim, podem também figurar no processo como partes o condomínio, a sociedade sem personalidade jurídica, a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, etc. Os três últimos são universalidade de bens ou de pessoas a que a lei confere a possibilidade de postular em ou serem demandados em juízo” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 331). No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu. Disponível em https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015_. Acesso em 12.8.2020; e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
19. Não há novidade nisso. O ordenamento brasileiro, inspirado pelo direito romano, previa que o escravo, por exemplo, apesar de não ser dotado de personalidade, podia demandar em juízo nas causas relacionadas ao matrimônio, nas concernentes à sua liberdade e nas de notório interesse público: MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1866. 1v, p. 62. Também mencionando o exemplo dos escravos e identificando a evolução do conceito de pessoa e a sua juridicização como o ser a quem se atribuem direitos e obrigações: EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016, p. 29-31.
20. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 22ª ed.. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 411.
21. Mas não necessariamente. É o que ocorre, por exemplo, com os cônjuges que, em alguns casos, sofrem mitigações em sua capacidade processual (art. 73 do CPC): DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais*

Por fim, é preciso diferenciar a capacidade de ser parte da *legitimidade*. Enquanto a primeira constitui atributo genérico,²² a segunda é atributo específico, pois sempre diz respeito a determinada situação concreta.²³ Trata-se de situação jurídica que apenas pode ser titularizada por sujeitos que detêm capacidade jurídica.²⁴ O exame da capacidade é feito *a priori*, enquanto a legitimidade pressupõe a análise da posição jurídica do sujeito face a um determinado ato jurídico. Por isso, a legitimidade é sempre *ad actum*.²⁵

e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 134. Nesse sentido: “a capacidade civil e a processual são capacidades distintas, podendo, teoricamente, receber tratamento diverso por parte do legislador” (ALVIM, Thereza. O direito processual de estar em juízo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 1). Ainda: “há capacidade de ser parte, inclusive, para discutir a capacidade de direito material.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1º a 45*. Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 301).

22. “Feita essa distinção, não é correto dizer que um órgão, como a Câmara de Vereadores, só tem capacidade de ser parte para algumas situações, que dizem respeito à proteção dos seus interesses. Não se tem capacidade de ser parte para alguma coisa, tem-se ou não capacidade de ser parte, que é atribuída exatamente porque há situações em que é preciso que o órgão vá a juízo defender os seus interesses” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 124).
23. “Todo sujeito de direito pode ser parte, mas ninguém é parte legítima para todas as causas. Todos podem demandar em juízo, mas ninguém está autorizado a levar, legitimamente, todas as situações concretas à apreciação do Poder Judiciário” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 124). No mesmo sentido: ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 47. É lição corrente que “a legitimidade ativa, no processo, resulta ou da real inserção do autor numa lide existente tal como retratada na inicial, ou da afirmação deste quanto à sua situação nessa lide” (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 83).
24. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Primeiras reflexões sobre a legitimidade processual no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 305. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 63-82.
25. “Se a legitimidade é um atributo transitivo, verificado em relação a um determinado estado de fato, pensamos que, a partir do conceito de situação legitimante, enquadrado no pano de fundo da relação processual dinâmica, é possível reduzir a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, vale dizer, não mais em um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a *legitimatío ad causam*), mas referente ao ato processual específico (a *legitimatío ad actum*)” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, vol. 404, ano 105, jul-ago/2009, p. 9-10). Cândido Rangel Dinamarco já afirmava que: “a exigência de *legitimatío* não se refere exclusivamente à propositura de demandas em juízo, mas constitui acima disso uma regra de larga abrangência e direcionada a todos os atos a serem realizados pelas partes no processo. Tal é a legitimidade *ad actum*, que merece tanta atenção quanto a legitimidade *ad causam*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 127). No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 22ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020, p. 469-472. Tal concepção é em muito reforçada pela redação do art. 17 do CPC de 2015, e foi adotada em: TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.

1.2. Capacidade de ser parte e entes despersonalizados: o art. 75, IX, do CPC

É possível sintetizar o que foi exposto da seguinte forma: sujeitos que titularizam situações jurídicas – independentemente de sua personalização – podem participar do processo judicial. Há, no entanto, uma importante indagação: quem são esses sujeitos?

O art. 75 do CPC²⁶ (que repete, em grande medida, o art. 12 do CPC de 1973)²⁷ auxilia nessa identificação: são entes despersonalizados capazes de ser parte, por exemplo, a massa falida,²⁸ a herança jacente ou vacante, o espólio²⁹ e o condomínio.³⁰

26. “Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) V - a massa falida, pelo administrador judicial; VI - a herança jacente ou vacante, por seu curador; VII - o espólio, pelo inventariante; (...) IX - a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens; (...) XI - o condomínio, pelo administrador ou síndico. § 1º Quando o inventariante for dativo, os sucessores do falecido serão intimados no processo no qual o espólio seja parte. § 2º A sociedade ou associação sem personalidade jurídica não poderá opor a irregularidade de sua constituição quando demandada”.
27. “Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) III - a massa falida, pelo síndico; IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador; V - o espólio, pelo inventariante; (...) VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; (...) IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico. § 1º Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte. § 2º- As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição.” O CPC de 1939 tinha previsão de participação em juízo, no que toca aos entes despersonalizados, apenas da massa falida e da herança (art. 85).
28. “A massa falida não tem personalidade jurídica própria, mas o Código reconhece a essa universalidade de bens a capacidade de *ser parte*. Ela é representada pelo administrador, nos termos do art. 22, III, c, da Lei n. 11.101” (SALLES, Carlos Alberto de. Comentários ao art. 75. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 416). Simone Eberle defende que a massa falida, como tem capacidade de ser parte, tem capacidade e por consequência personalidade, sendo uma pessoa de terceira classe (para além das pessoas naturais e jurídicas). Sua concepção se aplica também aos demais entes “despersonalizados”: EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016, p. 54-60.
29. “O espólio é exemplo clássico, pois representa o conjunto de bens deixados por uma pessoa falecida e, embora não seja uma pessoa, pode ter direitos e deveres. Contra o espólio podem ser dirigidas ações judiciais, por exemplo, para cobrar dívidas deixadas pelo finado. O inventariante é o “administrador” do espólio” (OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. *Entes despersonalizados: controvérsias jurídicas e lacunas legislativas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2020, disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 19.5.2020).
30. Há bastante controvérsia a respeito do reconhecimento de personalidade aos condomínios, sobretudo à luz do Enunciado n. 90 das Jornadas de Direito Civil, embora a posição do STJ seja no sentido de afastar a sua personalidade: STJ, REsp 1736593, 3ª T., Rel. Nancy Andrighi, DJe 13.2.2020. Defendendo a natureza de direito real do condomínio edilício, desprovido de subjetividade: OLIVA, Milena Donato. Condomínio edilício de subjetividade: análise crítica da categoria dos entes despersonalizados. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego (Org.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 349-374. Destacando os problemas decorrentes da natureza de ente despersonalizado do condomínio, sobretudo à luz da (errônea) equiparação dos conceitos de sujeito de direito e pessoa: FRONTINI, Ana Paula. Titularidade de direitos imobiliários por entes despersonalizados: paradoxo no ordenamento jurídico pátrio. *Revista de direito imobiliário*, vol. 83, jul.-dez.2017, p. 33-47. Defendendo que o condomínio é pessoa (de terceira categoria), sobretudo porque pode adjudicar unidades autônomas,

Além desses consagrados exemplos, lei, doutrina e jurisprudência passaram a reconhecer *personalidade judiciária* (=capacidade de ser parte), a variados entes não personalizados. É o caso (i) do Ministério Público e da Defensoria Pública;³¹ (ii) de Assembleia Legislativa e Câmara de Vereadores;³² (iii) de Tribunais de Justiça e Tribunais de Contas;³³ (iv) dos consórcios (art. 3º, Lei nº. 11.795/2008);³⁴ (v) dos fundos de investimento (arts. 1.368-C ao 1.368-F do Código Civil);³⁵ (vi) do navio;³⁶ dentre outros. Tais exemplos atestam a afirmação acima: havendo sujeito titular de situações jurídicas, haverá capacidade de ser parte, independentemente de sua personalização.

A grande novidade no tema, a nosso ver, decorre de modificação do texto legal, operada pelo CPC/2015: além de o artigo 75 ter repetido os entes despersonalizados há

o que revela sua capacidade jurídica: EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016, p. 79-80

31. STF, AgReg na Suspensão de Liminar n. 866, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 13.9.2019.
32. STJ, RMS nº 8967-SP, Primeira Turma, Rel. para o Acórdão Min. José Delgado, julg. em 19.11.1998; STJ, AgInt no AREsp n. 1.304.251, 1ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 2.4.2019.
33. “Tribunais de justiça. Personalidade judiciária. Possibilidade de estarem em juízo somente para a defesa das prerrogativas institucionais, concernentes à sua organização ou ao seu funcionamento” (STJ, AgRg no Resp nº. 700.136, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 24.8.2010); Tratando da atuação dos TCU: “O entendimento da Suprema Corte é no sentido de se reconhecer a personalidade judiciária dos órgãos da Administração Pública destituídos de personalidade jurídica própria quando o interesse no qual se fundamentar a pretensão deduzida em juízo respeitar ao exercício de suas competências ou prerrogativas funcionais. Precedentes. Legitimidade excepcional verificada no caso dos autos” (STF, Terc. Ag. Reg. em MS n. 32.703, 2ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 10.4.2018). Destacando a possibilidade de atuação dos Tribunais de Contas: SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Capacidade processual de entes despersonalizados. *Revista de Processo*, vol. 56, out.-dez. 1989, p. 202-207.
34. STJ, AgInt no Edcl no REsp nº. 1.760.178, Quarta Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 30.3.2020.
35. “O Fundo de Investimento, desde que devidamente constituído sob a forma de condomínio, administrado e representado por instituição financeira, embora não tenha personalidade jurídica, tem capacidade processual” (TJSP, AI 2154023-11.2016.8.26.0000, 21ª C.D.Priv., Des. Rel. Itamar Gaino, julg. 24.10.2018); “O fundo tem natureza de condomínio e, apesar de não possuir personalidade jurídica, apresenta capacidade processual e é representado por sua administradora” (TJSP, AI 2083728-46.2016.8.26.0000, 37ª C.D.Priv., Des. Rel. Pedro Kodama, julg. 7.3.2017).
36. Art. 28 do Decreto-Lei nº 352/86 (Convenção Internacional dos Direitos do Mar): O navio que efetua o transporte responde perante os interessados na carga nos mesmos termos em que responderia o transportador e a sua representação em juízo deve ser feita pelo proprietário, capitão ou seu substituto, ou ao agente de navegação que requereu o despacho do navio. Direito equivalente é reconhecido ao navio nos Estados Unidos: no caso *United States v. Cargo of the Bring Malek Adhel*, reconheceu-se a responsabilidade por atos ilícitos um navio que havia sido apreendido e utilizado por piratas, sem o conhecimento dos donos do navio, os quais objetaram a responsabilização do navio pelos atos praticados. A objeção foi negada pelo Chief Justice sob o fundamento de que não se tratava de uma demanda contra os donos do navio, mas contra o próprio navio, sendo que não se pode afastar a ocorrência do ato ilícito pelo fato de o mesmo ter sido cometido contra a vontade do dono. V. referência ao caso em: STONE, Christopher D. Should trees have standing? – toward legal rights for natural objects. *Southern California Law Review*, 45, 1972.

muito reconhecidos, passou a enunciar que terão capacidade de ser parte “a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica” (art. 75, IX, grifou-se). A grande distinção em relação ao Código de Processo Civil de 1973 é que este, no art. 12, VII, apenas se referia às “sociedades sem personalidade jurídica”, figura bem mais limitada.³⁷

O inciso IX do art. 75 do CPC torna mais evidente e tenta sanar, portanto, a “crise do sistema da pessoa jurídica”³⁸ e a própria assimilação entre personalidade e capacidade jurídica.

As possibilidades decorrentes do art. 75, IX, do CPC são amplísimas: trata-se de uma cláusula aberta para admitir que *entes despersonalizados organizados*, ainda que não pré-identificados (ou tipificados), integrem relações processuais e defendam os interesses relacionados às suas situações jurídicas no Judiciário.³⁹ Trata-se de uma ode

-
37. Eduardo Talamini, ainda na vigência do CPC/73, notou a insuficiência do art. 12, tendo ressaltado que “o rol de entes despersonalizados com capacidade de ser parte não está exaurido no art. 12 do CPC” (TALAMINI, Eduardo. Partes e terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016/2009). *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 80. São Paulo, 2009, p. 33-51).
38. “O art. 75 do NCPC ocupa-se da capacidade processual; porém, ao estipular representantes, indiretamente atribuiu personalidade processual a entes sem personificação. Logo, a personalidade material e a personalidade processual não equivalem em extensão. Razões de ordem prática tornaram a esta mais ampla. Os patrimônios autônomos, grupos de pessoas e pólos de interesses sem personificação material, mas dotados de personalidade processual, são os seguintes: (...) (d) as sociedades de fato ou irregulares e, genericamente, ‘entes organizados sem personalidade jurídica’. O condomínio (horizontal ou de unidades autônomas) tem personalidade no direito material. Ao arrolar esses entes no art. 75, o legislador atentou ao fato de as comunidades não personalizadas titularizarem direitos e obrigações, apesar de faltar-lhes personificação formal no plano material. As comunidades de fato, patrimônios autônomos e as organizações sociais - por exemplo, o Movimento dos Sem-Terra (MST) - têm personalidade processual. Se há conflito entre a tese de um ente sem personalidade titular direitos - e, no caso sob exame, inclusive do magno direito à tutela jurídica do Estado - e a noção de personalidade civil, manifesta-se crise aguda do sistema da pessoa jurídica, reclamando urgente remodelação” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, v. II: parte geral: institutos fundamentais: Tomo 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105 e 127, grifou-se).
39. “O CPC-2015 agora também menciona ‘outros entes organizados sem personalidade jurídica’. Trata-se de uma cláusula aberta para permitir – a advogados e juizes – a inclusão em juízo de outros entes sem personalidade jurídica. Assim, o rol de entes despersonalizados que recebem capacidade de ser parte pela lei deixou de ser taxativo para ser exemplificativo” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Teoria geral do processo*. Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Forense, 2015, p. 244, grifou-se); “O CPC expressamente arrolou alguns entes despersonalizados no art. 75, mas isso não esgota todas as possibilidades, especialmente porque a capacidade de ser parte (...) não se confunde com a personalidade jurídica. Assim, grupos tribais e comunidades indígenas, órgãos de defesa do consumidor, Conselhos Tutelares, Tribunais de Contas etc., possuem capacidade de ser parte e as respectivas representações ou apresentações decorrerão de atos normativos específicos e até dos costumes, como no caso indígena” (GODINHO, Robson Renault. Comentários ao art. 70. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 137, grifou-se).

à liberdade de associação, viabilizando que, independentemente de registro, esses sujeitos se façam presentes perante o Judiciário.

Afinal, ao lado do instinto gregário do *homo sapiens*,⁴⁰ a liberdade de associação assegurada pela Constituição da República (arts. 5º, XVII, 8º, 174, §2º) encerra o enunciado de um verdadeiro modelo de organização social, mediante a criação de corpos sociais capazes de apoiar os propósitos perseguidos pelos indivíduos e pelo Estado.⁴¹

É importante reconhecer, portanto, os diversos tipos de formações sociais, porque imprescindíveis à manifestação da democracia contemporânea,⁴² fundada na interação entre o Estado e a sociedade civil, nos quais estão compreendidos “dos sindicatos de trabalhadores às corporações empresariais e às ordens de diversas profissões, dos partidos às entidades de lobby de toda espécie, das sociedades de moradores às associações ambientalistas, dos centros de estudo de agrupamentos religiosos, das minorias organizadas aos movimentos feministas”.⁴³

As relações jurídicas atuais são sabidamente complexas, a determinar a diversidade das formações sociais, e a lei é normalmente incapaz de apreender essa realidade plural associativa.⁴⁴ A personificação, que se dá mediante o registro, serve apenas para reconhecer uma realidade já existente, e que não pode ser ignorada pelo Direito, especialmente porque se permite aos grupos e associações irregulares “o desenvolvimento de determinadas atividades na vida em sociedade que não poderiam (e, talvez, nem deveriam) ficar circunscritas ao indivíduo isolado”.⁴⁵

40. Identificando que o sentimento gregário sempre povoou os relacionamentos sociais, e que os homens sempre ensaiaram formas de convivência comunitária, conjugando esforços e recursos na busca de objetivos comuns: EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016, p. 32-34.

41. Nesse contexto, e diante da crise do Estado como prestador eficiente dos serviços públicos, assistiu-se, por exemplo, ao crescimento dos entes que integram o Terceiro Setor. As entidades de organização social sem fins lucrativos (que normalmente assumem a forma de associações ou fundações) têm natureza privada, mas recebem proteção e estímulo da administração pública exatamente em razão do declarado interesse social e da utilidade pública dos serviços que prestam. A Lei n. 9.637/98, que disciplina as ONGs e a Lei n. 9.790/99, que trata das OSCIPs, incentivam a necessária tomada de espaços e responsabilidades pelas organizações civis: MAIELLO, Anna Luiza Duarte. *Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2012, p. 64-65.

42. Sobre a relação entre os movimentos associativos e a democracia, vide: NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; MACHADO, Joana de Souza. Pessoa e liberdade de associação: o tensionamento democrático das relações privadas. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; ALMEIDA, Vitor Almeida (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 115-123.

43. STF, MS 20936, Rel. para acórdão Min, Sepúlveda Pertence, julg. 8.11.1989.

44. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2006, p. 85.

45. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2006, p. 195. Aplicando o mesmo raciocínio às sociedades

Justamente por esse motivo, a capacidade de ser parte (relacionada à garantia fundamental de acesso à justiça) não pode ficar restrita aos entes personificados e àqueles não personificados tipificados na legislação.

O art. 75, IX, do CPC reconhece e regulamenta tal realidade: ao aludir também a “outros entes organizados sem personalidade jurídica”, o dispositivo adere a uma noção ampla do fenômeno associativo, que abarca qualquer espécie de formação social minimamente organizada, voltada à consecução de um fim específico, e cujas dimensões podem variar, no amplo espaço entre o indivíduo e a sociedade.

2. GRUPOS E ASSOCIAÇÕES DE FATO EM JUÍZO

Não é de hoje que se discute a presença de grupos despersonalizados e associações de fato em juízo.⁴⁶

O art. 75, IX, do CPC, possibilita, no entanto, um novo olhar sobre o tema.

Esse novo olhar, é importante dizer, não se limita ao regramento próprio da tutela coletiva ou com a defesa de direitos dos membros do grupo em juízo.⁴⁷

Afinal, considerá-los sujeitos de direito pressupõe admitir que, para além de sua função social e/ou relacionada à defesa de interesses seus integrantes,⁴⁸ os grupos e associações irregulares possuem direitos e obrigações *próprios*. O art. 75, inciso IX, permite vislumbrar uma ampla variedade de grupos organizados em juízo *para defesa de seus próprios interesses*. É disso que tratamos no presente artigo, sem descuidar da constatação de que o dispositivo legal autoriza a atuação de grupos despersonalizados em ações coletivas.⁴⁹

irregulares, afirmando que “não é a aplicação pelo legislador de um determinado título que possibilita a transformação de uma realidade em outra”, e que “a personalidade [para nós, capacidade] existe para além dos muros da inscrição dos atos constitutivos em registro”: EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016, p. 67-75.

46. De acordo com Fredie Didier Jr., “é muito difícil imaginar um ente minimamente organizado a quem já não se tenha atribuído a aptidão de ser parte” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 119).
47. V., sobre o tema: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 51-105; TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo coletivo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 109-131; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, vol. 39, 1985, p. 55-77.
48. WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, vol. 34, 1984, p. 197-206.
49. A relação entre essa conclusão e o art. 5º, V, da Lei nº. 7.347/85 não será enfrentada no presente artigo, que visa a analisar sobretudo a atuação de grupos despersonalizados em defesa de interesses próprios.

2.1. Dos grupos às associações irregulares: a quais entes doutrina e jurisprudência já reconhecem capacidade jurídica e capacidade de ser parte?

Para que se possa admitir a presença de grupos ou associações irregulares em juízo, a primeira premissa que se coloca é a dispensabilidade de previsão legal que confira a determinado agrupamento especificamente identificado a possibilidade de ir a juízo.⁵⁰ O art. 75, IX, do CPC já confere às “associações irregulares” e “entes organizados sem personalidade jurídica” capacidade de ser parte, o que se alinha com a tendência de atipicidade que se verifica no Código como um todo.⁵¹

Mas é preciso identificar parâmetros para a configuração de “associações irregulares” e “entes organizados sem personalidade jurídica”, permitindo que tais sujeitos atuem em juízo. Para tanto, abordaremos exemplos de entes despersonalizados que já integram relações processuais, identificando, ao final, características comuns aptas ao desenvolvimento de um “modelo” ou “matriz” que possa auxiliar tal identificação.

Embora a maior parte dos exemplos hoje presentes na doutrina e na jurisprudência seja relacionada à tutela coletiva (para defesa de interesses alheios e dos membros do grupo), não é possível negar que grupos despersonalizados também titularizam situações jurídicas relacionadas aos seus próprios interesses – firmam contratos, exercem posse,⁵²

50. Fredie Didier Jr. já defendia, antes do CPC/2015, que não havia necessidade de previsão legal específica para que os entes sem personalidade jurídica pudessem estar em juízo, bastando que houvesse uma organização que permitisse a sua participação no processo: DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 124.

51. Por exemplo, criticando a excessiva tipicidade das intervenções de terceiro no CPC de 1973: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 200, out/2011, versão digital. Assinalando que o CPC de 2015 caminhou da tipicidade para a atipicidade em temas relativos como o do saneamento processual (art. 338), o que poderia ser ampliado para outras formas de participação no processo judicial: TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 167-182. Destacando o regime de atipicidade relativo à legitimidade extraordinária no CPC de 2015, à luz do art. 18: GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Novos paradigmas da jurisdição*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019, p. 482. A tendência de atipicidade também pode ser verificada no que tange: (i) aos negócios processuais, por força da cláusula geral prevista no art. 190. Sobre o tema: NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2020; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2018; e (ii) às medidas executivas atípicas, previstas no art. 139, IV, do CPC. Sobre o tema: TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coordenadores). *Medidas executivas atípicas*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p.27-68; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coordenadores). Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. In: *Medidas executivas atípicas*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 329-370.

52. Reconhecendo a possibilidade de sociedade de fato compute o tempo de posse de imóvel para fins de aquisição de propriedade por usucapião, ainda que venha a ser registrada apenas posteriormente,

instituem e cobram contribuições,⁵³ movimentam recursos financeiros,⁵⁴ fornecem e comercializam produtos e serviços,⁵⁵ podem ser negativados,⁵⁶ possuem marca, site, redes sociais.

Em ambas as hipóteses, lhes é reconhecida capacidade de ser parte, e tanto num caso quanto no outro, o ente despersonalizado atua em nome próprio, seja para defesa de direitos alheios, seja para defesa de direitos próprios.

2.1.1. Povos e comunidades tradicionais

O primeiro exemplo é o dos povos e comunidades tradicionais (PCTs), categoria composta, entre outros, pelos povos indígenas, quilombolas, comunidades tradicionais de matriz africana ou de terreiro, ciganos, extrativistas, ribeirinhos, caboclos, campesinos, pescadores artesanais e pomeranos.⁵⁷⁻⁵⁸

e destacando que mesmo antes do registro a sociedade poderia postular em juízo seus direitos (à luz do art. 12, VII, do CPC de 1973): STJ, REsp 150.241, 4ª T., Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, julg. 2.12.1999.

53. “CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE AÇÃO DE COBRANÇA DE DESPESAS COMUNS. ASSOCIAÇÃO IRREGULAR DE MORADORES. (...) 1 - É iterativa a jurisprudência deste TJDF no sentido de que a exceção à impenhorabilidade de bem de família prevista no artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 8.009/1990, contempla a situação decorrente de execução de despesas comuns devidas por morador a associação de moradores que constituiu condomínio (de fato) irregular” (...) (TJDF, AI n. 0721386-15.2019.8.07.0000, Rel. Angelo Passareli, julg. 4.12.2019); “COBRANÇA - Associação de moradores - Despesas de manutenção e conservação da área de uso comum Legitimidade passiva “ad causam” de expropriário do lote que não se desligou da associação – Inépcia da petição inicial não verificada. Adesão expressa e inequívoca à associação de fato (...)” (TJSP, Ap. n. 1000559-70.2017.8.26.0348, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, julg. 23.3.2020).
54. Cita-se, por exemplo, caso julgado no TJSP, no qual se reconheceu que os recursos contidos em conta aberta em nome de um dos membros de associação de fato pertenceriam ao grupo, apesar de este não deter personalidade jurídica: Ap. 1.194.002-0, Rel. Des. Correia Lima, julg. 2.2.2009.
55. O próprio Código de Defesa do Consumidor classifica como fornecedor “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, *bem como os entes despersonalizados*, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (art. 3º, grifou-se).
56. “Entes despersonalizados também possuem honra objetiva, pois eles também dependem de sua reputação para a prática de alguns atos. Por exemplo, um fundo de investimento depende de não ter o “nome sujo” para celebrar alguns negócios, de maneira que um protesto indevido contra ele pode frustrar-lhe a realização de alguns negócios” (OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. *Entes despersonalizados: controvérsias jurídicas e lacunas legislativas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2020, disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 19.5.2020).
57. Fala-se, ainda, em grupos de Rendeiras, Benzedeiras, Rezadeiras, Seringueiros, Castanheiros, Quebradeiras de coco-de-babaçu, Caiçaras, Jangadeiros etc.
58. *Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais – Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <https://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/Cartilha-Povos-tradicionais.pdf>. Acesso em 22.6.2020.

A tutela jurídica dos PCTs, de forma ampla e abrangendo comunidades além das indígenas e quilombolas,⁵⁹ ganhou força a partir da promulgação da Convenção nº 169, da OIT, que reconheceu identidade aos povos tribais “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”.

Não há limitação à categorização como PCT, tampouco se pretende, de forma taxativa, especificar todos os grupos culturais sujeitos à política pública. O essencial é que os grupos: (i) sejam culturalmente diferenciados; (ii) tenham formas próprias de organização social; (iii) ocupem e usem territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica; e (iv) que os conhecimentos, inovações e práticas sejam gerados e transmitidos pela tradição. Também é necessário, na forma do art. 1º da Convenção, que o grupo tenha a autoconsciência da sua identidade (autodefinição e autoatribuição, conforme a Lei 17.425/12, do Estado do Paraná).⁶⁰

Os povos indígenas encontram proteção específica no Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/1973), cujo art. 1º afirma que a comunidade indígena receberá tutela jurídica. Tal tutela deve também ser outorgada, igualmente, aos demais grupos, de tal forma que se constitua um microsistema de tutela dos PCTs, aplicável a toda comunidade que preencha os pressupostos previstos no Decreto 6.040/2007.⁶¹ Dá-se, desse modo, ampla aplicação aos arts. 215 e 216 da CF.⁶² Assim, para os PCTs deve ser garantido, a exemplo do art. 2º do Estatuto do Índio “a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes”.

59. Os povos indígenas e as comunidades quilombolas já eram expressamente mencionados nos arts. 231 e 232 da CRFB e 68 do ADCT.

60. *Relatório sobre o direito dos povos e comunidades tradicionais*. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Brasília, 2018. Disponível em <http://www.dedihc.pr.gov.br/arquivos/File/2018/RELATRIOSOBREOSDIREITOSDOSPOVOSECOMUNIDADESTRADICIONAISv2.pdf>. Acesso em 22.6.2020.

61. PEREIRA, Débora Macedo Duprat de Brito. *O Direito sob o marco da pluriétnicidade / multiculturalidade*. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83433/PEREIRA_DMDB_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 22.6.2020. No mesmo sentido é o Enunciado nº 27 da 6ª Câmara – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais do Ministério Público Federal.

62. Nota-se um intenso movimento legislativo voltado a reconhecer e garantir a tutela dos direitos dos grupos. É o que se vê na nova redação da Lei nº 7.347/85 que, alterada pela Lei nº 12.966/14, passou a proteger a honra e da dignidade de grupos raciais, étnicos e religiosos (art. 1º, VII).

A cada um dos PCTs deve ser outorgada, na forma do art. 37 do mesmo Estatuto⁶³ e 232 da CRFB,⁶⁴ a legitimidade para a defesa de seus interesses em juízo (o que pressupõe a capacidade),⁶⁵ devendo ser representados judicial e extrajudicialmente conforme os seus usos, costumes e tradições. É o que se extrai dos arts. 7º e 12 da Convenção 169 da OIT, especialmente considerando-se que a necessidade de assistência, prevista no Estatuto do Índio, não foi recepcionada pela Constituição de 1988.⁶⁶

2.1.2. *Movimentos sociais*

Os movimentos sociais, como Movimento dos Sem Terra e o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto, também integram a categoria de grupos não formais com capacidade de ser parte. Com ampla participação no cenário político e social brasileiro e evidente organização, esses agrupamentos não possuem personalidade jurídica.

No entanto, a jurisprudência, mesmo antes do CPC de 2015, tratou de considerá-los portadores de personalidade *judiciária*, reconhecendo que podem ser titulares tanto de situações jurídicas ativas quanto passivas. Nesse sentido, mesmo ações com “notória índole privada”, ou seja, para defesa de interesses próprios do movimento social, passaram a ser admitidas pelo STJ.⁶⁷

-
63. “Art. 37. Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.”
64. CRFB: “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.
65. Cita-se, no ponto, o relevante processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, na qual intervieram como assistentes diversas comunidades indígenas (Socó, Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho, Manalati), para além da própria FUNAI. O STF reconheceu seu ingresso a partir do art. 232 da CRFB, assinalando que haveria interesse jurídico para sua participação: STF, Pet. 3.388, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, pub. 25.9.2009.
66. REsp 1650730/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julg. 20.8.2019. No mesmo sentido, é o Enunciado nº 36, da 6ª Câmara – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais do Ministério Público Federal: “ENUNCIADO nº 36: O regime tutelar previsto na Lei nº6.001/73 (Estatuto do Índio) não foi recepcionado pelos art. 231 e 232 da Constituição da República, de modo que os povos indígenas são partes legítimas para diretamente comparecer em juízo, nos polos ativo e passivo, nos processos judiciais que os afetem direta e indiretamente. Diante disso, é devida, pelo membro do Ministério Público Federal, a provocação para que a comunidade seja citada/intimada, especialmente em processos que visem desconstituir atos ou procedimentos de demarcação, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal e da Fundação Nacional do Índio”.
67. STJ, CC 22.175/RS. Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 1.3.1999. De acordo com o próprio MST, trata-se de o movimento de uma “coletividade com reconhecimento a nível nacional e internacional, inclusive com a participação de seus integrantes em negociações com o governo estadual e federal. Isso seria suficiente para garantir a sua atuação em juízo”.

Outra espécie de movimento social, com ampla participação no cenário político e em processos judiciais, sobretudo como *amici curiae*,⁶⁸ são os também conhecidos movimentos identitários,⁶⁹ voltados à promoção de igualdade e à proteção de minorias, como mulheres, comunidade LGBTQI+, portadores de deficiência etc.

Em regra, quando não registrados, são reconhecidos como associações de fato,⁷⁰ figurando, também, regularmente, no polo passivo de ações possessórias e indenizatórias,⁷¹ o que agora conta a expressa chancela do art. 75, IX, do CPC. Ressalte-se que, embora ações envolvendo agrupamentos sociais possam se referir à tutela de direitos alheios (por exemplo, dos membros do grupo individualmente considerados), o reconhecimento da sua personalidade judiciária abrange, igualmente, a defesa de seus interesses próprios.

2.1.3. Organizações profissionais

O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos grupos que atuam no interesse de classes e setores econômicos específicos, como ocorre com os lojistas de *shopping centers*. O contrato de locação de lojas em *shopping centers* possui uma série de peculiaridades e, apesar das críticas à ausência de regulamentação adequada,⁷² encontram suporte

68. Por exemplo, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual foi admitido como *amicus curiae* nos autos da ADPF nº 132.

69. A expressão não é isenta de críticas, razão pela qual este artigo, embora reconheça sua vital importância, optou por tratar os movimentos político-sociais formados por minorias e voltados à busca por igualdade em conjunto com os movimentos sociais. V.: RAMOS, Paulo. Chamar movimentos de identitários é burrice engajada. <http://www.justificando.com/2019/02/19/chamar-movimentos-de-identitarios-e-burrice-engajada/>. Acesso em 16.8.2020.

70. Identificando os movimentos sociais como possíveis exemplos de associações de fato: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 22ª ed.. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 413.

71. Nesse sentido, além do Movimento dos Sem Terra (MST), já se reconheceu a possibilidade de ajuizamento de demandas em face outros movimentos sociais, como é o caso dos grupos envolvidos nos “rolezinhos”. Apesar da grande controvérsia envolvendo tais agrupamentos, foram ajuizadas ações possessórias sem a identificação ou individualização dos sujeitos envolvidos. Cita-se, por exemplo, o processo n. 1000339-33.2014.8.26.0007, que tramitou perante o TJSP, em face dos movimentos “Rolezinho Shopping Retorno” e “Rolezinho Shopping part 3”. A doutrina já entendeu possível considerá-los como “*movimento social* orquestrado por jovens visando expor, ao seu modo, descontentamentos e críticas às políticas públicas – ou ausência delas – para a cultura, lazer e diversão da população de baixa renda”, entendendo se tratar de hipótese de ação coletiva passiva: ZUFELATO, Camilo. O caso “rolezinho” como ação coletiva passiva e a intervenção da defensoria pública para garantir a representatividade adequada do grupo. *Revista de Processo*, vol. 253, mar-2016, p. 273-298. Defende o autor que “é possível que o grupo ou coletividade, ainda que não formalmente organizado, tenha legitimidade para estar em juízo, desde que exista um portador que faça a adequada representação dos interesses de todo o grupo ou coletividade”.

72. “Inobstante seu aspecto inovador e de não se tratar de um fenômeno novo, o shopping center não dispõe de uma regulamentação legal específica e adequada, que a nosso ver é necessária e oportuna. Necessária, porque dada a complexidade das relações jurídicas entre shopping e lojistas estas não devem permanecer regradas apenas no tocante à renovação da locação (art. 52, § 2.º, da

normativo na Lei nº. 8.245/1991, com a ressalva da livre possibilidade de negociação das cláusulas contratuais, na forma do que dispõe o artigo 54 da mesma lei.

Em razão de tais características, usualmente os lojistas se organizam em associações regulares para a proteção dos seus interesses,⁷³ como é o caso da Associação Brasileira dos Lojistas Satélites - ABLOS. A proteção dos interesses dos lojistas pode dar-se ainda, por meio de sindicatos.⁷⁴

Ainda que os lojistas de shopping geralmente se organizem em associações registradas ou sindicatos formais, há ambientes de maior informalidade em que é possível a verificação de organizações similares, como é o caso dos chamados “camelódromos”⁷⁵.

Há, ainda, outros grupos que visam à defesa de interesses de setores econômicos específicos e que não são formalmente organizados em associações ou sindicatos, como é o caso de grupos de taxistas e motoristas de aplicativos, que se organizam por meio de páginas em redes sociais com o objetivo de fornecer informações sobre as suas atividades.⁷⁶ Outro exemplo é o dos pequenos produtores rurais, no qual o papel do associativismo é apontado como meio de “concretizar as demandas sociais dos agricultores familiares na busca de autonomia no processo produtivo e

Lei 8.245/1991) e aspectos limitados de seus encargos: as equivocadamente denominadas despesas de condomínio (art. 22 da Lei 8.245/1991 c.c. art. 54 da Lei 8.245/1991, e §§, idem), como ocorre atualmente. E, principalmente, validando indiscriminadamente as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos (art. 54 da Lei 8.245/1991, idem)” (GOMES NETO, José. Shopping Center: regulamentação jurídica e proteção ao lojista. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 39/1996, p. 129-141).

73. José Gomes Neto critica a forma de associação dos lojistas, especialmente pelo fato de seus estatutos serem elaborados pelo shopping center e por ser ela gerida por um conselho diretor do qual a administradora do shopping é membro nato. Assim, seria necessário previsão normativa própria para garantir maior liberdade associativa aos lojistas para garantir a tutela dos seus interesses: GOMES NETO, José. Shopping Center: regulamentação jurídica e proteção ao lojista. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 39/1996, p. 129-141.
74. A atuação do ente sindical para a proteção dos interesses coletivos da categoria decorre de expressa previsão constitucional (artigo 8º, inciso III, da Constituição da República). Nesse sentido: STJ, REsp 1535727/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, julg. 10.5.2016.
75. O Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu, por exemplo, o caráter de sociedade de fato da Associação de Catadores de Recicláveis de Fernandópolis (ACARF) para entender que as contribuições pagas por associados que se desligaram da associação não devem ser restituídas, diante do proveito econômico revertido para todos os associados, com a aquisição de bens para incremento das atividades da associação. Assim, o esforço comum para a constituição da entidade deveria ser considerado diante das peculiaridades da sociedade de fato, não sendo possível verificar a configuração de empréstimo ou possibilidade de restituição. Apelação Cível nº 0120501-13.2005.8.26.0000, julgada pela 9ª Câmara de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgada em 1º de fevereiro de 2011.
76. É o caso da página do Facebook “somos todos taxistas” (<https://www.facebook.com/somostodos-taxistas/>) e o blog “somosuber” (<https://somosuber.com.br/>).

no desenvolvimento local”, bem como mecanismo de garantia à “pequena produção do acesso a tecnologias, crédito, melhorias das condições de trabalho e de renda”⁷⁷.

Dessa forma, verifica-se que, apesar da existência de mecanismos formais de associação, há certa flexibilização por parte da doutrina e da jurisprudência no que diz respeito ao reconhecimento da capacidade dos grupos. E mais, como já mencionado, o reconhecimento dos grupos em tais circunstâncias tem relevância econômica e social, impondo-se a tutela dos seus direitos.⁷⁸

2.1.4. Comissões de formatura, centros acadêmicos e associações (irregulares) de pais e mestres

Outro exemplo de agrupamento de sujeitos com atuação reconhecida é o das comissões de formatura: é usual que estudantes se reúnam em torno de um objetivo comum – organizar as cerimônias de conclusão de seus cursos, o que compreende angariar verbas, gerir os recursos, locar espaços, contratar prestadores de serviços, dentre outras inúmeras atividades –, embora nem sempre tal união seja formalizada e registrada na forma de uma associação civil regular. De qualquer forma, tal agrupamento, que por vezes possui uma marca distintiva, um líder, e um patrimônio afetado à consecução de tal bem comum, não se confunde com os próprios estudantes, individualmente considerados.

Por isso, a jurisprudência reconhece que as comissões de formatura são associações de fato, e, como tal, vinculam os associados no que diz respeito às normas internas para adesão às cerimônias, critérios para pagamento e desistências, dentre outros, aduzindo inclusive à função social de tais associações. A defesa de tais prerrogativas em juízo lhes é garantida, então, justamente com base no art. 75, IX, do CPC.⁷⁹

77. BESERRA, Maria dos Remédios. *Associativismo Rural: estratégia de participação para consolidação da agricultura familiar na associação comunitária dos pequenos produtores rurais de Mirolândia, em Picos - Piauí*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Federal de Pernambuco, 2011, p. 42.

78. “Admite-se que a influência das associações de pequenos produtores rurais não se limita às práticas produtivas, mas exercem também papel estratégico para a democratização da gestão pública no campo e a definição de suas orientações em relação às condições de vida. Com base nessas premissas considera-se que as associações podem se constituir como força política capaz de influenciar o processo democrático segundo sua capacidade de manifestar as demandas dos seus associados, e de modificar sua inserção no mercado. A participação é tema frequente nas discussões, nos estudos e análises dos diversos contextos societários quando se trata da construção de espaços democráticos. Em face disso, considera-se como um dos eixos deste trabalho a associação como espaço de participação” (BESERRA, Maria dos Remédios. *Associativismo Rural: estratégia de participação para consolidação da agricultura familiar na associação comunitária dos pequenos produtores rurais de Mirolândia, em Picos - Piauí*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Federal de Pernambuco, 2011, p. 46).

79. Cita-se, a título de exemplo: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMISSÃO DE FORMATURA. ASSOCIAÇÃO DE FATO. MAJORAÇÃO DE MENSALIDADES. COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS

Interessante notar que a sua equiparação às associações (ou sociedades) de fato e a existência de sua capacidade de ser parte já eram defendidas antes do Código de Processo Civil de 2015, a partir de interpretação ampliativa do art. 12, VII, do CPC/1973, que se referia às sociedades irregulares (não genericamente aos entes organizados sem personalidade jurídica), justamente com o intuito de definir que tais entes organizados deveriam figurar em juízo para defesa de seus interesses, evitando-se o direcionamento de demandas aos próprios estudantes.⁸⁰ As comissões de formatura já foram aproximadas às pessoas jurídicas (regulamente constituídas) – e, por consequência, distanciadas dos estudantes que a compõem – também no

ADMINISTRATIVOS. LEGALIDADE. DESISTÊNCIA DE ASSOCIADO. RESTITUIÇÃO DE VALORES. REGRA ESTATUTÁRIA. VEDAÇÃO APÓS CERTA DATA. LEGALIDADE. PRESERVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA ASSOCIAÇÃO. APELO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. - O Estatuto de associação de fato constituída para a organização de solenidades de formatura de curso superior vincula os associados - É legal a majoração de mensalidades instituída pelo Órgão Competente, observadas as regras estatutárias pertinentes - Tratando-se de associação fundada para realizar empreendimento a médio ou longo prazo, é regular a previsão de regras restritivas quanto à restituição de valores pagos em caso de associado desistente. Tais regras visam a compatibilizar o direito fundamental à liberdade de associação (Art. 5º, XX, Constituição) com a segurança financeira e função social do ente, cuja principal função é articular recursos financeiros por anos para cumprir seu desiderato” (TJMG, AC n. 10000181309675001, Rel. José Marcos Vieira, julg. 28.3.2019). A capacidade de ser parte da comissão foi expressamente referida no acórdão: “antes de enfrentar o mérito da controvérsia, convém registrar a legitimidade da 1ª Ré [Comissão de formatura da faculdade FAMIG] para figurar no polo passivo da demanda. Apesar de tratar-se de associação de fato, despersonalizada, a própria lei lhe confere capacidade para ser parte e impõe seja representada pelo responsável pela administração de seus bens (art. 75, IX, CPC)”.

80. “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - COMISSÃO DE FORMATURA - ASSOCIAÇÃO SEM REGISTRO - ENTE SEM PERSONALIDADE JURÍDICA - EQUIPARAÇÃO À SOCIEDADE DE FATO - EXISTÊNCIA DE CAPACIDADE JUDICIÁRIA - AÇÃO AJUIZADA CONTRA OS MEMBROS TITULARES DAS CONTAS BANCÁRIAS DA ASSOCIAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - PRELIMINAR ACOLHIDA - O Código de Processo Civil, em seu artigo 12, inciso VII, prevê a capacidade judiciária da sociedade sem personalidade jurídica, entendimento que se aplica à associação, porque a falta de registro de seus atos constitutivos não lhe retira a capacidade de ser parte no processo (capacidade judiciária) - Os membros da associação sem personalidade jurídica (comissão de formatura) que são os titulares das contas bancárias e responsáveis pela gestão financeira desse ente, não têm legitimidade passiva para prestarem as contas acerca da movimentação financeira desse ente” (TJMG, Apelação Cível 10713120016421001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, julg. 30.7.2015, grifou-se). Do corpo: “neste caso, conforme consta no Estatuto da Comissão de Formatura - Janeiro 2012 (ff.14/33), esse Ente foi constituído como uma “associação civil sem fins lucrativos” (cláusula primeira, caput) (f.14). É incontestável que não foi promovido o registro de seus atos constitutivos e, assim, não se reveste da personalidade jurídica, não podendo, formalmente, praticar atos em nome próprio. Entretanto, (...) ela se equipara à sociedade de fato (...). Nesse norte, cabe registrar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 12, inciso VII, prevê a capacidade judiciária da sociedade sem personalidade jurídica, que deverá ser representada pela pessoa a quem couber a administração de seus bens. E como a interpretação desse dispositivo legal é extensiva, é possível aplicá-lo à associação irregular, que é o caso dos autos, frisa-se. Logo, vê-se que a falta de registro dos atos constitutivos da associação sem personalidade jurídica não lhe retira a capacidade de ser parte no processo (capacidade judiciária)”.

que tange aos requisitos para concessão dos benefícios da gratuidade para postular em juízo, o que corrobora o ponto.⁸¹

O mesmo raciocínio é empregado para os centros acadêmicos e grêmios estudantis,⁸² bem como para as associações irregulares de pais e professores.

2.1.5. Grupos com finalidade esportiva e recreativa

As torcidas organizadas e os blocos de carnaval de rua são agrupamentos sociais cuja atuação em juízo é igualmente reconhecida, quer se trate de ente personificado ou não.

De acordo com o Estatuto do Torcedor (Lei nº. 10.671, de 2003), considera-se torcida organizada a pessoa jurídica de direito privado ou aquela *existente de fato* “que se organize para o fim de torcer e apoiar entidade de prática esportiva de qualquer natureza ou modalidade”.⁸³

A primeira torcida dita “organizada” foi a Gaviões da Fiel⁸⁴, fundada em 1969, com forte motivação política.⁸⁵ Tal como grande parte das torcidas organizadas de São

-
81. “AGRAVO DE INSTRUMENTO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - COMISSÃO DE FORMATURA - SOCIEDADE DE FATO - NECESSIDADE DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO” (TJMG, AI n. 10000180577330001, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, julg. 27.11.2018). Colhe-se da fundamentação do julgado: “Outrossim, impende ressaltar que a Comissão de Formatura é uma Sociedade de Fato, dotada de capacidade processual (inciso IX, do art. 75, do CPC/2015), constituída em caráter provisório e sem fins lucrativos, tendo como escopo representar os interesses de uma coletividade (formandos), por meio de um Contrato de Mandato, no que tange à contratação das empresas para organização e realização das festividades. (...) Entretanto, independentemente da forma de sua constituição e da sua finalidade, para fazerem jus aos benefícios da Assistência Judiciária, as pessoas jurídicas devem comprovar a sua insuficiência de recursos (...)”.
82. Apontando entidades de representação estudantil como possível exemplo de associação de fato: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 22ª ed.. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 413.
83. Sob uma perspectiva sociológica, diz-se que esses grupos coincidem nos seguintes aspectos: pluralidade de indivíduos, interação social, comunicação, organização; exterioridade (os grupos sociais são superiores e exteriores ao indivíduo); conteúdo intencional ou objetivo; e consciência grupal (maneira de pensar, sentir e agir próprias). SANTOS, Amanda Farias. *Torcidas Organizadas e Sociabilidade Juvenil no Nordeste*. Ministério do Esporte, Brasília, 2013, p. 63-65. Disponível em: http://arquivo.esporte.gov.br/arquivos/ascom/publicacoes/Livro%20Torcidas%20Organizadas_WEB_2.pdf. Acesso em 15.7.2020.
84. Embora a Charanga do Flamengo, constituída em 1942, tenha sido a primeira reunião de torcedores de que se tem notícia. SANTOS, Amanda Farias. *Torcidas Organizadas e Sociabilidade Juvenil no Nordeste*. Ministério do Esporte, Brasília, 2013, p. 35. Disponível em: http://arquivo.esporte.gov.br/arquivos/ascom/publicacoes/Livro%20Torcidas%20Organizadas_WEB_2.pdf. Acesso em 15.7.2020.
85. Um dos conhecidos objetivos da fundação da Gaviões da Fiel foi o de se voltar contra o então presidente Wadih Helu, que comandou o clube por cinco mandatos seguidos, de 1961 a 1971, em um período marcado pela ditadura militar: COSTA, André Lucirton. “A organização cordial. Ensaio de

Paulo⁸⁶, a Gaviões ostenta hoje a forma associação civil, pautada em regras estatutárias e com eleições bienais para o seu quadro administrativo.

No entanto, existem centenas de torcidas organizadas no Brasil, espalhadas por todos os estados, muitas sem registro formal.⁸⁷ Ainda que não registradas, é comum que possuam logomarca, sede, lema, *site* oficial, páginas em redes sociais e normas para eleição de diretores e ingresso de novos sócios.⁸⁸ Algumas possuem lojas virtuais, em que comercializam produtos exclusivamente para o pagamento das suas próprias despesas.

A par do objetivo de incentivar o time, sabe-se que esses agrupamentos também nasceram com a discutível finalidade de defender, no embate com adversários, a integridade física de seus membros.⁸⁹ Por isso, o recorrente envolvimento de torcidas organizadas em atos de violência explica que lhes tenha sido atribuída – mesmo em se tratando de uma associação de fato – a responsabilidade civil, de forma objetiva e solidária com os seus membros, por danos causados a terceiros, quando incorrer nas condutas descritas no Estatuto do Torcedor.⁹⁰ A lei também imputa à torcida organizada

cultura organizacional do Grêmio - Gaviões da Fiel”. In *Revista de Administração de Empresas FGV/SP*. São Paulo, v. 35, n. 6, nov./dez. 1995, p. 40-54.

86. No Estado de São Paulo, por força do Termo de Ajustamento de Conduta nº 51.161.1374/11, celebrado entre o Ministério Público do Estado de São Paulo, a Federação Paulista de Futebol e as Torcidas Organizadas, as torcidas com mais de 200 membros devem necessariamente ser constituídas em pessoa jurídica, na modalidade de associação, e cadastrar os seus torcedores. Reportagem “Organizadas devem se tornar pessoa jurídica e cadastrar torcedores em SP”, de 22.07.2011. Disponível em <https://www.terra.com.br/esportes/futebol/brasileiro-serie-a/organizadas-devem-se-tornar-pessoa-juridica-e-cadastrar-torcedores,1318e09553baa310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>. Acesso em 15.7.2020. V., ainda, a página da Federação Paulista de Futebol: <http://2016.futebolpaulista.com.br/Torcidas/Informativo/2017-03/101908/Legaliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20Torcidas%20Organizadas>. Acesso em 15.7.2020.
87. Como se verifica da página das Torcidas Organizadas Brasileiras, são listadas pelo menos 62 torcidas somente no Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.organizadasbrasil.com>. Acesso em 15.7.2020.
88. Nos termos do art. 2º da Lei nº 10.671, de 2003, exige-se que a torcida organizada mantenha cadastro atualizado de seus associados ou membros, do qual devem constar nome completo, fotografia, filiação, registro civil, CPF, endereço, profissão e outras informações relevantes.
89. SANTOS, Amanda Farias. *Torcidas Organizadas e Sociabilidade Juvenil no Nordeste*. Ministério do Esporte, Brasília, 2013, p. 63-65. Disponível em http://arquivo.esporte.gov.br/arquivos/ascom/publicacoes/Livro%20Torcidas%20Organizadas_WEB_2.pdf. Acesso em 15.7.2020. A idade média de seus membros varia entre 13 e 22 anos.
90. “Art. 39-B. A torcida organizada responde civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos danos causados por qualquer dos seus associados ou membros no local do evento esportivo, em suas imediações ou no trajeto de ida e volta para o evento. Art. 39-C. Aplica-se o disposto nos arts. 39-A e 39-B à torcida organizada e a seus associados ou membros envolvidos, mesmo que em local ou data distintos dos relativos à competição esportiva, nos casos de: (i) invasão de local de treinamento; (ii) confronto ou induzimento ou auxílio a confronto entre torcedores; e (iii) ilícitos praticados contra esportistas, competidores, árbitros, fiscais ou organizadores de eventos esportivos e jornalistas voltados principal ou exclusivamente à cobertura de competições esportivas, mesmo

a proibição de comparecimento a eventos esportivos, caso promova tumulto, pratique ou incite a violência, ou invada local restrito.⁹¹

Outra espécie de grupo organizado com finalidade esportiva é a liga de futebol de várzea, que promove campeonatos de futebol amador. Os valores arrecadados pelo grupo com as inscrições dos times e os eventuais patrocínios servem, dentre outros fins, para contratar árbitros, manter os campos e conceder premiações aos jogadores.⁹²

Para além das torcidas organizadas, é possível citar como exemplo de agrupamento os blocos de rua (ou blocos de carnaval), que integram o conjunto de manifestações culturais de carnaval que acontecem em locais públicos, de natureza voluntária e gratuita, para fins de recreação. Essa espécie de agrupamento social pode reunir desde algumas dezenas de amigos a milhares de foliões, caso em que movimentam significativamente a economia local com os seus desfiles.⁹³ Consideram-se, por isso, organizações de interesse social, turístico e cultural dos Municípios.⁹⁴

Cada bloco geralmente dispõe de um nome e de uma logomarca ou imagem distintiva, às vezes de uma música tema, um órgão de diretoria e de membros que podem ou não prestar contribuições financeiras ocasionais. Juridicamente, conforme o grau de organização e profissionalismo, assumem formas diversas, como a de grupo despersonalizado, associação ou microempresa.

Na qualidade de sujeitos de direitos, os blocos obtêm autorização para uso do espaço público e captam recursos para viabilizar o desfile. Para este último fim, podem adotar soluções como a venda de produtos com a sua marca, os financiamentos coletivos on-line (*crowdfundings*) ou o patrocínio de empresas, através de lei de incentivo à cultura. O carnaval de rua é também financiado por meio de parceria

que, no momento, não estejam atuando na competição ou diretamente envolvidos com o evento. (Incluído pela Lei n. 12.299, de 2010)”.⁹¹

91. “Art. 39-A. A torcida organizada que, em evento esportivo, promover tumulto, praticar ou incitar a violência ou invadir local restrito aos competidores, árbitros, fiscais, dirigentes, organizadores ou jornalistas será impedida, assim como seus associados ou membros, de comparecer a eventos esportivos pelo prazo de até 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei n. 13.912/2019)”.
92. Reportagem R7, Várzea? “Liga” do futebol amador desembolsa R\$ 1,5 milhão em 2018, de 27.8.2018: <https://esportes.r7.com/futebol/varzea-liga-do-futebol-amador-desembolsa-r-15-milhao-em-2018-27092018>. Acesso em 15.7.2020.
93. Para que se tenha noção do impacto que se pode trazer à economia local, em 2020, 441 blocos desfilaram no Carnaval da cidade do Rio de Janeiro. Reportagem do G1, de 21.02.2020, “Com seis vezes mais turistas, Carnaval de rua explodiu nas últimas décadas”, disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/carnaval/2020/noticia/2020/02/21/com-seis-vezes-mais-turistas-carnaval-de-rua-do-rio-explodiu-nas-ultimas-decadas.ghtml>. Acesso em 15.7.2020. Na cidade de São Paulo, em 2020, foram realizados 615 desfiles, que contaram com 15 milhões de pessoas, exigiram R\$ 36,6 milhões em gastos da Prefeitura e trouxeram R\$ 2,3 bilhões de retorno financeiro para a cidade. Reportagem do G1, de 2.3.2020, “Carnaval de rua em SP: o que deu certo e o que deu errado em 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/carnaval/2020/noticia/2020/03/02/carnaval-de-rua-em-sp-o-que-deu-errado-e-o-que-deu-certo-em-2020.ghtml>. Acesso em 15.7.2020.
94. V. Considerandos do Decreto nº 44.217, de 2018, da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro.

público-privada, através de licitações realizadas pelas Secretarias Municipais de Cultura para escolha dos patrocinadores. Nesse caso, o valor aportado serve para subsidiar parte das despesas públicas com a mobilização de serviços e estruturação dos locais onde acontecem os desfiles, recebendo o patrocinador, em contrapartida, a divulgação de sua marca e produtos nos eventos.⁹⁵

Nos guias oficiais de regras para o Carnaval, os deveres e sanções são atribuídos genericamente aos “blocos” e/ou aos seus organizadores.⁹⁶ Contudo, a obtenção de recursos por meio de lei de incentivo fiscal⁹⁷ e a concessão de alvarás para a realização de eventos públicos e temporários⁹⁸ podem exigir que o requerimento seja formulado por pessoas naturais ou jurídicas. Verifica-se um movimento crescente dos entes públicos no sentido de exigir que os blocos de carnaval de rua constituam pessoas jurídicas, o que se justificaria pela maior facilidade de sua responsabilização por atos de vandalismo, danos ambientais e a terceiros.⁹⁹

95. Sobre o tema, v. ainda: FRYDBERG, Marina Bay; KOSSAK, Alex; MACHADO, Gustavo Portela. *O bloco produto e o produto no bloco: tensões e relações entre economia e cultura no carnaval dos blocos de rua do Rio de Janeiro*. Papel apresentado no VIII Encontro Nacional de estudos do consumo, na UFF, 09.11.2016, disponível em estudosdoconsumo.com.

96. V., por exemplo, Guia de Regras e orientações gerais aos blocos, disponibilizado pela Prefeitura de São Paulo, em www.prefeitura.sp.gov.br. Acesso em 15.7.20, em que se atribui aos blocos as responsabilidades de (i) promover integridade e mobilidade aos foliões com adequada ocupação do espaço público, minimizando o impacto causado ao entorno; (ii) fazer seu planejamento operacional em conjunto com os órgãos competentes, respeitando os horários e os limites de emissão de ruído; e (iii) verificar documentação e condições de segurança de trios elétricos usados nos desfiles, bem como suas autorizações. Destaca-se que “serão passíveis de multa e/ou estarão sujeitos a penalidades os blocos, cordões carnavalescos, bandas ou similares que desrespeitem o art. 4o do Decreto nº 58.857, de 17.07.2019, que disciplina o Carnaval de Rua da Cidade de São Paulo, ou descumprirem acordos de datas, horários e trajetos”.

97. V. Lei no 8.313, de 23.12.1991 (Lei de Incentivo à Cultura – “Lei Rouanet”) e Instrução Normativa no 2, de 23.04.2019, do Ministério da Cidadania, que estabelece procedimentos para apresentação, recebimento, análise, homologação, execução, acompanhamento, prestação de contas e avaliação de resultados de projetos culturais financiados por meio do mecanismo de Incentivo Fiscal do Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac).

98. Em São Paulo, por exemplo, vejam-se os Decretos nº 58.857, de 17.07.2019, que disciplina o Carnaval de Rua da Cidade de São Paulo; e nº 49.969, de 28.08.2018, que regulamenta, dentre outros, a expedição de Alvará de Autorização para eventos públicos e temporários.

99. Reportagem do G1 “MP quer que blocos de carnaval de São Paulo sejam responsabilizados em caso de vandalismo”, de 23.6.2017, disponível em <https://g1.globo.com/sao-paulo/carnaval/2018/noticia/mp-quer-que-blocos-de-carnaval-de-sp-sejam-responsabilizados-em-caso-de-vandalismo.ghtml>. Acesso em 20.7.2020. Ainda: “A prefeitura do Rio não vai reprimir os desfiles dos blocos irregulares, mas haverá multa da Comlurb pelo lixo deixado no local. (...) A multa inicial será de R\$ 1,3 mil e pode ser ampliada de acordo com o volume do lixo. Michel informou ainda que os organizadores dos blocos também serão responsabilizados caso haja problema de segurança ou dificuldade na mobilidade da população. Reportagem Agência Brasil “Prefeitura do Rio divulga regras para desfile de blocos no carnaval”, de 12.02.2020, disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/prefeitura-do-rio-divulga-regras-para-desfile-de-blocos-no-carnaval>. Acesso em 20.7.2020.

2.1.6. Organizações religiosas

Na redação original do Código Civil de 2002, as organizações religiosas não eram contempladas com qualquer distinção das demais associações civis. A Lei nº.10.825/2003 alterou o artigo 44 do Código Civil para incluir expressamente as organizações religiosas e os partidos políticos como pessoas jurídicas de direito privado. Com relação às primeiras, estabeleceu que são livres a sua criação, organização, estruturação interna e funcionamento, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

A alteração decorreu da necessidade de se criar um regime jurídico próprio e mais flexível para as organizações religiosas, cujo exercício de direitos poderia ser dificultado ou inviabilizado pela aplicação das exigências aplicáveis às associações, como a necessidade de aprovação de um estatuto, a realização de assembleia geral para determinadas deliberações, dentre outros. Criou-se, portanto, um regime jurídico intermediário, aplicando-se subsidiariamente às organizações religiosas as regras que regem as associações, mas com a devida flexibilização.

No que diz respeito à Igreja Católica Apostólica Romana, o Código de Direito Canônico, em seus artigos 515, 1º e § 3º, define paróquia como uma certa comunidade de fiéis, constituída estavelmente na Igreja particular e reconhece a personalidade jurídica da paróquia.¹⁰⁰ Com base no disposto no Código Civil e no Código Canônico, o STJ já reconheceu a legitimidade da paróquia para figurar no polo passivo (o que significa reconhecer também sua capacidade), reconhecendo, inclusive a existência de relação de preposição entre a paróquia e o sacerdote, a justificar a aplicação do art. 932, III, do Código Civil e responsabilizar civilmente a primeira.¹⁰¹

Por outro lado, vê-se que a disciplina do Código Civil a respeito das organizações religiosas é bastante vaga. Ainda que seja possível extrair a ideia de que não se pode

100. “Cân. 515 — § 1. A paróquia é uma certa comunidade de fiéis, constituída estavelmente na Igreja particular, cuja cura pastoral, sob a autoridade do Bispo diocesano, está confiada ao pároco, como a seu pastor próprio. § 2. Compete exclusivamente ao Bispo diocesano erigir, suprimir ou alterar paróquias, o qual não as erija ou suprima, nem as altere notavelmente, a não ser depois de ouvido o conselho presbiteral. § 3. A paróquia legitimamente erecta goza pelo próprio direito de personalidade jurídica. Cân. 516 — § 1. Se outra coisa não for determinada pelo direito, à paróquia equipara-se a quase-paróquia, que é uma certa comunidade de fiéis na Igreja particular, confiada a um sacerdote como a pastor próprio e que, em virtude de circunstâncias peculiares, ainda não foi erecta em paróquia. § 2. Onde certas comunidades não possam ser erectas em paróquias ou quase--paróquias, providencie o Bispo diocesano de outro modo ao serviço pastoral das mesmas. Cân. 517 — § 1. Onde as circunstâncias o exigirem, pode a cura pastoral de uma paróquia ou simultaneamente de várias paróquias ser confiada solidariamente a vários sacerdotes, desde que um só deles seja o moderador da cura pastoral, o qual oriente a acção conjunta, e desta seja responsável perante o Bispo. § 2. Se em virtude da falta de sacerdotes, o Bispo diocesano julgar que a participação no exercício da cura pastoral da paróquia deva ser confiada a um diácono ou a outra pessoa que não possua o carácter sacerdotal, ou a uma comunidade de pessoas, constitua um sacerdote”.

101. STJ, ARES P nº 1211432, rel. Min Marco Aurélio Belizze, publicada em 20.4.2020.

negar o direito de registro dos estatutos da organização religiosa, não há clareza sobre os requisitos e as bases para o funcionamento de tais organizações quando não haja qualquer registro. De fato, a ausência de registro da instituição religiosa, ou a sua instituição irregular, impede que ela usufrua de diversos benefícios, como a imunidade tributária, bem como a torna sujeita à aplicação de sanções fiscais pelo exercício irregular da atividade. No entanto, a despeito da ausência de personalização, não se pode negar a existência da organização religiosa enquanto grupo, devendo lhe ser conferida tutela jurídica e reconhecida, por conseguinte, a capacidade de ser parte.

3. ELEMENTOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DE ENTES DESPERSONALIZADOS ORGANIZADOS E ASSOCIAÇÕES IRREGULARES

À luz de tudo o que foi dito acima, é possível afirmar serem variados os entes despersonalizados organizados aos quais se reconhecem a titularidade de deveres e de direitos, inclusive o direito à tutela jurisdicional, e a possibilidade de participação no processo judicial, seja na condição de substituto processual (em defesa de direitos alheios), seja para defesa de seus próprios interesses.

No entanto, para que a análise não reste estritamente casuística e limitada aos exemplos citados, é preciso identificar os elementos mínimos necessários para que tais entes possam ser enquadrados na previsão do art. 75, IX, do CPC.

Tomando como ponto de partida as associações civis, o art. 53 do Código Civil as caracteriza como “união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. Os demais elementos que definirão a associação e a forma de organização do grupo são estabelecidos no próprio estatuto da associação (art. 54 do Código Civil). Por outro lado, consideram-se associações de fato aquelas desprovidas de “inscrição do ato constitutivo no respectivo registro” (art. 45 do Código Civil).

Não obstante, as associações, personalizadas ou não, possuem traços comuns, dentre os quais estão, preponderantemente: (i) consistir em uma *união entre sujeitos de direito*;¹⁰² (ii) ter um *escopo comum* relacionado ao desenvolvimento de *atividades não-econômicas*;¹⁰³ e (iii) possuir *substrato corporativo*, em que “a união entre os

102. É possível que um grupo, sujeito de direito, seja formado por pessoas naturais, jurídicas e, também, por outros *grupos despersonalizados*. É o caso, por exemplo, da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, reunião de comunidades indígenas que foi admitida como parte nos autos da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF (v. nota de rodapé 107), e da Rede Internacional de Pesquisa – Procnnet (v. nota de rodapé 115), que é composta pelos grupos de pesquisa mencionados na nota de rodapé 114.

103. O escopo não poderá ser a obtenção de lucro, embora possa estar relacionado, de alguma forma, com atividade econômica desenvolvida por seus associados. Além disso, o pressuposto do escopo não econômico não impede que a associação exerça, de forma acessória e voltada à autossustentação, atividade lucrativa. O requisito decorre do próprio art. 53 do Código Civil. Se o grupo possuir intuito

membros formaria uma realidade supra-individual”,¹⁰⁴ autônoma da dos associados. A existência de patrimônio é dispensável ao reconhecimento das associações, mesmo porque a finalidade comum pode ser perseguida unicamente pela atividade pessoal dos seus integrantes.¹⁰⁵

Assim, buscando os elementos para identificação de entes organizados sem personalidade e de associações irregulares, em primeiro lugar, verifica-se ser da própria essência do conceito de grupo que se esteja diante de uma *pluralidade de sujeitos*. Não há propriamente um número definido de sujeitos para que se configure um grupo, mas não se pode cogitar de um grupo composto por um só indivíduo.

É preciso, ainda, que essa pluralidade possua um *fim comum*¹⁰⁶ para que o grupo possa ser compreendido dentre os entes previstos no art. 75, IX, do CPC. A finalidade ou objetivo comum pode ser das mais diversas, como visto nos exemplos de grupos despersonalizados acima mencionados, tais quais a proteção ou a informação de um grupo profissional, o fomento à cultura, a realização de atividade filantrópica, dentre outros.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸ É preciso, ainda, que tal *atividade ou fim comum sejam lícitos* para que o grupo seja merecedor de tutela jurídica.¹⁰⁹

E mais, na perquirição desse objetivo comum, é relevante a verificação de *estabilidade da reunião dos membros do grupo* para a configuração de organização

lucrativo, trata-se sociedade de fato, cuja tutela jurídica já encontra previsão legal nos artigos 986 a 990 do Código Civil.

104. Com isso, “a individualidade dos ‘associados’ pouco interessaria para a entidade, pois esta tende a desenvolver-se autonomamente segundo a organização associativa”. Ela persistiria, apesar das mudanças dos associados, com tendência à perpetuidade ou, no mínimo, continuidade: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2006, p. 119-121.
105. MAIELLO, Anna Luiza Duarte. *Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2012, p. 29 e 40.
106. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte especial, tomo XLIX. 3 ed. São Paulo: RT, 1984, p. 28-29.
107. A ideia de finalidade ou objetivo comum pode ser extraída da interpretação ampliativa do conceito de “classe” conferida pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação do artigo 103, IX da Constituição da República para reconhecer a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para propor Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Reconheceu-se que o conceito de classe deveria ser interpretado para abranger o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou, ainda, pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem: STF, Medida Cautelar da Arguição de Preceito Fundamental 709/DF, Relator, Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 8.7.2020.
108. O TJSP já entendeu que o esforço comum para a constituição da associação seria suficiente para caracterizar uma associação de fato: Apelação Cível 0120501-13.2005.8.26.0000; Rel. Des. Grava Brazil, julg. 1.2.2011.
109. A perseguição de fins reputados ilícitos pode dar ensejo, inclusive, à própria dissolução do grupo, como no citado caso das torcidas organizadas.

associativa. Isso quer dizer que não basta um encontro pontual para que se configure um grupo organizado. É necessário que haja constância e estabilidade nessa atividade.¹¹⁰

A reunião de tais elementos seria o suficiente, a nosso ver, para identificar a existência de um “ente despersonalizado organizado” ou, a depender do nível de organização e estruturação, “associações irregulares”, de modo a lhes atribuir a capacidade de ser parte.

Assim, podemos descrever os entes despersonalizados organizados como uma pluralidade de sujeitos, reunidos de forma constante e estável, com uma finalidade comum lícita e não lucrativa. É possível trabalhar, portanto, com o raciocínio tipológico,¹¹¹ de modo que, havendo preponderância de elementos que configurem o tipo, haverá um ente despersonalizado organizado e, por consequência, capacidade de ser parte.

Há, ainda, outros elementos que, embora não sejam propriamente essenciais, constituem indícios para a configuração de um ente despersonalizado organizado. A existência de uma comunicação sistematizada entre os membros do grupo, por exemplo, por meio de aplicativos de troca de mensagens, pode gerar indícios de sua organização, e mesmo indicar o seu líder, que pode ser quem assume a posição de administrador no meio de comunicação. Também constituem indícios da existência do grupo as páginas em redes sociais, os sites na Internet, ou qualquer outro meio de veiculação de informações sobre as suas atividades. A existência de uma marca de identificação – como se vê nos casos de blocos de carnaval e torcidas organizadas, por exemplo – igualmente pode servir como indício da organização e da estabilidade do grupo.

Nesse contexto, pode ser enquadrada no modelo proposto a Processualistas,¹¹² cujo grupo é formado por acadêmicas e professoras de processo (dentre as quais as autoras do presente artigo), com o objetivo comum de criar conteúdo jurídico de Direito Processual, bem como o de promover a diversidade no meio acadêmico, que exerce atividade de forma organizada, sem fins lucrativos, possui marca e faz uso de diferentes meios de divulgação do seu conteúdo.

110. “Associação, em sentido lato, é organização estável de duas ou mais pessoas, para se conseguir fim comum. (...) O que liga todas as espécies é o fato da estabilidade, razão por que a simples ‘reunião’, transitória e instável, como é, não se pode ter como associação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte especial, tomo XLIX. 3 ed. São Paulo: RT, 1984, p. 28).

111. Embora não possamos aprofundar o estudo do tipo, o consideramos como um “modelo resultante da ordenação de dados da realidade concreta segundo padrões de semelhança” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2018). Sobre o raciocínio tipológico: YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, especialmente p. 38-53; KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out/2010, p. 711-725.

112. <https://processualistas.jusbrasil.com.br/> e <https://www.instagram.com/processualistas/>. O presente artigo não deixa de ser produto da Processualistas, após o debate de ideias com o amigo Gumerindo Condorsé.

O modelo poderia abarcar o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC),¹¹³ agrupamento sem fins lucrativos destinado ao estudo do Direito Processual Civil. Outros grupos de caráter científico e de pesquisa poderiam igualmente ser compreendidos no tipo, como os grupos de pesquisa vinculados às universidades e registrados no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ,¹¹⁴ ou mesmo redes de grupos de pesquisa, como a Rede Internacional de Pesquisa ProcNet – Justiça Civil e Processo Contemporâneo, uma organização de grupos de pesquisa de Universidades brasileiras que tem o objetivo de desenvolver investigações científicas sobre o sistema de justiça civil e o direito processual civil.¹¹⁵

4. O GRUPO E SUAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

As situações jurídicas representam um tipo de eficácia do fato jurídico. Para Marcos Bernardes de Mello, em sentido *lato*, designam “toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico”.¹¹⁶⁻¹¹⁷ Têm como elementos constitutivos o objeto, o sujeito e a posição do sujeito.¹¹⁸ O sujeito, por sua vez, como demonstrado, poderá ser despersonificado.

Os grupos, sujeitos despersonificados objeto do presente artigo, podem ser titulares de situações jurídicas próprias (=do próprio grupo, enquanto ente despersonalizado e sujeito de direito), ou seja, não relacionadas à tutela de interesses alheios (=dos membros do grupo). É possível, como visto acima, que esses entes possuam bens, inclusive imateriais, estabeleçam relações jurídicas e, conforme o caso, violem direitos

113. <https://www.fppc.com.br/>.

114. Como os grupos de pesquisa Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo (UERJ), Transformações nas Teorias sobre o Processo e o Direito Processual (UFBA), Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (UFES), Processo Civil no Estado Constitucional (UFRGS), Meios adequados de solução heterônoma de conflitos, dentro e fora do Estado (UFPR), Fundamentos Constitucionais e Teóricos do novo Código de Processo Civil: temos um novo sistema processual civil? (USP), Teoria Contemporânea do Direito Processual (UFPE), Núcleo de Estudos em Análise Processual e Processo Civil Aplicado (UFAL), Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflito (UFES), Acesso à justiça e litigância repetitiva (USP), Núcleo de Processo Civil Comparado (UFPR) e Processualismo Constitucional democrático e reformas processuais (PUC-Minas).

115. <https://independent.academia.edu/ProcNet> e <http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>.

116. Sobre o conceito de situações jurídicas: DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*, vol. 210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 41-56.

117. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 101.

118. “Os elementos constitutivos da situação jurídica, nessa perspectiva, são: a) sujeito; b) objeto; c) posição de sujeito. A posição deferida pela norma ao sujeito, em razão do objeto, faz surgir, em algumas situações, uma relação intersubjetiva, isto é, uma relação jurídica estabelecida entre sujeitos, determinada pela natureza do objeto.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial – 2ª série*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 752).

alheios. É possível, portanto, que os grupos sejam titulares de situações jurídicas ativas e passivas, relacionadas a interesses relacionados ao próprio grupo.

No âmbito do processo, é possível afirmar que os grupos e as associações irregulares titularizam situações jurídicas processuais ativas e passivas, e que podem figurar na relação processual em variadas posições. Afinal, se os entes despersonalizados são sujeitos de direito, partícipes de variadas situações jurídicas ativas, a sua participação no processo pode ser igualmente ampla.¹¹⁹

Desse modo, os entes de que tratamos no presente estudo podem demandar, ser demandados, intervir mediante as modalidades interventivas nominadas (ou seja, aquelas identificadas no Título III do Livro III da Parte Geral do CPC) e inominadas, defender interesses variados, participar do processo em apenas alguns centros de atuação ou zonas, ou por todo o seu trâmite. Ou seja, aos entes despersonalizados – sujeitos de direito – é facultado agir no processo como os demais sujeitos processuais, sempre observando a “medida certa de participação para cada [pretendida] modalidade de atuação”.¹²⁰

Por isso, e apenas para citar um exemplo, os grupos e associações irregulares podem atuar como *amicus curiae*. É o que já ocorre, por exemplo, com a participação de “grupos de pesquisa” em ações de controle de constitucionalidade.¹²¹⁻¹²²

119. DIDIER JR., Fredie. Class actions and collective defendant legal situations. *Zeitschrift fur Zivilprozess International*, v. 14, p. 339-348, 2009.

120. TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 332.

121. Veja-se o exemplo da ADPF 663, na qual se admitiu o “Grupo de Pesquisa Constituição e Democracia: Direitos, Deveres e Responsabilidades nos Sistemas Político e de Justiça Contemporâneos, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM)”, registrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq): STF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão de 16.4.2020. Também já foram admitidos como *amici curiae* o “Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea (PPGD-UFPR)” e o “Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da UFPR”: STF, ADI 5.543, Rel. Min. Edson Fachin, decisão de 16.9.2016. No que se refere ao núcleo de prática jurídica, a decisão destacou serem notórias “as atividades que tem sido desenvolvidas pelo Núcleo de Prática Jurídica da UFPR na temática dos direitos fundamentais, tais como, exemplificativamente, o serviço de assistência jurídica gratuita às mulheres em situação de violência, mediante parcerias com demais órgãos públicos (<http://goo.gl/8v7tyw>; acesso em 16.09.2016), a revelar a importante compreensão do fenômeno jurídico que se constrói e reconstrói no âmbito daquela centenária instituição”. Na mesma linha, admitindo o ingresso da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, um núcleo universitário vinculado à UERJ, como *amicus curiae* em ADI: STF, ADI 4439, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, decisão de 9.8.2017. A clínica foi criada por resolução do Diretor da Faculdade de Direito, e foi representada pelo Professor Daniel Sarmiento, integrante do Conselho Deliberativo da entidade, quem assinou a procuração.

122. A redação do art. 138 deve ser interpretada para que se considere como capazes de intervir como *amici curiae* os sujeitos relacionados no art. 75 do CPC, não se limitando às pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou entidades registradas.

Ainda, e considerando os exemplos mencionados acima, é preciso assentar que, mesmo que o grupo figure como demandado, não se estará, necessariamente, diante de “ação coletiva passiva”. É importante realizar essa distinção. Isso porque, parte da doutrina, à luz das construções em torno da tutela de interesses metaindividuais, elenca toda e qualquer situação jurídica passiva do grupo como sujeita à ação coletiva passiva. Mesmo aqueles que reconhecem que os grupos poderão ter deveres ou estados de sujeição correlatos a direitos individuais,¹²³ indicam que quando que o grupo comete ato ilícito, o faz *em nome da coletividade*.¹²⁴ As situações jurídicas passivas de tais entes, portanto, normalmente são atreladas à tutela coletiva.

Embora não se negue que para identificação da ação coletiva passiva, seja necessário verificar as características do sujeito passivo,¹²⁵ para atrair a incidência das normas do microsistema de tutela coletiva é necessário que haja “como em qualquer ação coletiva, uma potencial vantagem ao interesse público, sem o que as demandas passam a ser meramente individuais”.¹²⁶⁻¹²⁷⁻¹²⁸ Assim, quando não se estiver diante de

123. GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. *Revista de Processo*, vol. 157. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 147-164.

124. “Em tais casos, o ente coletivo possui um dever jurídico ou um estado de sujeição que deve ser implementado. O direito pleiteado pelo autor pode ser de natureza individual ou coletiva, quando será, a ação, duplamente coletiva. Note-se que, ao pleitear direito individual, o autor age em seu próprio benefício e não requerendo um direito de natureza coletiva.” (PEIXOTO, Ravi. Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojetos. *Revista de Processo*, v. 256. São Paulo: Thomson Reuters, 2016, p. 229-254).

125. Entende-se, portanto, como correto o conceito de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. no sentido de que “há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, v. 4. 14. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 605). Pela inexistência de ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro: VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. *Revista de Processo*, vol. 278. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 297-335, Abr/2018.

126. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, v. 4. 14. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 613.

127. “De qualquer modo, temos que uma ação coletiva passiva, é aquela ajuizada contra um determinado grupo, uma categoria ou uma classe, desde que organizados e ainda que sem personalidade jurídica, mas com representatividade adequada, visando a questionar direito coletivo em sentido lato. Assim, aciona-se na ação coletiva um determinado grupo, visando questionar ou impugnar um direito de natureza coletiva, sendo a defesa feita por um representante considerado adequado” (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Ações coletivas passivas: um diálogo com a doutrina – primeira parte. *Revista de Processo*, vol. 287. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 291-305). No mesmo sentido: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *Revista de Processo*, vol. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 243-264.

128. O núcleo do microsistema está “na garantia da adequada proteção aos direitos transindividuais e individuais homogêneos. Qualquer interpretação que se pretenda extrair das normas que compõem o microsistema processual coletivo, portanto, terá que viabilizar essa proteção” (LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p.56).

situações que envolvam defesa de direitos alheios e metaindividuais, e sim interesses do próprio grupo, como ente individualmente considerado, o microsistema de tutela coletiva será inadequado.¹²⁹

É possível cogitar diversas outras situações jurídicas sem qualquer vantagem ao interesse público ou direito metaindividual (típico do processo coletivo), como, por exemplo: (i) ações indenizatórias em face de comissões de formatura para devolução de valores pagos indevidamente¹³⁰; (ii) ação de suspensão de atividades¹³¹ ou de dissolução de torcida organizada¹³²; (iii) ações envolvendo proteção de marca, uso de imagem ou direitos autorais do grupo (ou violação de direitos alheios pelo grupo)¹³³⁻¹³⁴⁻¹³⁵; (iv) ações trabalhistas movidas por empregados contratados pelo grupo;

129. Basta ver o que ocorre com a identificação de situações jurídicas ativas e passivas das associações, o que é integralmente aplicável aos entes despersonalizados organizados tratados no presente artigo. Vejamos o exemplo de ação envolvendo a União Brasileira de Compositores (UBC) e um de seus ex-associados. No caso, por alegar infrações às normas internas da associação, a UBC, sem respeitar o contraditório e a ampla defesa, excluiu um de seus sócios, dando ensejo ao ajuizamento de ação individual, com o fim de anular o ato. No STF, o que pautou as discussões, sempre sob a perspectiva individual (dissociada, portanto, da tutela coletiva), foi a ponderação entre situações jurídicas ativas (liberdade da UBC – de associação, organização e estabelecimento de regramento próprio) e passivas (deveres de respeitar garantas fundamentais dos seus associados, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa). Concluiu-se que garantias fundamentais também incidem em face de entes privados. (STF, RE 201819, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 11.10.2005).
130. Reconhecendo a possibilidade de comissão de formatura figurar como ré (em ação que pretendia devolução de valores pagos): TJMG, AC n. 10000181309675001, Rel. José Marcos Vieira, julg. 28.3.2019.
131. TJGO, Apelação Cível no 50039-65.2013.8.09.0051, Rel. Des. Alan de Sena Conceição, 5a Câmara Cível, DJe 23.01.2017.
132. Tem-se conhecimento de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Ceará contra três torcidas em litisconsórcio passivo, em que restou determinado a dissolução compulsória das rés, por reconhecer o desvirtuamento de suas finalidades, em razão da participação em brigas entre torcedores, incitação à violência e à prática de atos delituosos por seus membros. (TJCE, Apelação Cível no 0157143-56.2013.8.06.0001, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, DJe 18.12/2019).
133. Em 2012, o Conselho Regional de Enfermagem da Bahia moveu ação civil pública contra a microempresa organizadora do Bloco “As Poderosas”, de travestidos, para impedi-lo de desfilar no Carnaval de Juazeiro com o tema “enfermeiros”, por criar suposta situação vexatória à classe profissional. A liminar foi negada, como noticiado pelo Conjur, na reportagem “Justiça libera uso de fantasia de enfermeira em bloco carnavalesco, de 15.01.2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jan-15/justica-libera-uso-fantasia-enfermeira-bloco-carnavalesco>, com último acesso em 15.7.2020.
134. Em março de 2020, o Bloco do Síndico, tradicional bloco de carnaval de São Paulo que homenageia o cantor carioca Tim Maia, foi notificado extrajudicialmente pelos advogados do filho do artista, para iniciar uma negociação sobre os seus direitos autorais, que estariam sendo explorados comercialmente desde 2015 sem a autorização da família. Reportagem G1 de 08.03.2020, “Em disputa com família do cantor Tim Maia, Bloco do Síndico pode se despedir do Carnaval de rua de São Paulo”. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/03/08/em-disputa-com-familia-do-cantor-tim-maia-bloco-do-sindico-pode-se-despedir-do-carnaval-de-sp.ghtml>, com último acesso em 15.7.2020.
135. O TJRJ já reconheceu a possibilidade de um bloco não registrado responder pelos danos materiais decorrentes do uso de ilustração sem a devida autorização do autor: “APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO

(v) ações que versem sobre contratos firmados pelo grupo, como locação, prestação de serviços em geral (por ex., buffet contratado pela comissão de formatura para prestar serviços durante o baile, empresa de marketing contratada para elaborar a marca de um grupo de pesquisa; árbitros contratados para apitar o campeonato de várzea); (vi) ações envolvendo débitos previdenciários (art. 15, da Lei nº. 8.212/91)¹³⁶. Para tais casos não é adequado falar em ações coletivas, ativas ou passivas.¹³⁷

O art. 75, IX, do CPC deve ser lido para todo tipo de tutela, individual ou coletiva, portanto.

Por fim, vale ressaltar que o reconhecimento de que entes despersonalizados são sujeitos de direito e, portanto, titulares de situações jurídicas, não deve ser confundido com a análise, posterior, de legitimidade e interesse. Os fenômenos estão em planos distintos, de tal forma que a afirmação no sentido de que a personalidade judiciária (ou capacidade de ser parte) *apenas existe para a prática de determinados atos* é equivocada. A questão, no caso, é de legitimidade e não de capacidade.¹³⁸

POR DANO MATERIAL. DIREITO AUTORAL. Autor que, em acordo com os organizadores de determinado bloco de carnaval, cria gravura para representar o mesmo na festividade de 2013. Desenho que passa a ilustrar as camisetas e ventarolas confeccionadas pelo bloco. Pleito de indenização por dano material dirigido em face de empresa apoiadora do bloco que nada mais fez do que custear as ventarolas. Pretensão que deveria ter sido direcionada ao bloco, que supostamente utilizou a gravura criada pelo demandante fora dos moldes acordados. Improcedência do pedido. Recurso a que se nega provimento.” (TJRJ, Apelação Cível no 0068343-89.2013.8.19.0001, Rel. Des. Fernando Fernandes, 13a Câmara Cível, j. em 30.1.2014).

136. “Art. 15. Considera-se: I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional; [...] Parágrafo único. Equiparam-se a empresa, para os efeitos desta Lei, o contribuinte individual e a pessoa física na condição de proprietário ou dono de obra de construção civil, em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou a entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras.”

137. Doutrina e jurisprudência têm utilizado o art. 75, IX do CPC como fundamento para justificar o ajuizamento de ações coletivas passivas em face de entes organizados despersonalizados, ressaltando, inclusive, no §2º, que “a sociedade ou associação sem personalidade jurídica não poderá opor a irregularidade de sua constituição quando demandada”. Isso se dá, especialmente, em ações possessórias coletivas envolvendo entes despersonalizados que, muitas vezes, alegam a incapacidade como matéria de defesa. V. TJ-DF 20160110020927 DF 0000273-94.2016.8.07.0018, Relator: SILVA LEMOS, Data de Julgamento: 02/08/2017, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 14/09/2017. Além disso, o art. 343, §5º, na mesma linha, reconhece que é possível ser proposta reconvenção em ação coletiva, ou individual. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. O CPC-2015 e a reconvenção em processo coletivo. In: *Processo coletivo*. Coordenador Hermes Zaneti Jr. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8, coordenador geral Fredie Didier Jr.) – Salvador: Juspodivm, 2016, p. 511). No mesmo sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume VII (arts. 318 a 368)*. Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bandioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 246.

138. Expressamente relacionando a legitimidade para prática de determinados atos e a chamada personalidade judiciária, vide: STJ, AgInt no AREsp 1550993/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julg. 1.6.2020.

Por isso, não se pode, *a priori*, afirmar que a legitimidade ativa de entes despersonalizados decorreria da sua capacidade de ser parte.¹³⁹ Esta se reconhece simplesmente em razão da constatação de serem sujeitos de direito, partícipes de situações jurídicas ativas e passivas, que lhes permitem participar do processo, nas mais diversas posições. A legitimidade, como explicitado, dependerá da análise do ato a ser praticado.

5. A REPRESENTAÇÃO DOS GRUPOS E ASSOCIAÇÕES DE FATO EM JUÍZO

Admitindo-se que tais entes despersonalizados possuam capacidade de ser parte (ou, melhor, capacidade para figurar numa relação processual), quem falará pelo grupo, na hipótese de defesa de interesses próprios? Veja-se que, para tais situações, não necessariamente serão úteis as construções relativas à legitimação extraordinária e à escolha do “representante adequado” (regra nos processos coletivos),¹⁴⁰ já que o próprio grupo ou associação de fato defenderá o seu direito.

Trata-se, então, de um problema de *representação*. Por não serem pessoas naturais, os agrupamentos – tal como ocorre com as pessoas jurídicas (formalmente constituídas) – “necessitam de expedientes técnicos para que possam exercer os direitos que previamente adquiriram”,¹⁴¹ inclusive o direito de ser parte do processo. É necessário identificar quem serão os responsáveis por externar e executar os atos dos grupos e associações irregulares.

O próprio CPC já antecipa – em parte – a solução para tal problema, afirmando que tais entes despersonalizados serão *representados* em juízo pela “pessoa a quem couber a administração de seus bens” (art. 75, IX). Mas tal identificação pode não ser muito fácil, e a adequada definição do representante do agrupamento – que fala pelo agrupamento – é essencial para assegurar a sua hígida participação no processo judicial.

Nos casos em que o agrupamento ou a associação tiver identificado, em normas internas – ainda que não registradas – uma ou algumas pessoas naturais para administração de seus bens e representação do grupo, a solução será mais simples, pois o regime poderá ser transplantado para o processo judicial.

Afinal, o fato de eventual estatuto não ter sido registrado, se não é óbice a que o próprio grupo seja considerado sujeito de direito e vá a juízo, tampouco pode ser óbice a que se reconheça como se dá sua representação. Nessas hipóteses, vale o que

139. Como fez o STJ, nos autos do AgRg no AREsp 850.804/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 29.4.2019.

140. Tampouco se aplica, pelos mesmos motivos, o entendimento do STF sobre a necessidade de autorização individual dos associados para que a associação defenda seus interesses em juízo (que tem como acórdão paradigma o oriundo do RE n. 573.232), já que não se trata de defesa de direitos individuais dos associados, e sim dos interesses da própria associação.

141. EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016, p. 171.

convencionaram os membros do grupo, ou os associados de fato, ainda que não haja um registro formal do ato.¹⁴²

O problema torna-se mais complicado nas hipóteses em que não há normas internas estatuinto a forma de administração e representação. Para tais casos, a identificação será necessariamente casuística, mas é possível pensar desde já em parâmetros para nortear tal atividade.

O primeiro parâmetro digno de nota é o costume.

O costume, sendo fonte não escrita de norma,¹⁴³ já é empregado para identificar o cacique como representante da comunidade indígena (um dos agrupamentos acima identificados),¹⁴⁴ e poderia ser utilizado para outros grupos organizados despersonalizados.

Para a identificação do porta-voz do grupo, também é relevante averiguar quem é o sujeito (ou os sujeitos) reconhecido, por aqueles de fora do agrupamento, como seu líder. A pessoa que age pelo grupo em suas relações com terceiros, que se manifesta pelo grupo publicamente, que movimenta recursos e assume responsabilidades pelo grupo, pode ser representante para os fins do art. 75, IX, do CPC. No exemplo das comissões de formatura, citado acima, esse é o critério empregado pela jurisprudência.¹⁴⁵

142. Nesse sentido, cita-se julgado do TJRS, que reconheceu a possibilidade de associação irregular figurar em juízo, representada por presidente eleito: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA. CAPACIDADE PROCESSUAL. ASSOCIAÇÃO IRREGULAR. ENTE DESPERSONALIZADO. As associações e as sociedades irregulares tem capacidade para estar em juízo e sua representação se dá por quem estiver regularmente investido dos poderes de administração, nos termos dos art. 986 do Código Civil e art. 75, X, do CPC/15 (...) Destarte, como já fundamentado, a associação irregular; tem capacidade processual; e a autora está representada por presidente formalmente eleito” (TJRS, Apelação Cível Nº 70080398563, Rel. João Moreno Pomar, julg. 31.1.2019).

143. Apesar das controvérsias doutrinárias, é possível afirmar que o costume é assim considerado quando há repetição de um comportamento de forma geral e constante (uso), seguido pelos indivíduos por acreditarem que dele decorre norma jurídica: SOUZA, Marcus Seixas. *Normas processuais consuetudinárias*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 102-111. Também identificando o costume como fonte normativa: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 22ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 83-84.

144. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123. O autor cita o caso do processo 2002-33.01.001558-0, em trâmite no TRF1, envolvendo a Comunidade Indígena Pataxó. Também identificando que, no caso indígena, a representação decorrerá dos costumes: GODINHO, Robson Renault. Comentários ao art. 70. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 137.

145. Admitindo a associação de fato em juízo, representada pela sua “líder”, que recebia os pagamentos e fazia a interface com a empresa prestadora de serviços. Ao incluir a comissão de formatura no polo passivo da demanda indenizatória, os autores dirigiram a demanda à comissão, mas indicaram desde já sua representação pela aluna líder: TJMG, AC n. 10000181309675001, Rel. José Marcos Vieira, julg. 28.3.2019.

As próprias decisões judiciais, por sua vez, também podem ser consideradas como parâmetros para identificação dos representantes do grupo. Admitindo-se que decisões podem ser fonte de normas processuais (no caso, de representação),¹⁴⁶ é possível que decisões prolatadas em casos anteriores reconhecendo a atuação de determinado grupo se prestem a identificar o representante para ações futuras.¹⁴⁷

Outro parâmetro a ser empregado para a identificação do representante do grupo em juízo poderia ser a ausência de conflitos de interesse do representante com os interesses do grupo, critério utilizado, por exemplo, na representação de incapazes (art. 72, I, do CPC), e também de representantes adequados na tutela coletiva. Trata-se, em realidade, de um pressuposto negativo para a identificação do representante.

Em qualquer cenário, admite-se a possibilidade de que, integrado o ente despersonalizado a uma relação processual, o membro do grupo ou associação irregular questione a representação pelo indivíduo então indicado para tanto. Havendo elementos que demonstrem que a representação e/ou administração de bens compete a outro sujeito, caberá ao juízo decidir a questão, identificando o representante.

Tal hipótese pode ocorrer quando ajuizada demanda em face do grupo e indicado como representante sujeito que, embora aparente sê-lo, não o é.¹⁴⁸ Nesses casos, caberá ao sujeito indicado como tal apresentar os dados do real líder ou representante, caso tenha conhecimento, para que esse assuma a condução do processo (à semelhança do que prevê o art. 339 do CPC, embora para a legitimação), inclusive com a reabertura do prazo de manifestação, se necessário.

146. O que fica mais evidente à luz do CPC/2015: ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 22ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 78-79.

147. Marcus Seixas Souza identifica que “eventualmente, as decisões que reconhecem os costumes podem tornar-se precedentes, os quais, muitas vezes, se autonomizam e se tornam fontes normativas mais importantes, na prática, do que o próprio costume que anteriormente havia sido objeto de decisão judicial” (SOUZA, Marcus Seixas. *Normas processuais consuetudinárias*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 110). Nossa leitura é que isso pode ocorrer também quanto à representação do grupo, embora costume e jurisprudência não se confundam.

148. O TJSP reconheceu a possibilidade de citar agrupamento social (MST) na pessoa de um integrante do movimento que vigiava o local, entendendo que “se há aplicação da teoria da aparência para as pessoas jurídicas, que são citadas por meio de funcionário ou de quem receba o oficial de justiça, ainda que não conste como representante da sociedade nos atos constitutivos, logicamente, será admitida a citação de associações de fato, concretizada por meio de pessoas que se apresentem como integrantes ou líderes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra” (TJSP, Ap. Cível 0000856-09.2011.8.26.0218, Rel. Sandra Galhardo Esteves, julg. 2.2.2015). Consta do voto: “embora destituído de personalidade jurídica, trata-se o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra de um agrupamento organizado de pessoas destinado a fim não econômico e, por isso, sua existência não deve ser ignorada. Consiste em uma associação de fato que ostenta capacidade processual, ou seja, pode figurar nos processos nos quais são debatidos os direitos, interesses e fatos envolvendo o grupo social”.

Ainda sobre o tema, não vemos óbice a que o próprio grupo ou associação seja consultado a respeito de sua representação, em deliberação que poderia ocorrer mediante os meios usualmente empregados pelo agrupamento para suas decisões, como reuniões e assembleias. É possível então, que mesmo nos casos em que não haja um único líder (ou mesmo qualquer líder), o grupo escolha o sujeito que falará em seu nome especificamente para aquele ato ou processo judicial.¹⁴⁹

6. CONCLUSÕES

O art. 75, IX, do CPC, ao instituir que entes despersonalizados organizados e associações irregulares podem figurar na relação processual, atesta que tais entes são sujeitos de direito, possuindo capacidade jurídica e ao menos uma capacidade específica, a de ser parte.

As possibilidades decorrentes do dispositivo legal são amplas e variadas: abre-se espaço para que esses sujeitos, que já titularizam diversas situações jurídicas de direito material, defendam os seus interesses próprios em juízo, titularizando situações jurídicas processuais.

Desse modo, embora haja usualmente a assimilação dos grupos sociais com a defesa de interesses alheios e metaindividuais, o art. 75, IX, não só fortalece a atuação dos entes despersonalizados na tutela coletiva, mas também abarca as múltiplas situações de defesa dos interesses do próprio grupo (enquanto sujeito de direito) em juízo.

O presente artigo buscou dar os primeiros passos em relação ao tema, especificamente pela identificação de elementos comuns para a caracterização dos agrupamentos aptos a integrarem a relação processual e pela reflexão sobre a sua representação em juízo.

7. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

149. Cita-se como exemplo a escolha pontual de representante por povos e comunidades tradicionais quando chamados, por exemplo, a participar de audiências públicas.

- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, v. II: parte geral: institutos fundamentais: Tomo 1*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Revista de Processo*, vol. 39, 1985.
- BESERRA, Maria dos Remédios. *Associativismo Rural: estratégia de participação para consolidação da agricultura familiar na associação comunitária dos pequenos produtores rurais de Mirolândia, em Picos - Piauí*. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Federal de Pernambuco, 2011.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- _____. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, vol. 404, ano 105, jul-ago/2009.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Vol. 2, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o direito dos povos e comunidades tradicionais*. Brasília, 2018. Disponível em <http://www.dedihc.pr.gov.br/arquivos/File/2018/RELATRIOSOBREOSDIREITOSDOSPOVOSECOMUNIDADESTRADICIONAISv2.pdf>. Acesso em 22.06.2020.
- COSTA, André Lucirton. A organização cordial. Ensaio de cultura organizacional do Grêmio - Gaviões da Fiel. *Revista de Administração de Empresas FGV/SP*. São Paulo, v. 35, n. 6, nov./dez. 1995, p. 40-54.
- DIDIER JR., Fredie. Class actions and collective defendant legal situations. *Zeitschrift fur Zivilprozess International*, v. 14, p. 339-348, 2009.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 22ª ed.. Salvador: Juspodivm, 2020.
- _____. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*, vol. 210, p. 41–56, ago/2012.
- _____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, v. 4. 14. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.
- _____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coordenadores). *Medidas executivas atípicas*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002
- EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016.
- EXPOSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

- FIÚZA, César. Pequena abordagem crítica à teoria dos entes despersonalizados. *Revista da faculdade de direito da UFMG*, n. 43, p. 65-72, fev. 2014.
- FRONTINI, Ana Paula. Titularidade de direitos imobiliários por entes despersonalizados: paradoxo no ordenamento jurídico pátrio. *Revista de direito imobiliário*, vol. 83, jul.-dez.2017.
- FRYDBERG, Marina Bay; KOSSAK, Alex; MACHADO, Gustavo Portela. *O bloco produto e o produto no bloco: tensões e relações entre economia e cultura no carnaval dos blocos de rua do Rio de Janeiro*. Papel apresentado no VIII Encontro Nacional de estudos do consumo, na UFF, 09.11.2016. Disponível em estudosdoconsumo.com. Acesso em 27.8.2020.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Teoria geral do processo*. Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Forense, 2015.
- GODINHO, Robson Renault. Comentários ao art. 70. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Ações coletivas passivas: um diálogo com a doutrina – primeira parte. *Revista de Processo*, vol. 287. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- GOMES NETO, José. Shopping Center: regulamentação jurídica e proteção ao lojista. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 39/1996.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Novos paradigmas da jurisdição*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil law. *Revista de Processo*, vol. 157. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2006.
- LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.
- MAIELLO, Anna Luiza Duarte. *Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2012.
- MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1866. 1v.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Acheegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*, vol. 3.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *Revista de Processo*, vol. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. *Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Social. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <https://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/Cartilha-Povos-tradicionais.pdf>. Acesso em 22.6.2020.
- KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out/2010, p. 711-725.
- NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; MACHADO, Joana de Souza. Pessoa e liberdade de associação: o tensionamento democrático das relações privadas. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- _____. Primeiras reflexões sobre a legitimidade processual no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 305. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 63-82.
- _____. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial – 2ª série*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- OLIVA, Milena Donato. Condomínio edilício de subjetividade: análise crítica da categoria dos entes despersonalizados. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego (Org.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. *Entes despersonalizados: controvérsias jurídicas e lacunas legislativas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2020, disponível em: www.senado.leg.br/estudos, acesso em 19.5.2020.
- PEIXOTO, Ravi. Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojetos. *Revista de Processo*, v. 256. São Paulo: Thomson Reuters, 2016.
- PEREIRA, Débora Macedo Duprat de Brito. *O Direito sob o marco da pluriethnicidade / multiculturalidade*. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83433/PEREIRA_DMDB_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 22.6.2020.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte especial, tomo XLIX. 3 ed. São Paulo: RT, 1984.
- RAMOS, Paulo. Chamar movimentos de identitários é burrice engajada. <http://www.justificando.com/2019/02/19/chamar-movimentos-de-identitarios-e-burrice-engajada/>. Acesso em 16.8.2020.
- SALLES, Carlos Alberto de. Comentários ao art. 75. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SANTOS, Amanda Farias. *Torcidas Organizadas e Sociabilidade Juvenil no Nordeste*. Ministério do Esporte, Brasília, 2013, p. 63-65. Disponível em: http://arquivo.esporte.gov.br/arquivos/ascom/publicacoes/Livro%20Torcidas%20Organizadas_WEB_2.pdf. Acesso em 15.7.2020.

- SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Capacidade processual de entes despersonalizados. *Revista de Processo*, vol. 56, out.-dez. 1989.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 200, out/2011, versão digital.
- SOUZA, Marcus Seixas. *Normas processuais consuetudinárias*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- STONE, Christopher D. Should trees have standing? – toward legal rights for natural objects. *Southern California Law Review*, 45, 1972.
- TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo coletivo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- _____. Partes e terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016/2009). *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 80. São Paulo, 2009, p. 33-51.
- _____. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coordenadores). *Medidas executivas atípicas*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- _____. Um processo para chamar de seu. Disponível em https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015_. Acesso em 12.8.2020.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Teoria geral do direito civil*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. *Revista de Processo*, vol. 278, p. 297-335, Abr/2018.
- WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, vol. 34, 1984.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.
- ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ZUFELATO, Camilo. O caso ‘rolezinho’ como ação coletiva passiva e a intervenção da defensoria pública para garantir a representatividade adequada do grupo. *Revista de Processo*, vol. 253, mar.-2016.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Anexo

Anteprojeto de lei. Atribuição da prática de atos executivos para agentes de execução no cumprimento de sentença ou no processo execução. Proposta de alterações ao Código de Processo Civil e à Lei de Execuções Fiscais

(Draft bill. Proposal of statutory modifications in the Brazilian Code of Civil Procedure and the Execution of Public Credits Act)

**Juliana Melazzi Andrade; Antonio do Passo Cabral; André Parizio;
Larissa Carrasqueira Duarte; Eduarda Boisson.**

(Members of the Research Group “Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo”
– Rio de Janeiro State University)

Abstract. In Brazilian Law, most of the activity at the execution or enforcement phase is performed by the judge. Following the example of several jurisdictions, that has been some debate about decentralizing the execution, attributing to an “execution agent” many procedural legal acts that are usually subject of judicial concern. The current paper is a draft proposal of a bill amending the Code of Civil Procedure and other statutes to introduce the execution agent in the Brazilian legal system.

Resumo. No direito brasileiro, a maior parte da atividade executiva é desenvolvida pelo juiz. Seguindo exemplo de outros sistemas jurídicos estrangeiros, é muito atual o reclamo por uma “descentralização” da execução, atribuindo ao agente de execução muitos atos executivos que usualmente são objeto de apreciação judicial. O presente artigo é um anteprojeto de lei que pretende emendar o Código de Processo Civil e a Lei de Execuções Fiscais para introduzir o agente de execução no ordenamento jurídico brasileiro.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

No Brasil, ao contrário de diversos outros países, a condução da atividade executiva (cumprimento de sentença ou processo de execução) é feita exclusivamente e de maneira concentrada pelo juiz. E, como se sabe, os procedimentos de execução, segundo as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), são um enorme problema para a efetividade do Judiciário porque demoram cerca de duas vezes mais para terminarem que os demais procedimentos na fase cognitiva.

Some-se a isso o fato de que a execução é um processo que compreende atividades muito diversas daquelas normalmente exercidas pelos juízes, cujos atos muitas vezes se assemelham a atos negociais, de oferta, exibição de bens, realização de avaliações e leilões, a fim de obter um resultado ótimo que preserve os bens do executado (alienando-os pelo preço de mercado) e consiga satisfazer o crédito representado no título executivo.

Para atacar os problemas de inefetividade da execução, diversos países têm se orientado pela descentralização das funções executivas.

Na Europa, não só alguns sistemas jurídicos nacionais desenvolveram leis próprias, como também o Conselho da Europa editou a *Recommendation Rec (2003) 17* do Comitê de Ministros, criando a figura do agente de execução, como “pessoa autorizada pelo Estado para conduzir o processo executivo, independentemente de esta pessoa estar empregada pelo Estado ou não” (item I, b).

No modelo bem sucedido adotado em Portugal, por exemplo, o agente é responsável por “efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam da competência exclusiva do juiz, incluindo, nomeadamente, citações, notificações, publicações, consultas de bases de dados, penhoras e seus registos, liquidações e pagamentos” (art. 719, do CPC português). Ademais, poderá ser constituído depositário dos bens penhorados (arts. 756 e 779, CPC), realizar a adjudicação dos bens (art. 799, CPC), receber, em consignação, rendimentos de imóveis ou de móveis sujeitos a registo (art. 803, CPC), realizar a locação de bens (art. 804, CPC), decidir pela venda de bens do executado (art. 812, CPC), realizar ele mesmo a venda de bens (art. 833, CPC), suspender as diligências executórias (art. 863, CPC), realizar a citação pessoal e por edital do executado (arts. 10, 11 e 12 da Portaria 282/2013 do Ministério da Justiça) e a notificação dos mandatários das partes (art. 13 da Portaria

282/2013), solicitar informações às instituições financeiras para realizar a penhora de ativos (art. 17 da Portaria 282/2013).

A tentativa de descentralizar a execução está relacionada com a busca pela efetividade da prestação jurisdicional, dado que o acesso à justiça exige uma tutela jurisdicional efetiva, que somente será garantida se o processo for capaz de assegurar a integral satisfação dos direitos mercedores de proteção, incluída aí a atividade executiva (art.4º do CPC).

Dessa forma, impõe-se que a repartição de funções no processo se dê de maneira que cada atividade seja atribuída ao sujeito com melhores condições de desempenhá-la. Esse resultado pode ser atingido, na execução, com a divisão de funções para prática de atos executivos entre juízes e outros sujeitos.

Algumas hipóteses de delegação e divisão de competências executivas já são autorizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como a delegação aos servidores para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório (art. 93, XIV, CRFB), sob supervisão e fiscalização do magistrado, que pode revê-los (art. 203, §4º, CPC); e a delegação de atribuições pelo Supremo Tribunal Federal para a prática de atos processuais relacionados à execução de seus julgados por juízes de primeira instância (art. 102, I, “m”, CRFB).

Nesse sentido, a inserção na legislação brasileira da figura dos “agentes de execução”, além de aperfeiçoar o modelo extremamente moroso que concentra no juiz todas as funções, permitiria a condução da execução por sujeitos com maior *expertise*, já que os profissionais que desempenharem essas atividades executivas poderão ser qualificados e capacitados especificamente. Além disso, desoneraria a atividade dos magistrados – que não mais seriam incumbidos de dar andamento aos atos materiais de execução –, liberando-os para que foquem em outros processos onde sua tarefa de julgamento seja mais necessária ou em outros atos processuais, na própria execução ou cumprimento de sentença, que sejam submetidos a reserva de jurisdição.

Para implementar essa inovação, podem-se facilmente modificar alguns artigos do Código de Processo Civil de 2015. Assim, uma vez instaurada a fase de cumprimento de sentença ou o processo de execução, poderiam ser atribuídas ao agente de execução a prática de atos executivos, neste caso ficando reservado ao magistrado funções exclusivamente judiciais, como o julgamento da defesa do executado e as impugnações aos atos do agente de execução, bem como algumas providências formais que dependam de acesso a bancos de dados sensíveis protegidos por sigilo (p.ex., penhora *online* de ativos em conta bancária ou aplicação financeira).

A fim de emprestar mais eficiência para essa atividade, como determinado nos arts. 255 e 782, §1º do CPC com relação ao oficial de justiça, o agente de execução poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas de fácil comunicação e nas que se situem na mesma região metropolitana.

Cabe destacar que, no modelo adotado pelo anteprojeto, os agentes de execução podem ser sujeitos públicos ou privados. Não faz sentido que se atribua a função exclusivamente aos oficiais de justiça ou a entidades cartorárias judiciais ou extrajudiciais. É importante que se permita livre iniciativa, a fim de fomentar a eficiência, seguindo a diretriz do CPC de autorizar que entes privados (pessoas naturais ou jurídicas) atuem como auxiliares da justiça em certas funções descentralizadas (como o mediador, administrador de bens, leiloeiro) e para a prática de atos ordinatórios e reais (veja-se p. ex. a disciplina das intimações, que podem ser realizadas agora por pessoas e entidades privadas). De todo modo, sendo agentes públicos ou particulares, os agentes de execução terão o dever de atuar de forma imparcial e de acordo com o ordenamento jurídico, podendo ser escolhidos pelas partes ou nomeados pelo juiz e selecionados por livre distribuição entre aqueles constantes de cadastro ou lista oficial, como ocorre em Portugal. A todos aplicam-se as regras de impedimento e suspeição, porquanto os agentes de execução atuarão como auxiliares da justiça (art. 148, II, CPC).

Evidentemente, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) obsta que se retire o direito de a parte provocar o magistrado, sobretudo considerando que o exercício da cognição cabe ao juiz, a quem competirá coibir abusos na atuação dos agentes de execução nos casos de violação à lei, excesso de poderes – isto é, extrapolação do que foi delimitado pelo ato interno do tribunal que delega a atividade –, escolha de meios executivos demasiadamente gravosos ao executado, que atingem seu patrimônio mais do que o imprescindível para o adimplemento de sua obrigação, e violação à entendimento firmado pelo tribunal ou pelos tribunais superiores.

Com relação às custas para a prática dos atos executivos, estas poderão ser adiantadas pelo exequente, salvo se for beneficiário da gratuidade de justiça, quando deverão ser adiantadas pelo Estado e posteriormente ressarcidas pelo executado, como já ocorre com relação aos honorários periciais (art. 95 §§ 3º a 5º do CPC). A remuneração do agente de execução privado deverá ser adiantada pelo exequente e suportada pelo executado, vez que, como regra, foi este quem deu causa à execução. Caso, contudo, se verifique que o executado tem razão em sua defesa, estes encargos deverão recair sobre o exequente.

O magistrado será responsável não apenas por decidir impugnações sobre a atividade dos agentes de execução, mas também de fiscalizar o exercício das suas funções.

Deve-se lembrar ainda que a regulamentação mais detalhada dessa atividade será implementada pelo Conselho Nacional de Justiça e disposição dos regimentos internos dos tribunais. Não se exclui que, além do magistrado competente, órgãos administrativos do próprio tribunal ou do CNJ atuem também como órgão supervisor. Isso ocorre em outros países, como por exemplo a Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ) em Portugal, que é a entidade administrativa independente, com atribuições de supervisão e regulação dos auxiliares da justiça; ou o Comitê Disciplinar na Bulgária, responsável pela edição de resoluções regulamentadoras da profissão

e pela imposição de penalidades aos agentes (na Bulgária, inclusive, foi editado um código de ética para os agentes de execução), que estipulou padrões de comportamento para estes profissionais); e também um Departamento Administrativo responsável pela supervisão da execução na Finlândia (art. 12 do Código de Execução finlandês).

Firmes no entendimento de que essa alternativa pode incrementar a efetividade do processo de execução, reduzindo sua duração e otimizando seus resultados, além de aliviar a força de trabalho dos juízes para outras funções, nosso Grupo de Pesquisa Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), registrado no CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico e membro fundador da ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, desenvolveu o seguinte Anteprojeto de lei para alteração do Código de Processo Civil, sugerindo a modificação de alguns dispositivos do CPC para permitir a inserção dessa função na legislação brasileira.

Por fim, cabe destacar que entendemos mais adequada a modificação do Código de Processo Civil e da Lei de Execuções Fiscais do que a veiculação por meio de uma lei esparsa. A razão para isso é que o CPC é uma norma atualíssima, de grande qualidade e que vem permitindo o aprimoramento do sistema de justiça. Melhor parece ser promover pequenas alterações para modificá-lo, preservando sua unidade, do que iniciar um fracionamento da legislação de regência, com uma plêiade de regras avulsas pulverizadas em uma série de leis, com menos unidade e coerência.

Sugere-se que a alteração ao CPC e à LEF sejam acompanhadas de dispositivo que estabeleça *vacatio legis* não inferior a um ano, dando tempo para que os tribunais treinem os oficiais de justiça ou outros servidores públicos para assumirem as funções de agentes de execução, e também que a iniciativa privada tenha tempo para oferecer tais serviços de maneira estruturada e com tempo hábil para treinar os profissionais, capacitando-os para o exercício de funções executivas.

Divulgamos o presente Anteprojeto de lei, submetendo-o à discussão pública, a fim de que, recebendo críticas e sugestões, possamos aprimorá-lo e enviá-lo ao Congresso Nacional para avaliação dos parlamentares.

Rio de Janeiro, 12 de novembro de 2020.

Antonio do Passo Cabral

Professor Associado da UERJ

Coordenador da Pesquisa

ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

–	<p>Art. 1º a Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil) passará a vigor com as seguintes alterações:</p>
<p>Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:</p>	<p>“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:</p> <p>(...)</p> <p>XI - decidir requerimentos feitos pelo agente de execução, nos casos previstos em lei;</p> <p>XII - decidir impugnações feitas pelas partes, por terceiro interessado e pelo Ministério Público aos atos praticados pelo agente de execução;</p>
<p>Art. 246. A citação será feita:</p> <p>I - pelo correio;</p> <p>II - por oficial de justiça;</p> <p>III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;</p> <p>IV - por edital;</p> <p>V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei.</p>	<p>Art. 246. A citação será feita:</p> <p>I - pelo correio;</p> <p>II - por oficial de justiça ou, quando se tratar de cumprimento de sentença ou processo de execução, pelo agente de execução;</p> <p>III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;</p> <p>IV - por edital;</p> <p>V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei;</p>
<p>Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.</p>	<p>Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça ou agente de execução nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.</p>
	<p>Art. 250-A. O mandado que o agente de execução tiver de cumprir conterá:</p> <p>I - os nomes do exequente e do citando e seus respectivos domicílios ou residências;</p> <p>II - a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para apresentar impugnação ao cumprimento de sentença ou embargar a execução;</p> <p>III - a aplicação de sanção para o caso de descumprimento da ordem, se houver;</p> <p>IV - a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.</p>
<p>Art. 251. Incumbe ao oficial de justiça procurar o citando e, onde o encontrar, citá-lo:</p> <p>I - lendo-lhe o mandado e entregando-lhe a contrafé;</p> <p>II - portando por fé se recebeu ou recusou a contrafé;</p> <p>III - obtendo a nota de ciente ou certificando que o citando não a apôs no mandado.</p>	<p>Art. 251. Incumbe ao oficial de justiça ou agente de execução procurar o citando e, onde o encontrar, citá-lo:</p> <p>I - lendo-lhe o mandado e entregando-lhe a contrafé;</p> <p>II - portando por fé se recebeu ou recusou a contrafé;</p> <p>III - obtendo a nota de ciente ou certificando que o citando não a apôs no mandado.</p>

<p>Art. 255. Nas comarcas contíguas de fácil comunicação e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá efetuar, em qualquer delas, citações, intimações, notificações, penhoras e quaisquer outros atos executivos.</p>	<p>Art. 255. Nas comarcas contíguas de fácil comunicação e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça ou agente de execução poderão efetuar, em qualquer delas, citações, intimações, notificações penhoras e quaisquer outros atos executivos.</p>
<p>Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.</p> <p>§ 1º A certidão de intimação deve conter:</p> <p>I - a indicação do lugar e a descrição da pessoa intimada, mencionando, quando possível, o número de seu documento de identidade e o órgão que o expediu;</p> <p>II - a declaração de entrega da contrafé;</p> <p>III - a nota de ciência ou a certidão de que o interessado não a após no mandado.</p> <p>§ 2º Caso necessário, a intimação poderá ser efetuada com hora certa ou por edital.</p>	<p>Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça ou agente de execução quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.</p> <p>§ 1º A certidão de intimação deve conter:</p> <p>I - a indicação do lugar e a descrição da pessoa intimada, mencionando, quando possível, o número de seu documento de identidade e o órgão que o expediu;</p> <p>II - a declaração de entrega da contrafé;</p> <p>III - a nota de ciência ou a certidão de que o interessado não a após no mandado.</p> <p>§ 2º Caso necessário, a intimação feita pelo oficial de justiça poderá ser efetuada com hora certa ou por edital.</p>
<p>Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição:</p> <p>I - ao membro do Ministério Público;</p> <p>II - aos auxiliares da justiça;</p> <p>III - aos demais sujeitos imparciais do processo.</p>	<p>Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição:</p> <p>I - ao membro do Ministério Público;</p> <p>II - aos auxiliares da justiça;</p> <p>III - aos agentes de execução;</p> <p>IV - aos demais sujeitos imparciais do processo.</p>
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III</p> <p style="text-align: center;">DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA</p> <p>Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outras cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III</p> <p style="text-align: center;">DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA</p> <p>Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outras cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista, o regulador de avarias e o agente de execução.</p>
<p style="text-align: center;">Seção I</p> <p style="text-align: center;">Do Escrivão, do Chefe de Secretaria e do Oficial de Justiça</p> <p>Art. 150. Em cada juízo haverá um ou mais ofícios de justiça, cujas atribuições serão determinadas pelas normas de organização judiciária.</p>	<p style="text-align: center;">Seção I</p> <p style="text-align: center;">Do Escrivão, do Chefe de Secretaria e do Oficial de Justiça e do Agente de Execução</p> <p>Art. 150. Em cada juízo haverá um ou mais ofícios de justiça, cujas atribuições serão determinadas pelas normas de organização judiciária.</p>
	<p>Art. 153-A. Aplicam-se ao agente de execução, no que couber, as disposições previstas no artigo anterior.</p>

<p>Art. 154. Incumbe ao oficial de justiça:</p> <p>I - fazer pessoalmente citações, prisões, penhoras, arrestos e demais diligências próprias do seu ofício, sempre que possível na presença de 2 (duas) testemunhas, certificando no mandado o ocorrido, com menção ao lugar, ao dia e à hora;</p> <p>II - executar as ordens do juiz a que estiver subordinado;</p> <p>III - entregar o mandado em cartório após seu cumprimento;</p> <p>IV - auxiliar o juiz na manutenção da ordem;</p> <p>V - efetuar avaliações, quando for o caso;</p> <p>VI - certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber.</p> <p>Parágrafo único. Certificada a proposta de autocomposição prevista no inciso VI, o juiz ordenará a intimação da parte contrária para manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sem prejuízo do andamento regular do processo, entendendo-se o silêncio como recusa.</p>	<p>Art. 154. Incumbe ao oficial de justiça:</p> <p>I - fazer pessoalmente citações, prisões, penhoras, arrestos e demais diligências próprias do seu ofício, sempre que possível na presença de 2 (duas) testemunhas, certificando no mandado o ocorrido, com menção ao lugar, ao dia e à hora;</p> <p>II - executar as ordens do juiz a que estiver subordinado;</p> <p>III - entregar o mandado em cartório após seu cumprimento;</p> <p>IV - auxiliar o juiz na manutenção da ordem;</p> <p>V - efetuar avaliações, quando for o caso;</p> <p>VI V - certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber.</p> <p>Parágrafo único. Certificada a proposta de autocomposição prevista no inciso VI, o juiz ordenará a intimação da parte contrária para manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sem prejuízo do andamento regular do processo, entendendo-se o silêncio como recusa.</p>
	<p>Art. 154-A. Incumbe ao agente de execução, nos limites da sua atribuição funcional ou da delegação do juiz competente em cada caso:</p> <p>I - fazer citação pessoal e por edital do executado, quando não for possível a citação por meio eletrônico ou correio, proceder à intimação do condenado no cumprimento de sentença, formular consultas de bases de dados, realizar penhoras de bens corpóreos, e proceder a seus registros, sempre que possível na presença de 2 (duas) testemunhas, certificando no mandado o ocorrido, com menção ao lugar, ao dia e à hora, bem assim do interlocutor que recebeu o mandado;</p> <p>II - executar as ordens do juiz a que estiver subordinado;</p> <p>III - entregar o mandado em cartório após seu cumprimento, devidamente instruído com todas as informações mencionadas no inciso I;</p> <p>IV - efetuar avaliações e liquidações, quando for o caso;</p> <p>V – atuar como depositário dos bens penhorados e operacionalizar a adjudicação e alienação desses bens;</p> <p>VI – certificar proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato que lhe couber;</p> <p>§1º Certificada a proposta de autocomposição prevista no inciso VII, o agente de execução intimará a parte contrária para manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sem prejuízo do andamento regular do processo, entendendo-se o silêncio como recusa.</p>

	<p>§2º Na hipótese prevista no §1º ou a requerimento de qualquer das partes, poderá o agente de execução designar audiência de conciliação, observando-se as disposições relativas à matéria previstas neste Código, notadamente o art. 166.</p>
<p>Art. 159. A guarda e a conservação de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo.</p>	<p>Art. 159. A guarda e a conservação de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário, agente de execução ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo.</p>
	<p>Art. 167. §1º-A O curso previsto no §1º deverá ser ministrado periodicamente pelos Tribunais aos agentes de execução devidamente cadastrados.</p>
<p>Art. 524. § 1º Quando o valor apontado no demonstrativo aparentemente exceder os limites da condenação, a execução será iniciada pelo valor pretendido, mas a penhora terá por base a importância que o juiz entender adequada.</p> <p>§ 2º Para a verificação dos cálculos, o juiz poderá valer-se de contabilista do juízo, que terá o prazo máximo de 30 (trinta) dias para efetuar-la, exceto se outro lhe for determinado.</p> <p>§ 3º Quando a elaboração do demonstrativo depender de dados em poder de terceiros ou do executado, o juiz poderá requisitá-los, sob cominação do crime de desobediência.</p> <p>§ 4º Quando a complementação do demonstrativo depender de dados adicionais em poder do executado, o juiz poderá, a requerimento do exequente, requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência.</p>	<p>Art. 524. § 1º Quando o valor apontado no demonstrativo aparentemente exceder os limites da condenação, a execução será iniciada pelo valor pretendido, mas a penhora terá por base a importância que o agente de execução entender adequada.</p> <p>§ 2º O agente de execução poderá proceder a verificação dos cálculos, no prazo máximo de 30 (trinta) dias para efetuar-la, exceto se outro lhe for determinado.</p> <p>§ 3º Quando a elaboração do demonstrativo depender de dados em poder de terceiros ou do executado, o agente de execução poderá requisitá-los.</p> <p>§ 4º Quando a complementação do demonstrativo depender de dados adicionais em poder do executado, o agente de execução poderá, a requerimento do exequente, requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência.</p>
<p>Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.</p> <p>§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:</p> <p>I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;</p> <p>II - ilegitimidade de parte;</p> <p>III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;</p> <p>IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;</p> <p>V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;</p> <p>VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;</p> <p>VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.</p>	<p>Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.</p> <p>§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:</p> <p>I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;</p> <p>II - ilegitimidade de parte;</p> <p>III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;</p> <p>IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;</p> <p>V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;</p> <p>VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução ou investidura irregular do agente de execução;</p> <p>VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.</p>

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO IV DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO IV DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS</p>
<p>Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.</p> <p>§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517 .</p> <p>§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.</p> <p>§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.</p>	<p>Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz ou o agente de execução, a requerimento do exequente, intimarão o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.</p> <p>§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o agente de execução mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517 .</p> <p>§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.</p> <p>§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, além do protesto do pronunciamento judicial na forma do § 1º, o agente de execução informará ao juízo competente para que decrete a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.</p>
<p>Art. 532. Verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material.</p>	<p>Art. 532. Verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz ou o agente de execução deverão, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material.</p>
<p>Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:</p> <p>I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;</p> <p>II - ilegitimidade de parte;</p> <p>III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;</p> <p>IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;</p> <p>V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;</p> <p>VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.</p>	<p>Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:</p> <p>I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;</p> <p>II - ilegitimidade de parte;</p> <p>III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;</p> <p>IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;</p> <p>V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução ou irregularidade na delegação ao agente de execução;</p> <p>VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.</p>

<p style="text-align: center;">Seção I Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer</p>	<p style="text-align: center;">Seção I Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer</p>
<p>Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.</p> <p>§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.</p> <p>§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.</p>	<p>Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.</p> <p>§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.</p> <p>§ 1º-A O agente de execução poderá solicitar ao juiz imposição das medidas previstas no caput e no § 1º.</p> <p>§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) agentes de execução, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.</p> <p>§3º As medidas efetivadas pelo agente de execução poderão ser impugnadas pelas partes, por terceiro interessado e pelo Ministério Público, atuando como parte ou como fiscal da ordem jurídica, e serão decididas pelo juiz do processo, na forma do art. 796-C deste Código.</p>
<p>Art. 772. O juiz pode, em qualquer momento do processo:</p> <p>I - ordenar o comparecimento das partes;</p> <p>II - advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça;</p> <p>III - determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável.</p>	<p>Art. 772. O juiz ou o agente de execução podem, em qualquer momento do processo e nos limites do exercício das suas competências:</p> <p>I - ordenar o comparecimento das partes;</p> <p>II - advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça;</p> <p>III - determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável.</p>
<p>Art. 773. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados.</p> <p>Parágrafo único. Quando, em decorrência do disposto neste artigo, o juízo receber dados sigilosos para os fins da execução, o juiz adotará as medidas necessárias para assegurar a confidencialidade.</p>	<p>Art. 773. O juiz ou o agente de execução poderão, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados.</p> <p>Parágrafo único. Quando, em decorrência do disposto neste artigo, o juízo receber dados sigilosos para os fins da execução, ele ou o agente de execução adotarão as medidas necessárias para assegurar a confidencialidade.</p>

<p>Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.</p> <p>§ 1º O oficial de justiça poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.</p> <p>§ 2º Sempre que, para efetivar a execução, for necessário o emprego de força policial, o juiz a requisitará.</p> <p>§ 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.</p> <p>§ 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo.</p> <p>§ 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.</p>	<p>Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o agente de execução cumprirá os atos executivos sob a supervisão do juiz competente, ressalvados os atos de conteúdo decisório de competência exclusiva do juiz, ou aqueles que competem aos cartórios e secretarias judiciárias.</p> <p>§ 1º O agente de execução poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.</p> <p>§ 2º Sempre que, para efetivar a execução, for necessário o emprego de força policial, o juiz ou o agente de execução a requisitarão.</p> <p>§ 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.</p> <p>§ 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo.</p> <p>§ 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.</p> <p>§6º Caso as diligências executivas a que se refere o §1º impliquem deslocamentos cujos custos se revelem excessivos ao agente de execução, poderão ser efetuadas por agente de execução do local onde deva ser praticado o ato ou diligência, desde que haja prévia intimação do exequente para ciência desta circunstância.</p> <p>§7º Quando a execução tiver de ser feita por carta, na forma do art. 845, §2º, deste Código, o agente de execução responsável pela penhora, avaliação e alienação dos bens será o do foro do local onde se situam os bens.</p>
	<p style="text-align: center;">LIVRO II DO PROCESSO DE EXECUÇÃO</p> <p style="text-align: center;">TÍTULO I DA EXECUÇÃO EM GERAL</p> <p style="text-align: center;">(...)</p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO VI DO AGENTE DE EXECUÇÃO</p> <p>Art. 796-A. O agente de execução é sujeito público ou privado a quem incumbe a prática de atos executivos, sob supervisão do juiz, nos termos deste Código.</p> <p>§1º O agente de execução está autorizado a efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas às serventias judiciárias ou sejam de competência exclusiva do juiz.</p>

	<p>§2º O exercício da competência para a condução do processo de execução poderá ser delegado pelo juiz ao agente de execução em decisão na qual deverão ser especificados os atos que poderão ser praticados e seus respectivos limites e condições.</p> <p>§3º O exercício da competência a que se refere o §2º será delimitado pela competência do juiz do processo em que o agente de execução for atuar.</p> <p>§4º A escolha do agente de execução poderá ocorrer por convenção das partes, observado o disposto no art.190.</p> <p>§5º Não havendo acordo das partes, a escolha do agente de execução dar-se-á por meio de livre distribuição dentre os servidores públicos com atribuição específica para esta atividade, ou entre pessoas naturais ou jurídicas cadastradas em cada tribunal.</p> <p>Art. 796-B. O agente de execução deverá atuar imparcialmente, nos limites da lei e da delegação judicial específica.</p> <p>§1º O agente de execução tem os deveres de prestar os esclarecimentos que lhe sejam solicitados pelas partes, motivar adequadamente e documentar nos autos os atos realizados ou os motivos pelos quais não se realizaram.</p> <p>§2º Os agentes de execução deverão apresentar ao juiz da causa relatório mensal de suas atividades.</p> <p>Art. 796-C. Os atos praticados pelos agentes de execução, bem como a demora injustificada e excessiva na sua atuação, podem ser objeto de impugnação pelas partes, por terceiro interessado e pelo Ministério Público, impugnação que será decidida pelo juiz competente.</p> <p>§1º Os atos praticados pelo agente de execução poderão ser impugnados sempre que forem praticados em violação à lei, com excesso de poderes, quando escolhidos meios demasiadamente gravosos ao executado ou quando contrariarem precedente dos tribunais superiores ou do tribunal a que vinculado o juiz que lhe houver delegado o exercício da competência.</p> <p>§2º Caso verificada uma das hipóteses previstas no §1º, o juiz competente poderá modificar ou invalidar o ato praticado, sem prejuízo de sanções civis, penais e administrativas cabíveis.</p> <p>Art. 796-D. O Conselho Nacional de Justiça regulamentará os requisitos para o desempenho da atividade de agente de execução.</p> <p>§1º Até a regulamentação de que trata este artigo, o regimento interno dos tribunais disporá sobre o cadastro e os requisitos para o exercício da função de agente de execução.</p>
--	---

	<p>§2º O Conselho Nacional de Justiça e os tribunais poderão atribuir a função de agente de execução aos oficiais de justiça ou a outros servidores públicos, em caráter não exclusivo e em concorrência com outras pessoas naturais e jurídicas.</p> <p>Art. 796-E. O agente de execução pode escusar-se ou ser recusado por impedimento ou suspeição.</p> <p>§1º Se o agente de execução tiver sido escolhido por convenção processual, o juiz, ao aceitar a escusa ou ao julgar procedente a arguição de impedimento ou suspeição, devolverá às partes a oportunidade de indicarem, por acordo, outro agente de execução, fixando-lhes prazo.</p> <p>§2º Se o agente de execução tiver sido nomeado pelo juízo, ao aceitar a escusa ou ao julgar procedente a arguição de impedimento ou suspeição, o juiz desde logo nomeará novo agente de execução.</p> <p>Art. 796-F. O agente de execução pode ser substituído por decisão do juiz:</p> <p>I - por morte, incapacidade definitiva ou cessação de suas funções como agente de execução;</p> <p>II - quando houver a prática reiterada de atos ilícitos na forma do art. 796-C.</p> <p>§ 1º No caso previsto no inciso II, o juiz poderá impor multa ao agente de execução, fixada com base no valor da execução e o possível prejuízo causado às partes.</p> <p>§ 2º O agente de execução substituído restituirá, no prazo de 15 (quinze) dias, os valores recebidos pelo trabalho não realizado, sob pena de ficar impedido de atuar como agente de execução pelo prazo de até 5 (cinco) anos.</p> <p>§ 3º Não ocorrendo a restituição voluntária de que trata o § 2º, a parte que tiver realizado o adiantamento dos honorários poderá promover execução da decisão que determinar a devolução do numerário, na forma dos arts. 513 e seguintes deste Código, contra o agente de execução.</p> <p>Artigo 796-G. As despesas para a prática de atos necessários à condução do processo de execução serão suportadas pelo exequente e reembolsadas pelo executado.</p> <p>§1º A execução não prossegue se o exequente não efetuar o pagamento ao agente de execução de quantias que lhe sejam devidas, quando couber.</p> <p>§2º Caso o exequente não cumpra com o disposto no §1º, deverá ser intimado para, em 15 (quinze) dias, efetuar o depósito das quantias devidas, sob pena de extinção do processo.</p>
--	--

	<p>§3º Não se aplica o disposto no <i>caput</i> quando julgados procedentes a impugnação ao cumprimento de sentença ou os embargos à execução e extinto o processo, caso em que as despesas e honorários serão suportados pelo exequente.</p> <p>§4º Não sendo hipótese de aplicação do §3º e se forem julgados improcedentes a impugnação ao cumprimento de sentença ou os embargos à execução, os honorários devidos ao agente de execução serão suportados pelo executado.</p>
<p>Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:</p> <p>I - frauda a execução;</p> <p>II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;</p> <p>III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;</p> <p>IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;</p> <p>V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.</p> <p>Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.</p>	<p>Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:</p> <p>I - frauda a execução;</p> <p>II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;</p> <p>III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;</p> <p>IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;</p> <p>V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus;</p> <p>VI - impugnar ato praticado pelo agente de execução de forma manifestamente injustificada ou com claro intuito de retardar o andamento do processo.</p> <p>Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.</p>
<p>Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:</p> <p>I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;</p> <p>II - alterar a verdade dos fatos;</p> <p>III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;</p> <p>IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;</p> <p>V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;</p> <p>VI - provocar incidente manifestamente infundado;</p> <p>VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.</p>	<p>Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:</p> <p>I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;</p> <p>II - alterar a verdade dos fatos;</p> <p>III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;</p> <p>IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;</p> <p>V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;</p> <p>VI - provocar incidente manifestamente infundado;</p> <p>VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.</p> <p>VIII - impugnar ato praticado pelo agente de execução de forma manifestamente injustificada ou com claro intuito de retardar o andamento do processo.</p>

<p>Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.</p> <p>§ 1º Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.</p> <p>§ 2º A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.</p>	<p>Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.</p> <p>§ 1º Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo agente de execução tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.</p> <p>§ 2º A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo agente de execução, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.</p>
<p>Art. 830. Se o oficial de justiça não encontrar o executado, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.</p> <p>§ 1º Nos 10 (dez) dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o executado 2 (duas) vezes em dias distintos e, havendo suspeita de ocultação, realizará a citação com hora certa, certificando pormenorizadamente o ocorrido.</p> <p>§ 2º Incumbe ao exequente requerer a citação por edital, uma vez frustradas a pessoal e a com hora certa.</p> <p>§ 3º Aperfeiçoada a citação e transcorrido o prazo de pagamento, o arresto converter-se-á em penhora, independentemente de termo.</p>	<p>Art. 830. Se o agente de execução não encontrar o executado, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.</p> <p>§ 1º Nos 10 (dez) dias seguintes à efetivação do arresto, o agente de execução procurará o executado 2 (duas) vezes em dias distintos e, havendo suspeita de ocultação, realizará a citação com hora certa, certificando pormenorizadamente o ocorrido.</p> <p>§ 2º Incumbe ao exequente requerer a citação por edital, uma vez frustradas a pessoal e a com hora certa.</p> <p>§ 3º Aperfeiçoada a citação e transcorrido o prazo de pagamento, o arresto converter-se-á em penhora, independentemente de termo.</p>
<p>Art. 835.</p> <p>§ 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no <i>caput</i> de acordo com as circunstâncias do caso concreto.</p>	<p>Art. 835.</p> <p>§ 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz ou o agente de execução, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no <i>caput</i>, desde que de forma fundamentada, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.</p>
<p>Art. 836. Não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução.</p> <p>§ 1º Quando não encontrar bens penhoráveis, independentemente de determinação judicial expressa, o oficial de justiça descreverá na certidão os bens que guarnecem a residência ou o estabelecimento do executado, quando este for pessoa jurídica.</p> <p>§ 2º Elaborada a lista, o executado ou seu representante legal será nomeado depositário provisório de tais bens até ulterior determinação do juiz.</p>	<p>Art. 836. Não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução.</p> <p>§ 1º Quando não encontrar bens penhoráveis, independentemente de determinação judicial expressa, o agente de execução descreverá na certidão os bens que guarnecem a residência ou o estabelecimento do executado, quando este for pessoa jurídica.</p> <p>§ 2º Elaborada a lista, o executado ou seu representante legal será nomeado depositário provisório de tais bens até ulterior determinação do agente de execução.</p>
<p>Art. 846. Se o executado fechar as portas da casa a fim de obstar a penhora dos bens, o oficial de justiça comunicará o fato ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento.</p>	<p>Art. 846. Se o executado fechar as portas da casa a fim de obstar a penhora dos bens, o agente de execução comunicará o fato ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento.</p>

<p>§ 1º Deferido o pedido, 2 (dois) oficiais de justiça cumprirão o mandado, arrombando cômodos e móveis em que se presume estarem os bens, e lavrarão de tudo auto circunstanciado, que será assinado por 2 (duas) testemunhas presentes à diligência.</p> <p>§ 2º Sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens.</p> <p>§ 3º Os oficiais de justiça lavrarão em duplicata o auto da ocorrência, entregando uma via ao escrivão ou ao chefe de secretaria, para ser juntada aos autos, e a outra à autoridade policial a quem couber a apuração criminal dos eventuais delitos de desobediência ou de resistência.</p> <p>§ 4º Do auto da ocorrência constará o rol de testemunhas, com a respectiva qualificação.</p>	<p>§ 1º Deferido o pedido, 2 (dois) agentes de execução cumprirão o mandado, arrombando cômodos e móveis em que se presume estarem os bens, e lavrarão de tudo auto circunstanciado, que será assinado por 2 (duas) testemunhas presentes à diligência.</p> <p>§ 2º Sempre que necessário, o agente de execução requisitará força policial, a fim de auxiliá-lo na penhora dos bens.</p> <p>§ 3º Os agentes de execução lavrarão em duplicata o auto da ocorrência, entregando uma via ao escrivão ou ao chefe de secretaria, para ser juntada aos autos, e a outra à autoridade policial a quem couber a apuração criminal dos eventuais delitos de desobediência ou de resistência.</p> <p>§ 4º Do auto da ocorrência constará o rol de testemunhas, com a respectiva qualificação.</p>
<p>Art. 859. Recaindo a penhora sobre direito a prestação ou a restituição de coisa determinada, o executado será intimado para, no vencimento, depositá-la, correndo sobre ela a execução.</p>	<p>Art. 859. Recaindo a penhora sobre direito a prestação ou a restituição de coisa determinada, o executado será intimado pelo agente de execução para, no vencimento, depositá-la, correndo sobre ela a execução.</p>
<p style="text-align: center;">Subseção XI Da Avaliação</p> <p>Art. 870. A avaliação será feita pelo oficial de justiça. Parágrafo único. Se forem necessários conhecimentos especializados e o valor da execução o comportar, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo.</p>	<p style="text-align: center;">Subseção XI Da Avaliação</p> <p>Art. 870. A avaliação será feita pelo agente de execução. Parágrafo único. Se forem necessários conhecimentos especializados e o valor da execução o comportar, o agente de execução nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo.</p>
<p>Art. 871. Não se procederá à avaliação quando:</p> <p>I - uma das partes aceitar a estimativa feita pela outra;</p> <p>II - se tratar de títulos ou de mercadorias que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial;</p> <p>III - se tratar de títulos da dívida pública, de ações de sociedades e de títulos de crédito negociáveis em bolsa, cujo valor será o da cotação oficial do dia, comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial;</p> <p>IV - se tratar de veículos automotores ou de outros bens cujo preço médio de mercado possa ser conhecido por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais ou de anúncios de venda divulgados em meios de comunicação, caso em que caberá a quem fizer a nomeação o encargo de comprovar a cotação de mercado.</p> <p>Parágrafo único. Ocorrendo a hipótese do inciso I deste artigo, a avaliação poderá ser realizada quando houver fundada dúvida do juiz quanto ao real valor do bem.</p>	<p>Art. 871. Não se procederá à avaliação quando:</p> <p>I - uma das partes aceitar a estimativa feita pela outra;</p> <p>II - se tratar de títulos ou de mercadorias que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial;</p> <p>III - se tratar de títulos da dívida pública, de ações de sociedades e de títulos de crédito negociáveis em bolsa, cujo valor será o da cotação oficial do dia, comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial;</p> <p>IV - se tratar de veículos automotores ou de outros bens cujo preço médio de mercado possa ser conhecido por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais ou de anúncios de venda divulgados em meios de comunicação, caso em que caberá a quem fizer a nomeação o encargo de comprovar a cotação de mercado.</p> <p>Parágrafo único. Ocorrendo a hipótese do inciso I deste artigo, a avaliação poderá ser realizada quando houver fundada dúvida do agente de execução quanto ao real valor do bem.</p>

<p>Art. 872. A avaliação realizada pelo oficial de justiça constará de vistoria e de laudo anexados ao auto de penhora ou, em caso de perícia realizada por avaliador, de laudo apresentado no prazo fixado pelo juiz, devendo-se, em qualquer hipótese, especificar:</p> <p>I - os bens, com as suas características, e o estado em que se encontram;</p> <p>II - o valor dos bens.</p> <p>§ 1º Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, a avaliação, tendo em conta o crédito reclamado, será realizada em partes, sugerindo-se, com a apresentação de memorial descritivo, os possíveis desmembramentos para alienação.</p> <p>§ 2º Realizada a avaliação e, sendo o caso, apresentada a proposta de desmembramento, as partes serão ouvidas no prazo de 5 (cinco) dias.</p>	<p>Art. 872. A avaliação realizada pelo agente de execução constará de vistoria e de laudo anexados ao auto de penhora ou, em caso de perícia realizada por avaliador, de laudo apresentado no prazo fixado pelo juiz, devendo-se, em qualquer hipótese, especificar:</p> <p>I - os bens, com as suas características, e o estado em que se encontram;</p> <p>II - o valor dos bens.</p> <p>§ 1º Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, a avaliação, tendo em conta o crédito reclamado, será realizada em partes, sugerindo-se, com a apresentação de memorial descritivo, os possíveis desmembramentos para alienação.</p> <p>§ 2º Realizada a avaliação e, sendo o caso, apresentada a proposta de desmembramento, as partes serão ouvidas no prazo de 5 (cinco) dias.</p>
<p>Art. 873. É admitida nova avaliação quando:</p> <p>I - qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador;</p> <p>II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem;</p> <p>III - o juiz tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação.</p> <p>Parágrafo único. Aplica-se o art. 480 à nova avaliação prevista no inciso III do caput deste artigo.</p> <p>Art. 874. Após a avaliação, o juiz poderá, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária, mandar:</p> <p>I - reduzir a penhora aos bens suficientes ou transferi-la para outros, se o valor dos bens penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e dos acessórios;</p> <p>II - ampliar a penhora ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos bens penhorados for inferior ao crédito do exequente.</p>	<p>Art. 873. É admitida nova avaliação quando:</p> <p>I - qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do agente de execução ou avaliador;</p> <p>II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem;</p> <p>III - o juiz, provocado pelas partes, tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação.</p> <p>Parágrafo único. Aplica-se o art. 480 à nova avaliação prevista no inciso III do caput deste artigo.</p> <p>Art. 874. Após a avaliação, o agente de execução poderá, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária, mandar:</p> <p>I - reduzir a penhora aos bens suficientes ou transferi-la para outros, se o valor dos bens penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e dos acessórios;</p> <p>II - ampliar a penhora ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos bens penhorados for inferior ao crédito do exequente.</p>
<p style="text-align: center;">Seção IV Da Expropriação de Bens Subseção I Da Adjudicação</p> <p>(...)</p> <p>Art. 877. Transcorrido o prazo de 5 (cinco) dias, contado da última intimação, e decididas eventuais questões, o juiz ordenará a lavratura do auto de adjudicação.</p> <p>§ 1º Considera-se perfeita e acabada a adjudicação com a lavratura e a assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicatário, pelo escrivão ou chefe de secretaria, e, se estiver presente, pelo executado, expedindo-se:</p>	<p style="text-align: center;">Seção IV Da Expropriação de Bens Subseção I Da Adjudicação</p> <p>(...)</p> <p>Art. 877. Transcorrido o prazo de 5 (cinco) dias, contado da última intimação, e decididas eventuais questões, o agente de execução ordenará a lavratura do auto de adjudicação.</p> <p>§ 1º Considera-se perfeita e acabada a adjudicação com a lavratura e a assinatura do auto pelo agente de execução, pelo adjudicatário, pelo escrivão ou chefe de secretaria, e, se estiver presente, pelo executado, expedindo-se:</p>

<p>I - a carta de adjudicação e o mandado de imissão na posse, quando se tratar de bem imóvel;</p> <p>II - a ordem de entrega ao adjudicatário, quando se tratar de bem móvel.</p> <p>§ 2º A carta de adjudicação conterá a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e aos seus registros, a cópia do auto de adjudicação e a prova de quitação do imposto de transmissão.</p> <p>§ 3º No caso de penhora de bem hipotecado, o executado poderá remi-lo até a assinatura do auto de adjudicação, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido.</p> <p>§ 4º Na hipótese de falência ou de insolvência do devedor hipotecário, o direito de remição previsto no § 3º será deferido à massa ou aos credores em concurso, não podendo o exequente recusar o preço da avaliação do imóvel.</p>	<p>I - a carta de adjudicação e o mandado de imissão na posse, quando se tratar de bem imóvel;</p> <p>II - a ordem de entrega ao adjudicatário, quando se tratar de bem móvel.</p> <p>§ 2º A carta de adjudicação conterá a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e aos seus registros, a cópia do auto de adjudicação e a prova de quitação do imposto de transmissão.</p> <p>§ 3º No caso de penhora de bem hipotecado, o executado poderá remi-lo até a assinatura do auto de adjudicação, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido.</p> <p>§ 4º Na hipótese de falência ou de insolvência do devedor hipotecário, o direito de remição previsto no § 3º será deferido à massa ou aos credores em concurso, não podendo o exequente recusar o preço da avaliação do imóvel.</p>
<p style="text-align: center;">Subseção II Da Alienação</p> <p>Art. 880. Não efetivada a adjudicação, o exequente poderá requerer a alienação por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário.</p> <p>§ 1º O juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições de pagamento, as garantias e, se for o caso, a comissão de corretagem.</p> <p>§ 2º A alienação será formalizada por termo nos autos, com a assinatura do juiz, do exequente, do adquirente e, se estiver presente, do executado, expedindo-se:</p> <p>I - a carta de alienação e o mandado de imissão na posse, quando se tratar de bem imóvel;</p> <p>II - a ordem de entrega ao adquirente, quando se tratar de bem móvel.</p> <p>§ 3º Os tribunais poderão editar disposições complementares sobre o procedimento da alienação prevista neste artigo, admitindo, quando for o caso, o concurso de meios eletrônicos, e dispor sobre o credenciamento dos corretores e leiloeiros públicos, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos que 3 (três) anos.</p> <p>§ 4º Nas localidades em que não houver corretor ou leiloeiro público credenciado nos termos do § 3º, a indicação será de livre escolha do exequente.</p>	<p style="text-align: center;">Subseção II Da Alienação</p> <p>Art. 880. Não efetivada a adjudicação, o exequente poderá requerer a alienação por sua própria iniciativa ou por intermédio do agente de execução, ou ainda de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário.</p> <p>§ 1º O agente de execução fixará o prazo em que a alienação será efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições de pagamento, as garantias e, se for o caso, a comissão de corretagem.</p> <p>§ 2º A alienação será formalizada por termo nos autos, com a assinatura do agente de execução, do exequente, do adquirente e, se estiver presente, do executado, expedindo-se:</p> <p>I - a carta de alienação e o mandado de imissão na posse, quando se tratar de bem imóvel;</p> <p>II - a ordem de entrega ao adquirente, quando se tratar de bem móvel.</p> <p>§ 3º Os tribunais poderão editar disposições complementares sobre o procedimento da alienação prevista neste artigo, admitindo, quando for o caso, o concurso de meios eletrônicos, e dispor sobre o credenciamento dos corretores e leiloeiros públicos, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos que 3 (três) anos.</p> <p>§ 4º Nas localidades em que não houver agente de execução, corretores ou leiloeiros públicos, nos termos do § 3º, a indicação será de livre escolha do exequente.</p>

<p>Art. 881. A alienação far-se-á em leilão judicial se não efetivada a adjudicação ou a alienação por iniciativa particular.</p> <p>§ 1º O leilão do bem penhorado será realizado por leiloeiro público.</p> <p>§ 2º Ressalvados os casos de alienação a cargo de corretores de bolsa de valores, todos os demais bens serão alienados em leilão público.</p>	<p>Art. 881. A alienação far-se-á em leilão judicial se não efetivada a adjudicação ou a alienação por iniciativa particular.</p> <p>§ 1º O leilão do bem penhorado será realizado por leiloeiro público ou pelo agente de execução.</p> <p>§ 2º Ressalvados os casos de alienação a cargo de corretores de bolsa de valores, todos os demais bens serão alienados em leilão público.</p> <p>§3º A alienação por iniciativa particular poderá ser feita pelo agente de execução, caso assim prefira o exequente e não haja oposição do executado.</p>
<p>Art. 882. Não sendo possível a sua realização por meio eletrônico, o leilão será presencial.</p> <p>§ 1º A alienação judicial por meio eletrônico será realizada, observando-se as garantias processuais das partes, de acordo com regulamentação específica do Conselho Nacional de Justiça.</p> <p>§ 2º A alienação judicial por meio eletrônico deverá atender aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.</p> <p>§ 3º O leilão presencial será realizado no local designado pelo juiz.</p>	<p>Art. 882. Não sendo possível a sua realização por meio eletrônico, o leilão será presencial.</p> <p>§ 1º A alienação judicial por meio eletrônico será realizada, observando-se as garantias processuais das partes, de acordo com regulamentação específica do Conselho Nacional de Justiça.</p> <p>§ 2º A alienação judicial por meio eletrônico deverá atender aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.</p> <p>§ 3º O leilão presencial será realizado no local designado pelo leiloeiro ou agente de execução.</p>
<p>Art. 883. Caberá ao juiz a designação do leiloeiro público, que poderá ser indicado pelo exequente.</p> <p>Art. 884. Incumbe ao leiloeiro público:</p> <p>I - publicar o edital, anunciando a alienação;</p> <p>II - realizar o leilão onde se encontrem os bens ou no lugar designado pelo juiz;</p> <p>III - expor aos pretendentes os bens ou as amostras das mercadorias;</p> <p>IV - receber e depositar, dentro de 1 (um) dia, à ordem do juiz, o produto da alienação;</p> <p>V - prestar contas nos 2 (dois) dias subsequentes ao depósito.</p> <p>Parágrafo único. O leiloeiro tem o direito de receber do arrematante a comissão estabelecida em lei ou arbitrada pelo juiz.</p>	<p>Art. 884. Incumbe ao leiloeiro público ou agente de execução:</p> <p>I - publicar o edital, anunciando a alienação;</p> <p>II - realizar o leilão onde se encontrem os bens ou no lugar designado pelo juiz;</p> <p>III - expor aos pretendentes os bens ou as amostras das mercadorias;</p> <p>IV - receber e depositar, dentro de 1 (um) dia, à ordem do juiz, o produto da alienação;</p> <p>V - prestar contas nos 2 (dois) dias subsequentes ao depósito.</p> <p>Parágrafo único. O leiloeiro ou agente de execução tem o direito de receber do arrematante a comissão estabelecida em lei ou arbitrada pelo juiz.</p>
<p>Art. 885. O juiz da execução estabelecerá o preço mínimo, as condições de pagamento e as garantias que poderão ser prestadas pelo arrematante.</p>	<p>Art. 885. O agente de execução estabelecerá o preço mínimo, as condições de pagamento e as garantias que poderão ser prestadas pelo arrematante.</p>

<p>Art. 886. O leilão será precedido de publicação de edital, que conterá:</p> <p>I - a descrição do bem penhorado, com suas características, e, tratando-se de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;</p> <p>II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;</p> <p>III - o lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes e, tratando-se de créditos ou direitos, a identificação dos autos do processo em que foram penhorados;</p> <p>IV - o sítio, na rede mundial de computadores, e o período em que se realizará o leilão, salvo se este se der de modo presencial, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;</p> <p>V - a indicação de local, dia e hora de segundo leilão presencial, para a hipótese de não haver interessado no primeiro;</p> <p>VI - menção da existência de ônus, recurso ou processo pendente sobre os bens a serem leiloados.</p> <p>Parágrafo único. No caso de títulos da dívida pública e de títulos negociados em bolsa, constará do edital o valor da última cotação.</p>	<p>Art. 886. O leilão será precedido de publicação de edital, que conterá:</p> <p>I - a descrição do bem penhorado, com suas características, e, tratando-se de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;</p> <p>II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro ou agente de execução designado;</p> <p>III - o lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes e, tratando-se de créditos ou direitos, a identificação dos autos do processo em que foram penhorados;</p> <p>IV - o sítio, na rede mundial de computadores, e o período em que se realizará o leilão, salvo se este se der de modo presencial, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;</p> <p>V - a indicação de local, dia e hora de segundo leilão presencial, para a hipótese de não haver interessado no primeiro;</p> <p>VI - menção da existência de ônus, recurso ou processo pendente sobre os bens a serem leiloados.</p> <p>Parágrafo único. No caso de títulos da dívida pública e de títulos negociados em bolsa, constará do edital o valor da última cotação.</p>
<p>Art. 887. O leiloeiro público designado adotará providências para a ampla divulgação da alienação.</p> <p>§ 1º A publicação do edital deverá ocorrer pelo menos 5 (cinco) dias antes da data marcada para o leilão.</p> <p>§ 2º O edital será publicado na rede mundial de computadores, em sítio designado pelo juiz da execução, e conterá descrição detalhada e, sempre que possível, ilustrada dos bens, informando expressamente se o leilão se realizará de forma eletrônica ou presencial.</p> <p>§ 3º Não sendo possível a publicação na rede mundial de computadores ou considerando o juiz, em atenção às condições da sede do juízo, que esse modo de divulgação é insuficiente ou inadequado, o edital será afixado em local de costume e publicado, em resumo, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local.</p> <p>§ 4º Atendendo ao valor dos bens e às condições da sede do juízo, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar publicar o edital em local de ampla circulação de pessoas e divulgar avisos em emissora de rádio ou televisão local, bem como em sítios distintos do indicado no § 2º.</p>	<p>Art. 887. O leiloeiro público ou agente de execução designado adotará providências para a ampla divulgação da alienação.</p> <p>§ 1º A publicação do edital deverá ocorrer pelo menos 5 (cinco) dias antes da data marcada para o leilão.</p> <p>§ 2º O edital será publicado na rede mundial de computadores, em sítio designado pelo agente de execução, e conterá descrição detalhada e, sempre que possível, ilustrada dos bens, informando expressamente se o leilão se realizará de forma eletrônica ou presencial.</p> <p>§ 3º Não sendo possível a publicação na rede mundial de computadores ou considerando o agente de execução, em atenção às condições da sede do juízo, que esse modo de divulgação é insuficiente ou inadequado, o edital será afixado em local de costume e publicado, em resumo, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local.</p> <p>§ 4º Atendendo ao valor dos bens e às condições da sede do juízo, o agente de execução poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar publicar o edital em local de ampla circulação de pessoas e divulgar avisos em emissora de rádio ou televisão local, bem como em sítios distintos do indicado no § 2º.</p>

<p>§ 5º Os editais de leilão de imóveis e de veículos automotores serão publicados pela imprensa ou por outros meios de divulgação, preferencialmente na seção ou no local reservados à publicidade dos respectivos negócios.</p> <p>§ 6º O juiz poderá determinar a reunião de publicações em listas referentes a mais de uma execução.</p>	<p>§ 5º Os editais de leilão de imóveis e de veículos automotores serão publicados pela imprensa ou por outros meios de divulgação, preferencialmente na seção ou no local reservados à publicidade dos respectivos negócios.</p> <p>§ 6º O agente de execução poderá determinar a reunião de publicações em listas referentes a mais de uma execução.</p>
<p>Art. 888. Não se realizando o leilão por qualquer motivo, o juiz mandará publicar a transferência, observando-se o disposto no art. 887 .</p> <p>Parágrafo único. O escrivão, o chefe de secretaria ou o leiloeiro que culposamente der causa à transferência responde pelas despesas da nova publicação, podendo o juiz aplicar-lhe a pena de suspensão por 5 (cinco) dias a 3 (três) meses, em procedimento administrativo regular.</p>	<p>Art. 888. Não se realizando o leilão por qualquer motivo, o agente de execução mandará publicar a transferência, observando-se o disposto no art. 887 .</p> <p>Parágrafo único. O escrivão, o chefe de secretaria ou o agente de execução que culposamente der causa à transferência responde pelas despesas da nova publicação, podendo o juiz, a requerimento das partes, de terceiro interessado ou do Ministério Público, aplicar-lhe a pena de suspensão por 5 (cinco) dias a 3 (três) meses, em procedimento administrativo regular.</p>
<p>Art. 890. Pode oferecer lance quem estiver na livre administração de seus bens, com exceção:</p> <p>I - dos tutores, dos curadores, dos testamentários, dos administradores ou dos liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e à sua responsabilidade;</p> <p>II - dos mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados;</p> <p>III - do juiz, do membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, do escrivão, do chefe de secretaria e dos demais servidores e auxiliares da justiça, em relação aos bens e direitos objeto de alienação na localidade onde servirem ou a que se estender a sua autoridade;</p> <p>IV - dos servidores públicos em geral, quanto aos bens ou aos direitos da pessoa jurídica a que servirem ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;</p> <p>V - dos leiloeiros e seus prepostos, quanto aos bens de cuja venda estejam encarregados;</p> <p>VI - dos advogados de qualquer das partes.</p>	<p>Art. 890. Pode oferecer lance quem estiver na livre administração de seus bens, com exceção:</p> <p>I - dos tutores, dos curadores, dos testamentários, dos administradores ou dos liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e à sua responsabilidade;</p> <p>II - dos mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados;</p> <p>III - do juiz, do membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, do escrivão, do chefe de secretaria, do agente de execução e dos demais servidores e auxiliares da justiça, em relação aos bens e direitos objeto de alienação na localidade onde servirem ou a que se estender a sua autoridade;</p> <p>IV - dos servidores públicos em geral, quanto aos bens ou aos direitos da pessoa jurídica a que servirem ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;</p> <p>V - dos leiloeiros e seus prepostos, quanto aos bens de cuja venda estejam encarregados;</p> <p>VI - dos advogados de qualquer das partes.</p>
<p>Art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil.</p> <p>Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.</p>	<p>Art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil.</p> <p>Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo agente de execução e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.</p>

<p>Art. 894. Quando o imóvel admitir cômoda divisão, o juiz, a requerimento do executado, ordenará a alienação judicial de parte dele, desde que suficiente para o pagamento do exequente e para a satisfação das despesas da execução.</p>	<p>Art. 894. Quando o imóvel admitir cômoda divisão, o agente de execução, a requerimento do executado, ordenará a alienação judicial de parte dele, desde que suficiente para o pagamento do exequente e para a satisfação das despesas da execução.</p>
<p>§ 1º Não havendo lançador, far-se-á a alienação do imóvel em sua integridade.</p> <p>§ 2º A alienação por partes deverá ser requerida a tempo de permitir a avaliação das glebas destacadas e sua inclusão no edital, e, nesse caso, caberá ao executado instruir o requerimento com planta e memorial descritivo subscritos por profissional habilitado.</p>	<p>§ 1º Não havendo lançador, far-se-á a alienação do imóvel em sua integridade.</p> <p>§ 2º A alienação por partes deverá ser requerida a tempo de permitir a avaliação das glebas destacadas e sua inclusão no edital, e, nesse caso, caberá ao executado instruir o requerimento com planta e memorial descritivo subscritos por profissional habilitado.</p>
<p>Art. 895. O interessado em adquirir o bem penhorado em prestações poderá apresentar, por escrito:</p> <p>I - até o início do primeiro leilão, proposta de aquisição do bem por valor não inferior ao da avaliação;</p> <p>II - até o início do segundo leilão, proposta de aquisição do bem por valor que não seja considerado vil.</p> <p>§ 1º A proposta conterà, em qualquer hipótese, oferta de pagamento de pelo menos vinte e cinco por cento do valor do lance à vista e o restante parcelado em até 30 (trinta) meses, garantido por caução idônea, quando se tratar de móveis, e por hipoteca do próprio bem, quando se tratar de imóveis.</p> <p>§ 2º As propostas para aquisição em prestações indicarão o prazo, a modalidade, o indexador de correção monetária e as condições de pagamento do saldo.</p> <p>§ 3º (VETADO).</p> <p>§ 4º No caso de atraso no pagamento de qualquer das prestações, incidirá multa de dez por cento sobre a soma da parcela inadimplida com as parcelas vincendas.</p> <p>§ 5º O inadimplemento autoriza o exequente a pedir a resolução da arrematação ou promover, em face do arrematante, a execução do valor devido, devendo ambos os pedidos ser formulados nos autos da execução em que se deu a arrematação.</p> <p>§ 6º A apresentação da proposta prevista neste artigo não suspende o leilão.</p> <p>§ 7º A proposta de pagamento do lance à vista sempre prevalecerá sobre as propostas de pagamento parcelado.</p> <p>§ 8º Havendo mais de uma proposta de pagamento parcelado:</p> <p>I - em diferentes condições, o juiz decidirá pela mais vantajosa, assim compreendida, sempre, a de maior valor;</p> <p>II - em iguais condições, o juiz decidirá pela formulada em primeiro lugar.</p>	<p>Art. 895. O interessado em adquirir o bem penhorado em prestações poderá apresentar, por escrito:</p> <p>I - até o início do primeiro leilão, proposta de aquisição do bem por valor não inferior ao da avaliação;</p> <p>II - até o início do segundo leilão, proposta de aquisição do bem por valor que não seja considerado vil.</p> <p>§ 1º A proposta conterà, em qualquer hipótese, oferta de pagamento de pelo menos vinte e cinco por cento do valor do lance à vista e o restante parcelado em até 30 (trinta) meses, garantido por caução idônea, quando se tratar de móveis, e por hipoteca do próprio bem, quando se tratar de imóveis.</p> <p>§ 2º As propostas para aquisição em prestações indicarão o prazo, a modalidade, o indexador de correção monetária e as condições de pagamento do saldo.</p> <p>§ 3º (VETADO).</p> <p>§ 4º No caso de atraso no pagamento de qualquer das prestações, incidirá multa de dez por cento sobre a soma da parcela inadimplida com as parcelas vincendas.</p> <p>§ 5º O inadimplemento autoriza o exequente a pedir a resolução da arrematação ou promover, em face do arrematante, a execução do valor devido, devendo ambos os pedidos ser formulados nos autos da execução em que se deu a arrematação.</p> <p>§ 6º A apresentação da proposta prevista neste artigo não suspende o leilão.</p> <p>§ 7º A proposta de pagamento do lance à vista sempre prevalecerá sobre as propostas de pagamento parcelado.</p> <p>§ 8º Havendo mais de uma proposta de pagamento parcelado:</p> <p>I - em diferentes condições, o agente de execução optará pela mais vantajosa, assim compreendida, sempre, a de maior valor;</p> <p>II - em iguais condições, o agente de execução optará pela formulada em primeiro lugar.</p>

<p>§ 9º No caso de arrematação a prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exequente até o limite de seu crédito, e os subsequentes, ao executado.</p>	<p>§ 9º No caso de arrematação a prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exequente até o limite de seu crédito, e os subsequentes, ao executado.</p>
<p>Art. 896. Quando o imóvel de incapaz não alcançar em leilão pelo menos oitenta por cento do valor da avaliação, o juiz o confiará à guarda e à administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo não superior a 1 (um) ano.</p> <p>§ 1º Se, durante o adiamento, algum pretendente assegurar, mediante caução idônea, o preço da avaliação, o juiz ordenará a alienação em leilão.</p> <p>§ 2º Se o pretendente à arrematação se arrepender, o juiz impor-lhe-á multa de vinte por cento sobre o valor da avaliação, em benefício do incapaz, valendo a decisão como título executivo.</p> <p>§ 3º Sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º, o juiz poderá autorizar a locação do imóvel no prazo do adiamento.</p> <p>§ 4º Findo o prazo do adiamento, o imóvel será submetido a novo leilão.</p>	<p>Art. 896. Quando o imóvel de incapaz não alcançar em leilão pelo menos oitenta por cento do valor da avaliação, o agente de execução o confiará à guarda e à administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo não superior a 1 (um) ano.</p> <p>§ 1º Se, durante o adiamento, algum pretendente assegurar, mediante caução idônea, o preço da avaliação, o agente de execução ordenará a alienação em leilão.</p> <p>§ 2º Se o pretendente à arrematação se arrepender, o agente de execução informará ao juiz, que lhe imporá multa de vinte por cento sobre o valor da avaliação, em benefício do incapaz, valendo a decisão como título executivo.</p> <p>§ 3º Sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º, o agente de execução poderá autorizar a locação do imóvel no prazo do adiamento.</p> <p>§ 4º Findo o prazo do adiamento, o imóvel será submetido a novo leilão.</p>
<p>Art. 897. Se o arrematante ou seu fiador não pagar o preço no prazo estabelecido, o juiz impor-lhe-á, em favor do exequente, a perda da caução, voltando os bens a novo leilão, do qual não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos.</p>	<p>Art. 897. Se o arrematante ou seu fiador não pagar o preço no prazo estabelecido, o agente de execução impor-lhe-á, em favor do exequente, a perda da caução, voltando os bens a novo leilão, do qual não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos.</p>
<p>Art. 901. A arrematação constará de auto que será lavrado de imediato e poderá abranger bens penhorados em mais de uma execução, nele mencionadas as condições nas quais foi alienado o bem.</p> <p>§ 1º A ordem de entrega do bem móvel ou a carta de arrematação do bem imóvel, com o respectivo mandado de imissão na posse, será expedida depois de efetuado o depósito ou prestadas as garantias pelo arrematante, bem como realizado o pagamento da comissão do leiloeiro e das demais despesas da execução.</p> <p>§ 2º A carta de arrematação conterà a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula ou individualização e aos seus registros, a cópia do auto de arrematação e a prova de pagamento do imposto de transmissão, além da indicação da existência de eventual ônus real ou gravame.</p> <p>(...)</p>	<p>Art. 901. A arrematação constará de auto que será lavrado de imediato e poderá abranger bens penhorados em mais de uma execução, nele mencionadas as condições nas quais foi alienado o bem.</p> <p>§ 1º A ordem de entrega do bem móvel ou a carta de arrematação do bem imóvel, com o respectivo mandado de imissão na posse, será expedida depois de efetuado o depósito ou prestadas as garantias pelo arrematante, bem como realizado o pagamento da comissão do agente de execução e das demais despesas da execução.</p> <p>§ 2º A carta de arrematação conterà a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula ou individualização e aos seus registros, a cópia do auto de arrematação e a prova de pagamento do imposto de transmissão, além da indicação da existência de eventual ônus real ou gravame.</p> <p>(...)</p>

Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Ressalvadas outras situações previstas neste Código, a arrematação poderá, no entanto, ser:

I - invalidada, quando realizada por preço vil ou com outro vício;

II - considerada ineficaz, se não observado o disposto no art. 804 ;

III - resolvida, se não for pago o preço ou se não for prestada a caução.

§ 2º O juiz decidirá acerca das situações referidas no § 1º, se for provocado em até 10 (dez) dias após o aperfeiçoamento da arrematação.

§ 3º Passado o prazo previsto no § 2º sem que tenha havido alegação de qualquer das situações previstas no § 1º, será expedida a carta de arrematação e, conforme o caso, a ordem de entrega ou mandado de imissão na posse.

§ 4º Após a expedição da carta de arrematação ou da ordem de entrega, a invalidação da arrematação poderá ser pleiteada por ação autônoma, em cujo processo o arrematante figurará como litisconsorte necessário.

§ 5º O arrematante poderá desistir da arrematação, sendo-lhe imediatamente devolvido o depósito que tiver feito:

I - se provar, nos 10 (dez) dias seguintes, a existência de ônus real ou gravame não mencionado no edital;

II - se, antes de expedida a carta de arrematação ou a ordem de entrega, o executado alegar alguma das situações previstas no § 1º ;

III - uma vez citado para responder a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, desde que apresente a desistência no prazo de que dispõe para responder a essa ação.

§ 6º Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e devida ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do bem.

Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo **agente de execução**, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Ressalvadas outras situações previstas neste Código, a arrematação poderá, no entanto, ser:

I - invalidada, quando realizada por preço vil ou com outro vício;

II - considerada ineficaz, se não observado o disposto no art. 804 ;

III - resolvida, se não for pago o preço ou se não for prestada a caução.

§ 2º O juiz decidirá acerca das situações referidas no § 1º, se for provocado em até 10 (dez) dias após o aperfeiçoamento da arrematação.

§ 3º Passado o prazo previsto no § 2º sem que tenha havido alegação de qualquer das situações previstas no § 1º, será expedida a carta de arrematação e, conforme o caso, a ordem de entrega ou mandado de imissão na posse.

§ 4º Após a expedição da carta de arrematação ou da ordem de entrega, a invalidação da arrematação poderá ser pleiteada por ação autônoma, em cujo processo o arrematante figurará como litisconsorte necessário.

§ 5º O arrematante poderá desistir da arrematação, sendo-lhe imediatamente devolvido o depósito que tiver feito:

I - se provar, nos 10 (dez) dias seguintes, a existência de ônus real ou gravame não mencionado no edital;

II - se, antes de expedida a carta de arrematação ou a ordem de entrega, o executado alegar alguma das situações previstas no § 1º ;

III - uma vez citado para responder a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, desde que apresente a desistência no prazo de que dispõe para responder a essa ação.

§ 6º Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e devida ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do bem.

ALTERAÇÕES À LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS

–	<p>Art. 2º A Lei 6.830/80 (Lei de execuções fiscais) passará a vigor com as seguintes alterações:</p>
<p>Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:</p> <p>I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;</p> <p>II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;</p> <p>III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital;</p> <p>IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterà, apenas, a indicação da exeqüente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo.</p>	<p>Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:</p> <p>I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;</p> <p>II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;</p> <p>III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita pelo agente de execução ou por edital;</p> <p>IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterà, apenas, a indicação da exeqüente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo.</p>
<p>Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:</p> <p>I - dinheiro;</p> <p>II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;</p> <p>III - pedras e metais preciosos;</p> <p>IV - imóveis;</p> <p>V - navios e aeronaves;</p> <p>VI - veículos;</p> <p>VII - móveis ou semoventes; e</p> <p>VIII - direitos e ações.</p> <p>§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.</p> <p>§ 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.</p> <p>§ 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exeqüente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.</p>	<p>Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:</p> <p>I - dinheiro;</p> <p>II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;</p> <p>III - pedras e metais preciosos;</p> <p>IV - imóveis;</p> <p>V - navios e aeronaves;</p> <p>VI - veículos;</p> <p>VII - móveis ou semoventes; e</p> <p>VIII - direitos e ações.</p> <p>§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.</p> <p>§ 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.</p> <p>§ 3º - O agente de execução ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exeqüente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.</p>

<p>Art. 13 - O termo ou auto de penhora conterà, também, a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar.</p> <p>§ 1º - Impugnada a avaliação, pelo executado, ou pela Fazenda Pública, antes de publicado o edital de leilão, o Juiz, ouvida a outra parte, nomeará avaliador oficial para proceder a nova avaliação dos bens penhorados.</p> <p>§ 2º - Se não houver, na Comarca, avaliador oficial ou este não puder apresentar o laudo de avaliação no prazo de 15 (quinze) dias, será nomeada pessoa ou entidade habilitada a critério do Juiz.</p> <p>§ 3º - Apresentado o laudo, o Juiz decidirá de plano sobre a avaliação.</p>	<p>Art. 13 - O termo ou auto de penhora conterà, também, a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar.</p> <p>§ 1º - Impugnada a avaliação, pelo executado, ou pela Fazenda Pública, antes de publicado o edital de leilão, o Juiz, ouvida a outra parte, nomeará avaliador para proceder a nova avaliação dos bens penhorados.</p> <p>§ 2º - Se não houver, na Comarca, avaliador, ou este não puder apresentar o laudo de avaliação no prazo de 15 (quinze) dias, será nomeada pessoa ou entidade habilitada a critério do Juiz.</p> <p>§ 3º - Apresentado o laudo, o Juiz decidirá de plano sobre a avaliação.</p>
<p>Art. 14 - O Oficial de Justiça entregará contrafé e cópia do termo ou do auto de penhora ou arresto, com a ordem de registro de que trata o artigo 7º, inciso IV:</p> <p>I - no Ofício próprio, se o bem for imóvel ou a ele equiparado;</p> <p>II - na repartição competente para emissão de certificado de registro, se for veículo;</p> <p>III - na Junta Comercial, na Bolsa de Valores, e na sociedade comercial, se forem ações, debênture, parte beneficiária, cota ou qualquer outro título, crédito ou direito societário nominativo.</p>	<p>Art. 14 - O agente de execução entregará contrafé e cópia do termo ou do auto de penhora ou arresto, com a ordem de registro de que trata o artigo 7º, inciso IV:</p> <p>I - no Ofício próprio, se o bem for imóvel ou a ele equiparado;</p> <p>II - na repartição competente para emissão de certificado de registro, se for veículo;</p> <p>III - na Junta Comercial, na Bolsa de Valores, e na sociedade comercial, se forem ações, debênture, parte beneficiária, cota ou qualquer outro título, crédito ou direito societário nominativo.</p>
<p>Art. 23 - A alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, no lugar designado pelo Juiz.</p> <p>§ 1º - A Fazenda Pública e o executado poderão requerer que os bens sejam leiloados englobadamente ou em lotes que indicarem.</p> <p>§ 2º - Cabe ao arrematante o pagamento da comissão do leiloeiro e demais despesas indicadas no edital.</p>	<p>Art. 23 - A alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, pelo leiloeiro público ou agente de execução, no lugar por ele designado.</p> <p>§ 1º - A Fazenda Pública e o executado poderão requerer que os bens sejam leiloados englobadamente ou em lotes que indicarem.</p> <p>§ 2º - Cabe ao arrematante o pagamento da comissão do leiloeiro ou agente de execução e demais despesas indicadas no edital.</p>
<p>Art. 24 - A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados:</p> <p>I - antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos;</p> <p>II - findo o leilão:</p> <p>a) se não houver licitante, pelo preço da avaliação;</p> <p>b) havendo licitantes, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 (trinta) dias.</p> <p>Parágrafo Único - Se o preço da avaliação ou o valor da melhor oferta for superior ao dos créditos da Fazenda Pública, a adjudicação somente será deferida pelo Juiz se a diferença for depositada, pela exequente, à ordem do Juízo, no prazo de 30 (trinta) dias.</p>	<p>Art. 24 - A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados:</p> <p>I - antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos;</p> <p>II - findo o leilão:</p> <p>a) se não houver licitante, pelo preço da avaliação;</p> <p>b) havendo licitantes, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 (trinta) dias.</p> <p>Parágrafo Único - Se o preço da avaliação ou o valor da melhor oferta for superior ao dos créditos da Fazenda Pública, a adjudicação somente será deferida pelo agente de execução se a diferença for depositada, pela exequente, à ordem do Juízo, no prazo de 30 (trinta) dias.</p>

<p>Art. 37 - O Auxiliar de Justiça que, por ação ou omissão, culposa ou dolosa, prejudicar a execução, será responsabilizado, civil, penal e administrativamente.</p> <p>Parágrafo Único - O Oficial de Justiça deverá efetuar, em 10 (dez) dias, as diligências que lhe forem ordenadas, salvo motivo de força maior devidamente justificado perante o Juízo.</p>	<p>Art. 37 - O Auxiliar de Justiça que, por ação ou omissão, culposa ou dolosa, prejudicar a execução, será responsabilizado, civil, penal e administrativamente.</p> <p>Parágrafo Único - O agente de execução deverá efetuar, em 10 (dez) dias, as diligências que lhe forem ordenadas, salvo motivo de força maior devidamente justificado perante o Juízo.</p>
<p>Art. 41 - O processo administrativo correspondente à inscrição de Dívida Ativa, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda Pública será mantido na repartição competente, dele se extraindo as cópias autenticadas ou certidões, que forem requeridas pelas partes ou requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público.</p> <p>Parágrafo Único - Mediante requisição do Juiz à repartição competente, com dia e hora previamente marcados, poderá o processo administrativo ser exibido na sede do Juízo, pelo funcionário para esse fim designado, lavrando o serventuário termo da ocorrência, com indicação, se for o caso, das peças a serem trasladadas.</p>	<p>Art. 41 - O processo administrativo correspondente à inscrição de Dívida Ativa, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda Pública será mantido na repartição competente, dele se extraindo as cópias autenticadas ou certidões, que forem requeridas pelas partes ou requisitadas pelo Juiz, pelo Ministério Público ou pelo agente de execução.</p> <p>Parágrafo Único - Mediante requisição do Juiz ou do agente de execução à repartição competente, com dia e hora previamente marcados, poderá o processo administrativo ser exibido na sede do Juízo, pelo funcionário para esse fim designado, lavrando o serventuário termo da ocorrência, com indicação, se for o caso, das peças a serem trasladadas.</p>
<p style="text-align: center;">-</p>	<p>Art. 3º Esta Lei entrará em vigor em 1 (um) ano de sua publicação.</p>

