



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 Stürmer (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

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

Reviewers (this issue)

Flavio Pedron (Faculdade Guanambi/BA)
Leonard Schmitz – PUC/SP
Renata Cortez – UERJ
Pedro Henrique Nogueira - UFAL
Filipe Ramos de Oliveira - USP
Ronaldo Kochem - USP
Daniel Colnago - USP
Welder Queiroz - UFMT
Fernanda Vogt - UERJ
Juliana Melazzi - UERJ
Maria Gabriela Campos - UFPE
Lara Dourado - UFC.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2022





FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



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

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

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



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

André Luiz Batista Neves

Professor of Political Science, Constitutional Theory and Constitutional Law at the Faculty of Law of the Federal University of Bahia. Master (LL.M.) and Doctoral student at the Faculty of Law of the Federal University of Bahia. Federal Prosecutor.

Jordi Nieva-Fenoll

Full Professor of Procedural Law (chair). University of Barcelona

Paula Sarno Braga

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Bahia (UFBA) and at the Baiana Faculty of Law, Brazil. Ph.D. and Master in Laws (UFBA).

Carolina Costa Meireles

Masters of law candidate at Rio de Janeiro State University

Lorena Miranda Santos Barreiros

Ph.D. and Master in Laws (UFBA). Professor of Civil Procedural Law at Bahia's Faculty Law. State of Bahia Attorney

C.H. van Rhee

Maastricht University, Netherlands



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1

O direito de ação é um direito político? Algumas reflexões sobre um debate ainda não travado no Direito Processual Eleitoral brasileiro	11
--	-----------

Is the right of action a political right?
Some reflections on a debate that has not yet taken place
in Brazilian Electoral Procedural Law

André Luiz Batista Neves

1 Introdução	12
2 O que são os direitos políticos?	13
3 O direito de ação como direito político: algumas consequências no processo eleitoral	22
4 Breves considerações acerca do processo eleitoral e do direito de ação	29
4.1 Sobre o processo eleitoral	29
4.2 O direito de ação e o(s) processo(s) eleitoral(is)	35
5 Conclusão	44
Referências	44

• 2

Technology and fundamental rights in the judicial process	53
--	-----------

Jordi Nieva-Fenoll

1. Introduction	54
2. The structural trilogy of procedural rights	55
3. The right to an independent judge: Independence and impartiality	56
a. AI, emotions, and compliance with the law	59

b. AI as a reflection of social empathy: What about justice?.....	60
4. The right of defense	63
a. Free access, allegations, evidence, conclusions, and enforcement.....	63
b. Motivation and appeals	65
c. An AI defense before an AI judge	66
5. The right to res judicata	67
6. Conclusions	68

• 3

Autonomia federativa dos Judiciários Estaduais e sua participação da formação da vontade judiciária central.

O federalismo e o Judiciário brasileiro. 69

Federative autonomy of the State's courts and their participation in the formation of the federal courts decisions.

The Federalism and the Brazilian Judiciary.

Paula Sarno Braga

Introdução.	70
1. Estado e suas formas (unitária e composta).	71
2. Estado Federal e sua caracterização.	73
2.1. Noção geral.	73
2.2. Descentralização política (produção normativa própria a autoadministração). Participação das vontades parciais na formação da vontade normativa central. O papel da Corte Suprema.....	76
3. A “autonormatização” e o Judiciário local. Descentralização da produção normativa judiciária.	80
4. “Autonormatização” da organização judiciária. Auto-organização e autoadministração judiciária.....	82
5. A indevida extensão do princípio da simetria e o Judiciário Local: primeiras reflexões.....	91
6. Peculiaridades federativas da organização e administração da Justiça Eleitoral.	94
7. Participação das vontades judiciárias parciais na formação da vontade judiciária (inclusive normativa) central.....	97
6. Nota conclusiva.....	99
Referências.	100

• 4

A estabilidade processual decorrente do procedimento antecipado de prova

103

The stability of the early production of evidence procedure

Carolina Costa Meireles

1. Introdução	104
2. Premissa teórica. A estabilidade processual como categoria jurídica.	105
3. Hipóteses de cabimento da produção antecipada de prova	109
4. O procedimento antecipado de prova como uma antecipação de fase processual	112
5. A estabilidade processual no procedimento antecipado de prova.	115
5.1. Segue. A estabilidade do procedimento antecipado de prova e segurança-continuidade.	117
5.2. Segue. A estabilidade da prova produzida antecipadamente e a eficiência processual.	119
5.3. Limites objetivos da estabilidade da prova produzida antecipadamente.	121
5.4. Conclusão parcial. Efeitos e alcance da estabilidade	122
6. A vinculação dos sujeitos processuais à estabilidade	124
6.1. Para os sujeitos parciais. Contraditório-influência como pressuposto necessário à vinculação.	124
6.2. Para o juiz	126
7. A natureza da prova produzida antecipadamente	128
8. Conclusão	130
Referências bibliográficas.....	130

• 5

O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público 135

The administrative precedent as a self-limiting factor of the public administration's business discretion

Lorena Miranda Santos Barreiros

Introdução	136
1. A decisão administrativa de celebração de negócio jurídico processual como precedente administrativo	137
2. Teoria espanhola dos precedentes administrativos e sua adaptação ao direito brasileiro	140
3. Vinculatividade do precedente administrativo	146
4. Autolimitação negocial da administração pública: o equilíbrio entre discricionariedade administrativo-consensual e igualdade	148
Conclusão.....	152
Referências.....	153

• 6

**Gerenciamento de casos e cooperação na Europa:
uma abordagem moderna sobre a litigância cível 157**

Case management and co-operation in europe: a modern approach to civil litigation

C.H. van Rhee

1. Introdução.....	158
2. Um modelo processual baseado no princípio de cooperação	160
3. O Modelo Processual do Modelo de Regras Europeias.....	161
4. Conclusão	170
5. Referências bibliográficas	170



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

O direito de ação é um direito político? Algumas reflexões sobre um debate ainda não travado no Direito Processual Eleitoral brasileiro

Is the right of action a political right? Some reflections on a debate that has not yet taken place in Brazilian Electoral Procedural Law

André Luiz Batista Neves

Professor de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FDFUBA). Mestre e Doutorando em Direito na FDFUBA. Procurador da República.

Professor of Political Science, Constitutional Theory and Constitutional Law at the Faculty of Law of the Federal University of Bahia. Master (LL.M.) and Doctoral student at the Faculty of Law of the Federal University of Bahia. Federal Prosecutor.

Resumo: Este texto examina o direito de ação na Justiça Eleitoral brasileira, a fim de verificar se ele pode ser qualificado como um direito político. Para tanto, são brevemente analisados os significados das expressões *processo eleitoral* e *direito de ação*. O objeto de pesquisa é, portanto, a tipologia do direito de ação pressuposta no âmbito eleitoral, e a hipótese de pesquisa é de que esse direito não pode ser automaticamente enquadrado como direito político. Utiliza-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica de textos científicos e análise da jurisprudência de tribunais eleitorais brasileiros. Conclui-se que: a) nos conflitos eleitorais, a ação de direito material tem a natureza de direito político; b) no desempenho das competências

administrativas do Judiciário Eleitoral, não se tem direito de ação, mas direito de petição; c) quando essa mesma Justiça age na pacificação das lides eleitorais e na jurisdição consultiva, o direito processual de ação não tem natureza de direito político.

Palavras-chaves: Direito de ação; Direitos políticos; Processo Eleitoral.

Abstract

This text examines the right of action in Brazilian electoral courts, to verify if it can be qualified as a political right. Therefore, the meanings of the expressions *electoral process* and *right of action* are examined. The research object is the typology of the right of action as it is assumed in Brazilian electoral Judiciary, and the research hypothesis is that this right cannot be automatically classified as a political right. The deductive method is used, with bibliographical review and analysis of Brazilian electoral courts jurisprudence. It is concluded that: a) in electoral conflicts, the action of material Law has the nature of political right; b) in the execution of the administrative powers of the Electoral Courts, there is no right to action, but right to petition; c) in solving electoral disputes and in consultative jurisdiction, the procedural right of action does not have the nature of a political right.

Keywords: Right of action; Political rights; Electoral process.

1 INTRODUÇÃO

No senso comum teórico subjacente ao Processo Eleitoral brasileiro, é frequente a ideia, nem sempre literalmente expressa, de que o direito de ação é um direito fundamental de natureza política. Contudo, não há discussão sobre essa compreensão, que, de resto, não é contestada pelos eleitoralistas ou constitucionalistas. Insuspeita em suas premissas, dessa visão derivam consequências extremamente relevantes, que dificultam a modernização e a efetividade do sistema de Justiça Eleitoral.

Isso se pode ser comprovado na *praxis* da Justiça Eleitoral, que refuta a condenação em custas e honorários de advogado, tradicionalmente opõe severas dificuldades para o reconhecimento à litigância de má-fé, forma típica de abuso processual, e é refratária à incorporação de importantes instrumentos racionalizadores construídos no Processo Civil – que lhe é subsidiariamente aplicável –, a exemplo da sistemática dos recursos repetitivos.

Por isso, é importante verificar se essa natureza política pressuposta realmente tem correspondência com as categorias jurídicas doutrinárias hoje vigentes, usando-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica de textos científicos e análise da jurisprudência de tribunais eleitorais brasileiros. Para tanto, será necessário reexaminar os conceitos de *direitos políticos*, de processo eleitoral e de direito de ação. O texto leva a uma conclusão, que muito mais é um convite à abertura do diálogo sobre algo considerado hoje como um não-debate. Conta-se com a ajuda do leitor para essa tarefa.

2 O QUE SÃO OS DIREITOS POLÍTICOS?

Na literatura constitucional brasileira contemporânea, a expressão *direitos políticos* abriga direitos estruturalmente distintos, que podem ser de defesa, prestacionais ou de organização e procedimento¹. Eles são reunidos sob um denominador comum em razão de uma finalidade comum: a garantia da participação na vida política, como expressão da soberania popular².

- 1 Robert Alexy critica a expressão “organização e procedimento”, por sua ambiguidade. O autor alemão entende ser “necessário indagar se, com o conceito de direito a organização e procedimento, é descrito um complexo integrado de direitos, ou se esse conceito combina *dois* complexos independentes de direitos, a saber, direitos a organização e direitos a procedimento, os quais poderiam também ser tratados de forma separada” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 472). Isso não será discutido no presente artigo. Aqui, basta recordar, com Jorge Reis Novais, que “os direitos fundamentais funcionam também como normas de organização, enquanto fundamento orientador da criação estatal de organizações e instituições funcionalmente adequadas à defesa e fomento da liberdade individual (‘organização da liberdade’) e, principalmente nas áreas onde existe um monopólio jurídico ou fático das entidades públicas, enquanto padrão de controlo da conformidade da sua organização interna aos princípios de direitos fundamentais e a garantia de participação efetiva dos cidadãos nas instituições públicas e nos processos suscetíveis de afetar os seus direitos fundamentais” (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 84).
- 2 Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior informam que “os direitos políticos, ou de cidadania, resumem o conjunto de direitos que regulam a forma de intervenção popular no governo. Em outras palavras, são aqueles formados pelo conjunto de preceitos constitucionais que proporcionam ao cidadão sua participação na vida pública do País, realizando, em última análise, o disposto no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que prescreve que ‘todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’” (ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 239). Alexandre de Moraes os conceitua como “direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhes o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania” (MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211). Para André de Carvalho Ramos, “os direitos políticos constituem um conjunto de direitos de participação na formação da vontade do poder e sua gestão. Expressam a soberania popular, representada na máxima ‘todo poder emana do povo’ prevista no art. 1º da Constituição de 1988” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66). Manoel Jorge e Silva Neto os conceitua como “os direitos fundamentais inerentes à participação do indivíduo na vida política do Estado” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 801). Dirley da Cunha Júnior se refere ao conjunto de normas que disciplinam “o exercício da soberania popular (arts. 14 a 16)”, que, “por tratarem da participação do povo no processo de condução da vida política nacional, receberam a designação de *direitos políticos*” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 763). José Afonso da Silva assevera que “a Constituição emprega a expressão ‘direitos políticos’ em seu sentido estrito, como conjunto de regras que regulam os problemas eleitorais, quase como sinônima de *direito eleitoral*. Em acepção um pouco mais ampla, contudo, deveria incluir também as normas sobre partidos políticos” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211). Na lição de José Jairo Gomes, “denominam-se *direitos políticos* ou *cívicos* as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 16ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2020, p. 5). Ao ver de André Ramos Tavares, “os direitos políticos perfazem o conjunto de regras destinadas a regulamentar o exercício da soberania popular. Com isso quer-se significar que a expressão ‘direitos políticos’ é utilizada em sentido amplo, para designar: A) o direito de todos participarem e tomarem conhecimento das decisões e atividades desenvolvidas pelo governo; B) o Direito Eleitoral; e C) a regulamentação dos partidos políticos. Em síntese, pode-se afirmar que é o conjunto de normas que disciplinam a intervenção, direta ou

Desde que Georg Jellinek difundiu a sua tipologia dos direitos subjetivos na conhecida teoria dos quatro *status*, os direitos políticos são associados com o *status activae civitatis* (*Status der aktiven Civiät*, no original), como, de resto, o próprio jurista de Leipzig o fez. Cuida-se o conjunto de direitos subjetivos públicos que habilitam os indivíduos a agir como órgãos do Estado³, contribuindo para a formação de sua vontade, ou, como disseram Pieroth e Schlink, o “estado em que o particular exerce a sua liberdade no e para o Estado, o ajuda a construir e nele participa”⁴.

As origens tanto do nome quanto da categoria são, entretanto, muito mais antigas. Gomes Canotilho as situa no constitucionalismo revolucionário francês e na Carta Constitucional portuguesa de 1826, que, em verdade, era uma cópia muito aproximada da Constituição Imperial brasileira de 1824, outorgada por D. Pedro I do Brasil e IV de Portugal⁵.

Para a doutrina da época, os *direitos políticos* eram definidos de forma relacional, em uma espécie de contraposição conceitual aos *direitos civis*⁶. Enquanto estes últimos

indireta, no poder” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 682).

Conceituações similares podem ser encontradas em BIN, Roberto. *Diritto Costituzionale*. 9ª. ed. Turim: G. Giappichelli, 2008, p. 545; BLENGIO VALDÉS, Mariana. *Manual de Derechos Humanos*. 2º ed. Montevideo: Editores Información Jurídica, Ediciones del Foro, 2017, p. 48; MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 271; DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 410-411.

- 3 “In den Fällen der zweiten Art jedoch theilt der Staat dem Individuum eine mit dessen Person verknüpfte Fähigkeit zu, als Staatsorgan haldeln zu können. (...) Dadurch nähert er sich dem passiven Status, von dem er aber wieder todo coelho dadurch geschieden ist, dass nicht Unterwerfung unter einen höheren Willen, sondern Bildung dieses höheren Willens selbst sein letztes Ziel ist” (JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte* Friburgo: Akademische Verlagbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1892, p. 132).
- 4 PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65. Associam os direitos políticos ao *status activae civitatis* de Jellinek, dentre outros, PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 11ª ed., reimpressão. Madrid: Tecnos, 2016, p. 179; BIN, Roberto. *Diritto Costituzionale*. 9ª. ed. Turim: G. Giappichelli, 2008, p. 545; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 91; DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61; MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211; BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 666; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 56; NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, Método, 2010, p. 493.
- 5 Na sua obra acerca do constitucionalismo liberal luso-brasileiro, Jorge Miranda reúne ambas as constituições no capítulo III, denominado “As constituições de D. Pedro” (MIRANDA, Jorge. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001, p. 23 e ss.).
- 6 Com as devidas adaptações, essa visão de alguma forma ainda subsiste no constitucionalismo latino-americano. Cf. p. ex., Maria del Pilar Hernández Martínez repete passagem de Gomes Canotilho mencionada na nota de rodapé imediatamente posterior a esta, nem citar a fonte (HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Maria del Pilar. *Constitución y derechos fundamentales*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Cidade do México, ano XXVIII, n. 84, p. 1043, set.-dez. 1995). O chileno Pablo Marshall acredita que “los derechos civiles y los derechos políticos están separados por una ‘diferencia estructural esencial’, esta es, que los derechos civiles son reconocidos a toda persona, mientras los derechos políticos son reconocidos exclusivamente a los ciudadanos” (MARSHALL, Pablo. Capítulo III: Clasificación de los derechos fundamentales. In: CONTRERAS, Pablo, SALGADO, Constanza. *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*. Santiago: LOM, 2017, p. 101).

eram reconhecidos a todos que eram pessoas – e nunca é demais lembrar que nesse tenebroso período nem todos os seres humanos o eram –, os *direitos políticos* somente cabiam aos admitidos a tomar parte dos processos decisórios públicos⁷, supostamente em razão de suas “responsabilidades sociais, aferidas pela propriedade ou certas capacidades”⁸.

Ela cumpria uma função específica no constitucionalismo liberal luso-brasileiro⁹ monárquico: os direitos políticos não apenas se subordinavam aos civis, mas também se prestavam à conformação e à manutenção de uma estrita hierarquia social, como registra Antônio Manuel Hespanha¹⁰. É nesse contexto que deve ser lido Pimenta

7 “É uma distinção introduzida dentro da categoria dos direitos civis. Os *direitos civis* são reconhecidos pelo direito positivo a todos os homens que vivem em sociedade; os segundos – os *direitos políticos* – só são atribuídos aos *cidadãos ativos*. Sieyès formula esta distinção da seguinte maneira: os direitos civis ‘devem beneficiar todos os indivíduos’; pelo contrário, nem todos têm o direito a tomar parte ativa na formação dos poderes públicos, beneficiando de direitos políticos’. Tal como já sucedia com a dicotomia entre direitos do homem e do cidadão o artifício da distinção permitirá proclamar o princípio da igualdade, mas, ao mesmo tempo, evitar o sufrágio universal” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 370-371 – a grafia foi adaptada para o português utilizado no Brasil). Nessa passagem, o professor de Coimbra não indica a fonte de que extraiu a passagem citada. Note-se, contudo, que em um texto publicado no ano III da Revolução (1795), Sieyès – essa é a ortografia mais provável do nome, segundo Pasquale Pasquino – afirmou que “le droit dont chacun jouit de recourir à la garantie de la loi et de l’autorité tutélaire est proprement le *droit civil*», mas também sustentou: “Puisque l’homme est libre, qu’il ne s’oblige que par voie d’engagement volontaire, il faut qu’il ait le droit de prononcer sa volonté politique, comme sa volonté civile. L’association politique est bien l’ouvrage des associés. La loi qui doit les obliger, ne peut être que l’expression de la volonté générale. Je dis plus, la création de l’établissement public, et la constitution qu’il organise, ne peuvent être que le produit de cette même volonté» (SIEYES, Emmanuel Joseph. *Bases de l’ordre social ou série raisonnée de quelques idées fondamentales de l’État social et politique* (an III). In: PASQUINO, Pasquale. *Sieyès et l’invention de la Constitution en France*. Paris: Odile Jacob, 1998, p. 183-184).

8 “Na época liberal predominava a tese de que o sufrágio era uma função ou um poder funcional, e não propriamente um direito.⁹ Ele seria atribuído no interesse geral e isso explicaria o seu carácter restrito (porque só as pessoas com responsabilidades sociais, aferidas pela propriedade ou por certas capacidades, se orientariam por esse interesse geral). Quando muito, haveria um direito subjectivo a ser eleitor, não um direito subjectivo a votar; e, numa visão extrema, o cidadão, ao votar, comportar-se-ia como *funcionário do Estado*” (MIRANDA, Jorge. Os direitos políticos dos cidadãos na Constituição portuguesa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 60, p. 299-316, jul.-set. 2007. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 12 jun. 2021).

9 Sobre o tema, vide MIRANDA, Jorge. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimientos Portugueses, 2001.

10 Antônio Manuel Hespanha explica que “(...) o pacto político (ou constituição) vem a ter duas funções: por um lado, a função (passiva) de garantir os direitos civis e, por outro, a função ativa de conceder os direitos políticos adequados à organização de um governo que salvaguarde os primeiros. A primeira função é passiva, não podendo contrariar o elenco dos direitos naturais, nem para mais, nem para menos. A segunda é ativa, pois cria os meios de garantia dos direitos civis, podendo ser avaliada quando ao modo como o faz.

Era justamente esta referência ao pacto constitucional que permitia distinguir várias classes de sujeitos políticos. Uns eram os que, não tendo participado do pacto, estavam excluídos tanto dos direitos políticos como dos direitos civis, embora as leis civis lhes pudessem proteger, por concessão graciosa, os seus direitos civis. Outros, os que, tendo participado no pacto político, por serem titulares de direitos naturais, tinham protegido os seus direitos civis, carecendo, porém, do discernimento necessário para ter voz na organização do governo político. Finalmente, alguns eram capazes não apenas para serem titulares de direitos civis, mas também de decidir acerca do governo e das leis” (HESAPANHA, Antônio Manuel. *Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*. 1ª ed., 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 294).

Bueno. Ao defender os primeiros como instrumentos imprescindíveis de garantia dos segundos¹¹, na realidade o constitucionalista do Império via os direitos políticos como guardiões do *status quo*.

À medida em que o Estado brasileiro se tornou uma República e, posteriormente, uma democracia participativa¹², os direitos políticos foram progressivamente

11 “Os direitos políticos são as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos.

São o *jus civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao poder público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito votante ou eleitor, os direitos de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos, e a manifestar suas opiniões sobre o governo do estado.

Os direitos individuais ou civis têm em vistas o exercício legítimo das faculdades do homem; os direitos políticos são os meios de assegurar os direitos naturais pela intervenção que o cidadão ativo exerce no poder público, são as garantias que escudam aqueles, e sem as quais não poderia defendê-los, não teria apoio valioso e eficaz.

Os direitos políticos são filhos da constituição do Estado, que estabelece as condições de gozo deles em vista do interesse da sociedade e da manutenção das liberdades públicas e individuais, e para que o poder se exerça por esses faróis sagrados, e não por ideias ou ambições pessoais ou interesses ilegítimos dos governantes” (BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J, Villeneuve E. C., 1857, p. 467-468). A parte inicial dessa definição de direitos políticos é citada por Celso Bastos (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 236-237), José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211) e Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211).

12 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Alexandre de Moraes afirma que “modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da democracia representativa, sem contudo descuidar-se da democracia participativa, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismos que favorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direito de associação, direito de petição, direito de sindicalização)” (MORAES, Alexandre de. Reforma política do Estado e democratização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 32, p. 116-143, jul.-set. 2000. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 12 jun. 2021).

Ruy Samuel Espíndola entende que a democracia participativa brasileira é incompleta: “Sobre a democracia participativa, também chamada de democracia semidireta, encontramos as regras constitucionais dispostas nos incisos do art. 14, ao contemplar o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular; no art. 18, §§ 3.º e 4.º, os plebiscitos orgânicos, os destinados a formarem novos Estados ou Municípios; e no art. 49, onde se fixou como competência exclusiva do Congresso Nacional brasileiro autorizar referendo ou convocar plebiscito. Pelo art. 49, mostra-se que todos os nossos possíveis referendos e plebiscitos são oficiais, convocados ‘de cima’. Não são os populares, cívicos, fruto de livre e legítima manifestação popular, convocados ‘de baixo’, originados da iniciativa popular.

Tal consagração imperfeita da democracia participativa, no que toca aos plebiscitos e referendos (pois a iniciativa popular de lei é efetivamente iniciada pelos cidadãos na nossa atual forma constitucional), consagra uma contradição evidente com o princípio representativo: somente os órgãos de representação, os representantes parlamentares eleitos para o Congresso Nacional, podem convocar os veículos de manifestação direta da cidadania” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia participativa autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 35, p. 335-356, abr.-jun. 2011).

universalizados, ao menos no plano formal¹³. Essa expansão¹⁴, somada à imprecisão inerente à ideia de *participação na vida política*¹⁵, fez com que nunca fosse realmente possível um consenso pleno acerca de quais são exatamente os direitos que pertencem ao conjunto dos *direitos políticos*, para além dos candidatos óbvios, ou seja, daqueles expressamente listados como tais nos textos constitucionais¹⁶.

13 Barbalho registrou que “pelo decreto n. 6, de 19 de novembro de 1889, já o governo provisório declarara eleitores para as câmaras gerais e locais ‘todos os cidadãos brasileiros no gozo de seus direitos civis e políticos, sabendo ler e escrever’” (CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*: comentada. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 290), isto é, mantida a exclusão dos analfabetos, que provinha da Lei Saraiva (Decreto n. 3.029/1881 – disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html>. Acesso em: 11 jun. 2021).

A Constituição de 1891 dispunha, em seu artigo 70 que “são eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei”. Segundo Marly Cardone, não havia “nesse diploma constitucional, uma concessão ou uma negação do direito de voto à mulher” (CARDONE, Marly A. A mulher nas constituições brasileiras, *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, vol. 4, p. 448-489, ago. 2011. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 12 jun. 2021), conquanto ele lhes fosse negado na prática. Foi com base na cláusula de abertura material (art. 78. “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”) que as mulheres passaram a acessar os cargos públicos, como narrou Berta Luz, citada por Marly Cardone: “Estes artigos serviram de ponto de partida para o ingresso da mulher na administração pública, por interpretação constitucional. A primeira interpretação foi magistralmente dada em 1917, por Ruy Barbosa, em parecer sobre a inscrição da Sra. Maria de Castro Rebello Mendes, em concurso para 3º official da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, logar que aliás conquistou. Em 1919 foram novamente interpretados pelo probo Consultor Jurídico do Ministério da Agricultura, Dr. Raul Penido, quando a autora do presente trabalho se inscreveu no concurso para secretario do Museu Nacional. Pela interpretação de Barbalho que inclui o exercício de cargos públicos entre os direitos políticos serviam de ponto de partida à concessão do voto feminino no Rio Grande do Norte e em vários Estados, anteriormente à revolução de 1930”. E somente com o Código Eleitoral de 1932, secundado pela Constituição de 1934, reconhecceu-se expressamente o voto feminino (CARDONE, Marly A. A mulher nas constituições brasileiras, *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, vol. 4, p. 448-489, ago. 2011. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 12 jun. 2021).

14 “Esses direitos conheceram historicamente uma contínua extensão de seus titulares (diminuição da idade mínima para o seu exercício; direito ao voto para as classes populares, para a mulheres e, recentemente em alguns países, para os estrangeiros) e multiplicaram-se com a introdução de formas de democracia direta (leis de iniciativa popular, referendo, orçamentos participativos)” (DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61).

15 É um reflexo da dificuldade de extremar o *político do jurídico*. Cf., a propósito, MONCADA, Luís Cabral de. Do conceito e da essência do político. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 30, p. 7-37, jan. 1971; MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

16 “Os direitos políticos em sentido estrito, no sentido de direitos e garantias diretamente destinados a assegurar uma livre e eficaz participação do cidadão nos processos de tomada de decisão política na esfera estatal, foram contemplados pela CF nos arts. 14 a 16, ao passo que o regime jurídico-constitucional dos partidos políticos foi objeto de previsão no art. 17, ainda no Título Dos direitos e garantias fundamentais. Assim, embora previstos em capítulo apartado, os partidos políticos integram o conjunto dos direitos políticos, em especial a liberdade de criação e de associação partidária, essencial à concepção de democracia representativa e partidária que é predominante na Constituição” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais em espécie*. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 692).

Assim, ninguém renega o rótulo de *direito político* ao sufrágio e ao direito de voto¹⁷, às condições de elegibilidade e casos de inelegibilidade e aos direitos “à autonomia de organização do sistema partidário ou à igualdade de oportunidade dos partidos”¹⁸. Mas, a depender do autor, também o podem ser as liberdades como a de reunião, de associação e de manifestação do pensamento¹⁹ ou uma garantia como o tribunal do júri²⁰. Celso Bastos, por exemplo, insere nesse grupo o direito “de prover cargo público”²¹; Jorge Miranda os direitos “de informação sobre os atos do Estado e das demais entidades públicas (...), de acesso aos cargos públicos” e “de tomar parte na administração da justiça”²²; José Adércio Leite Sampaio os direitos de “postular um emprego público e o de ser jurado ou testemunha”²³; Simone Tebet, os de greve, de impetrar mandado de segurança, de reunião e de manifestação do pensamento²⁴ e

Na Espanha, os direitos a participar nos assuntos públicos e de acessar as funções e cargos públicos (art. 23, 1 e 2 da Constituição do Reino da Espanha – PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 445; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*. Madrid: Sanz y Torres, 2011, p. 517 e ss.).

- 17 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 697-701.
- 18 MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Políticos na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 701.
- 19 “Muitos autores incluem entre os “cívicos” liberdades tais como de expressão, de imprensa, de associação – a incluir a partidária – e a de reunião, dados os vínculos explícitos entre elas e o exercício livre e informado dos direitos políticos estritos. No plano internacional, listam-se os direitos incluídos entre os artigos 2 e 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos” (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 5690).
- 20 “Há autores que incluem no rol dessa participação direta tanto a ação popular quanto o tribunal do júri, pois que nesses dois casos também manifestar-se-ia a vontade direta do povo, agora já na consecução de se obter um provimento judicial” (SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 104).
- 21 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 237.
- 22 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 91.
- 23 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 569.
- 24 “A Constituição brasileira de 1988 assegura ao povo os direitos políticos de votar - capacidade eleitoral ativa - e de ser votado, elegível - capacidade eleitoral passiva. No art. 14, § 1.º, I e II, da CF/1988, garante os direitos de cidadania mediante alistamento eleitoral obrigatório aos maiores de 18 anos e facultativo aos maiores de 70 anos, e maiores de 16 e menores de 18 anos, não sendo alistáveis os estrangeiros e os convocados para o serviço militar obrigatório, art. 14, § 2.º, CF/1988. Aos 18 anos o cidadão (eleitor) incorpora o direito de ser eleito para vereador; aos 21 para Deputado Federal, Estadual e Distrital, Prefeito, Vice-Governador do Estado e do Distrito Federal; finalmente aos 35, para Presidente e Vice-Presidente da República e para Senador Federal (art. 14, § 3.º, CF/1988. Mas não são apenas estes direitos que são, hoje, considerados políticos. A constituição atual também garante ao seu cidadão o direito à greve; a reclamar por seus direitos, através de mandado de segurança, ação popular; o direito de livre pensamento e opinião política, votando e se filiando a qualquer partido; a liberdade de ir às ruas e reivindicar o que achar justo. Isto a Constituição garantiu e não se pode negar que o cidadão pode lutar pelos seus direitos sem medo de repressão política, como acontecia há tempos atrás” (TEBET, Simone Nassar. O princípio da democracia e o exercício da cidadania: realidade ou ficção? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 14, p. 231-248, jan.-mar. 1996) Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 12 jun. 2021).

André de Carvalho Ramos a “*propositura de projetos de lei (iniciativa popular)*” e a “*ação fiscalizatória sobre os governantes (a ação popular)*”²⁵.

Há, aliás, um forte consenso quanto ao caráter político desta última ação constitucional. Enquadram-na como tal, dentre outros, Geraldo Ataliba²⁶, Maria Garcia²⁷, Pinto Ferreira²⁸, José Afonso da Silva²⁹, Celso Bastos³⁰, Galeno Lacerda³¹, Guilherme Amorim Campos da Silva e André Ramos Tavares³². A solitária voz dissonante

- 25 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66. Gomes Canotilho qualifica como direito político o direito de petição em relação aos órgãos de soberania, previsto no art. 52º da Constituição da República Portuguesa (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 478-479).
- 26 Que, no entanto, era contrário à restrição de sua legitimação ativa ao cidadão: “Não tenho a menor dúvida – dadas as considerações que já fiz, em face do caráter de instrumento posto nas mãos do cidadão, como prerrogativa sua, para provocar a função jurisdicional – que esse é um direito político. Entretanto, não acredito que haja necessidade de que se reconheça ao exercente desse direito, desde que cidadão, qualificado nos termos da própria Constituição, que ele esteja no gozo desses direitos políticos. Por várias razões, as pessoas podem perder o gozo dos direitos políticos. Mas, acredito que isso não lhes tira a qualidade de cidadãos. Consideremos esse ótimo exemplo de ação popular, que é o habeas corpus, dado por Pontes de Miranda, para ponderar: até o estrangeiro pode exercer o direito de pedir habeas corpus, de provocar a função jurisdicional, para corrigir desmandos, erros, ilegalidades de autoridades públicas. Não parece certo restringir a ação popular, exigindo que além de ser titular de direitos políticos, precise estar na plenitude de seu gozo. Submeto à meditação de todos a ponderação, no sentido de que não podemos inferiorizar o cidadão – ainda que privado temporariamente de seus direitos políticos –, relativamente ao estrangeiro, que pode exercer uma ação popular como o habeas corpus. A esta conclusão cheguei, a esta inclinação fui levado exatamente pela circunstância de que, num caso de dúvida, não poderia inclinar-me por uma solução que fosse restritiva do direito do cidadão” (ATALIBA, Geraldo. *Ação popular na Constituição brasileira. Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, vol. 5, p. 289-309, ago. 2011).
- 27 GARCIA, Maria. A interpretação constitucional e os requisitos da ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 30, p. 86-94, jan. – mar. 2000.
- 28 “No Brasil, a ação popular constitucional é um direito público subjetivo, pode ser entendido como um direito político, atribuído e conferido a qualquer cidadão” (FERREIRA, Pinto. Da ação popular constitucional (parte 1). *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, vol. 5, p. 635-659, ago. 2011).
- 29 Em monografia clássica sobre o tema, José Afonso da Silva assim caracteriza o *direito de ação popular*: “Trata-se de um direito público, subjetivo, autônomo, abstrato e genérico, da categoria dos direitos políticos. Enquadra-se entre os direitos cívicos fundamentais, na lição de Galeno Lacerda, que nos parece correta (SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 77).
- 30 “Dá-se, na verdade, a consagração de um direito político, de matiz nitidamente democrático, à ajuda do qual o cidadão ascende à condição de controlador da legalidade administrativa” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 223).
- 31 “Não nos cabe nos limites destas linhas qualquer informação sobre o histórico e a natureza da ação popular, de resto, assaz conhecidos. Importa apenas lembrar que, através dela, o de que se cuida proteger é não um direito público do indivíduo, senão que um da própria coletividade, de que o autor se faz substituto processual. O direito de ação popular enquadra-se, assim, entre os direitos cívicos fundamentais, e esta característica cívico-política é que faz com que o instituto se estenda também ao próprio direito eleitoral” (LACERDA, Galeno. Remédios processuais da Administração e contra a Administração. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 8, p. 112, 1960. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/view/517>. Acesso em: 15 jun. 2021).
- 32 “Não bastasse tais características peculiares à ação popular, significa esta também um meio de participação política, fato este que a vincula diretamente com princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, do qual emerge como princípio basilar a soberania popular,

é a de José Sérgio Monte Alegre, defensor de um conceito de *direito político* restrito à “participação do indivíduo na produção de normas jurídicas gerais, normas da atividade legislativa”, que não incluiria a ação popular, não prevista no capítulo constitucional dos direitos políticos³³.

O próprio direito de ação é muitas vezes visto pelo Judiciário Eleitoral como um direito político. Embora isso raramente seja dito expressamente, essa ideia se radica firmemente no senso comum teórico dos juristas³⁴. Isso pode implicar maior dificuldade no reconhecimento de instrumentos oriundos de subsistemas normativos distintos do denominado Direito Eleitoral³⁵, conquanto não lhe sejam incompatíveis.

consubstanciada no art. 1.º, par. ún.: ‘todo poder emana do povo e em seu nome será exercício’. Aí se encontra, nos dizeres de José Afonso da Silva, “a norma fundamental do regime democrático” (RDA 6/17).

Sob esse prisma, pode-se afirmar que a ação popular deriva do princípio republicano. A *res* é pública (daí república). Assim, tudo o que envolva de qualquer maneira o patrimônio público interessa ao povo, já que é o destinatário da gestão da coisa pública, e também seu legitimador” (SILVA, Guilherme Amorim Campos da, TAVARES, André Ramos. Garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa. *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, vol. 5, p. 319-342, ago. 2011).

33 “(...) nem sempre os direitos políticos mereceram hospedagem separada nas Constituições brasileiras, tal como se lê nos textos de 1891, 1937 e 1946. No entanto, todas as vezes em que foram distinguidos com acomodações especiais, em 1934, 1967/69 e 1988, as Constituições deles excluíram a Ação Popular, exatamente porque não predisposta à viabilizar a interferência do indivíduo na criação de normas jurídicas gerais, das leis. Aqui, vale enfatizar que o próprio da Constituição é indicar os órgãos e o procedimento pelos quais se formará a vontade do Estado a ser expressa nas leis, o mesmo não sucedendo com a vontade estatal a ser manifestada pela sentença ou pelo ato administrativo” (ALEGRE, José Sérgio Monte. Ação popular: é mesmo de direito político que se trata? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 2, p. 63-74, jan.- mar. 1993).

34 Luis Alberto Warat ensinou que “os processos significativos do direito apresentam-se como um conjunto heterogêneo de hábitos semiológicos de referência (senso comum teórico) e de discursos organizados a partir de ditos hábitos. Ou seja, os primeiros operam como um código para as enunciações jurídicas. Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz ‘off’ do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam.

Grosso modo, podemos dizer que os hábitos semiológicos de referência encontram-se constituídos: por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como, por metáforas e representações do mundo. Todos estes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais.

Os juristas chamam esses hábitos semiológicos de Ciência conseguindo, com isto, a uniformidade dos pontos de vista em nome da verdade. Uma verdade que foi construída em luta contra as representações costumeiras e que, no entanto, volta como um grau diferente dessas mesmas representações” (WARAT, Luis Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. In: WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Vol. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 31-32).

35 “O Direito Eleitoral, ramo do Direito Público diretamente relacionado à instrumentalização da participação política e à consagração do exercício do poder de sufrágio popular, é conceituado, por Fávila Ribeiro (Direito Eleitoral, 1996, p. 5), como o ‘ramo do Direito que dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa equação entre a vontade do povo e a atividade governamental”. Joel J. Cândido (Direito Eleitoral Brasileiro, 2008, p. 25), por sua vez, define o Direito Eleitoral como sendo o ‘ramo do Direito Público que trata de institutos relacionados com os direitos políticos e as eleições, em todas as suas fases, como forma de escolha dos titulares dos mandatos eletivos e das instituições do Estado” (BARREIROS NETO, Jaime. *Direito Eleitoral*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 21).

Essa pré-compreensão certamente norteou a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de n. 23.478, de 10 de maio de 2016, que estabeleceu diretrizes gerais para a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no processo eleitoral³⁶, causando algumas consequências que serão examinadas no próximo tópico deste trabalho.

Por ora, é preciso registrar que há dúvidas se a eleição de uma definição mais estrita de *direitos políticos* seria possível e, em caso positivo, útil. Teori Zavascki acreditava que não, sob pena de esvaziamento do conceito³⁷.

Para os fins deste estudo, isso não será discutido. Por ora, basta saber que os direitos fundamentais políticos, existentes ou futuros³⁸, são qualificados não por sua localização no texto constitucional, por sua estrutura, por sua titularidade ou pelo sujeito passivo/obrigado. Tudo isso é consequência do que realmente importa: o desempenho de funções de seleção e de mediação³⁹ das pautas consideradas relevantes (ainda que não majoritárias) da sociedade civil, apresentada pelo conjunto daqueles e daquelas que a Constituição identifica como cidadãos.

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos políticos garantem que essas pautas possam ser livremente formuladas e, mais ainda, transportadas, apresentadas e integradas ao Estado, para que elas lhe sirvam de guia, isto é, de direcionamento político à comunidade. E, ao serem incorporados pelas Constituições, tais direitos são

36 Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-478-de-10-de-maio-de-2016-2013-brasilia-2013-df>. Acesso em 11 jun. 2021.

37 Para ele, os direitos políticos ou direitos da cidadania eram “o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo. Dir-se-á que esta conceituação abrangente envolve não apenas os direitos políticos propriamente ditos, mas também outros direitos dos quais os direitos políticos constituem simplesmente pressuposto. É verdade. Entretanto, a se tentar purificar o conceito, chegar-se-ia a uma definição restritíssima, segundo a qual direito político seria apenas o direito de ser eleito. Com efeito, o próprio direito de ser candidato, ou seja, a elegibilidade, já tem como pressuposto o “pleno exercício dos direitos políticos” (art. 14, § 3., II, da CF/1988)” (ZAVASCKI, Teori. Direitos políticos – perda, suspensão e controle jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 977, p. 27-39, mar. 2017. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stne w=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 12 jun. 2021).

38 Olivier Le Bot crê ser necessário reconhecer o direito à inclusão digital para que haja uma democracia eletrônica: “La démocratie électronique suppose en effet la consécration d’un droit fondamental d’accéder aux réseaux. L’innovation technologique ne peut porter ses fruits que si une majorité des citoyens a accès à l’espace numérique. Pour que la démocratie électronique fonctionne, le citoyen doit être branché, il doit être connecté. Dans le cas contraire, le régime politique ne sera influencé qu’à la marge par l’entrée dans l’ère numérique» (LE BOT, Olivier. *Démocratie électronique et droits fondamentaux*. In: DELCAMP, Alain, LE POURHIET, Anne-Marie, MATHIEU, Bertrand, ROUSSEAU, Dominique (dir.). *Nouvelles questions sur la démocratie*. Paris : Dalloz, 2010, p. 103).

39 A identificação original destas funções foi feita por Bernhard Schreyer e Manfred Schwarzmeier que as atribuíram aos partidos políticos (Cf., p. ex.: “Um die Vermittlungsaufgabe zwischen der Gesellschaft um dem politischen System zu erfüllen, müssen Parteien in einem freiheitlichen demokratischen Staatswesen bestimmte Funktionen ausüben” - SCHREYER, Bernhard, SCHWARZMEIER, Manfred. *Grundkurs Politikwissenschaft: Studium der politischen Systeme*. 2ª ed. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2005, p. 124). O autor deste trabalho as estendeu a todos os direitos fundamentais políticos, porque, afinal, é exatamente isso que os identifica como tais.

imunizados contra as decisões conjunturais dos poderes constituídos, desempenhando uma função contramajoritária. Por isso mesmo, nas democracias as decisões políticas são (ou deveriam ser) tendencialmente coincidentes com as demandas e os valores estruturais da coletividade⁴⁰. Seleção e mediação: é isto o que realmente faz com que um direito fundamental mereça o atributo de *político*.

Qualquer que seja o conceito, porém, algo precisa ser dito antes que se siga adiante: a identificação de um direito fundamental como político não obsta que esse mesmo direito possa ser restringido, exatamente como ocorre com os demais direitos fundamentais. Além dos limites expressamente mencionados na Constituição (*v.g.*, a idade mínima para o alistamento eleitoral), outros direitos fundamentais podem com eles colidir, legitimando tanto a existência de normas infraconstitucionais restritivas – em uma espécie de ponderação *ex ante* efetuada pelo legislador –, quanto, em casos concretos, de restrições decorrentes da colisão⁴¹.

3 O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO POLÍTICO: ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO ELEITORAL

Na passagem que talvez seja a fonte primária da difusão da ideia de que a ação consistiria em um direito político, Frederico Marques afirmou que o “*jus actionis* é um direito individual, um direito público subjetivo emanado do *status civitatis*, que se filia ao direito de petição, conforme o ensinava EDUARDO COUTURE e, também, o grande JOÃO MENDES JÚNIOR”⁴².

No ano de 1990, Antonio Gidi publicou o artigo “A dimensão política do direito de ação”. Sob o influxo da promulgação da Constituição de 1988, que prometia uma democracia participativa, um Estado Democrático de Direito baseado na cidadania, o autor baiano declarou que “o processo deixa[ra] de ser um mero instrumento de realização do direito subjetivo material e se eleva[ra] à categoria de instrumento popular de participação política na edição do Direito”⁴³. O que lhe parecia fundamental era “a concepção do direito de ação como um instrumento de natureza

40 E, caso necessário, o respeito a estas demandas e valores é restaurado por mecanismos contramajoritários como as fiscalizações de constitucionalidade e de convencionalidade.

41 A discussão acerca das limitações aos direitos fundamentais escapa aos limites impostos a este trabalho. Para uma compreensão do estado atual da discussão, com diferentes perspectivas, vide DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014; BIN, Roberto. *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milão: Dott. A Giuffrè, 1992.

42 MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000, p. 53.

43 GIDI, Antonio A dimensão política do direito de ação. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 60, p. 196-207, out.-dez. 1990.

política, posto à disposição do cidadão. Um poder de que se vale a sociedade civil contra o Estado”⁴⁴.

Mais do que nessas e em outras referências doutrinárias, a ideia difusa de que o direito de ação é um direito político tem raízes profundas no senso comum teórico dos eleitoralistas brasileiros. E atrai um injustificado receio de impor ou de reconhecer restrições, como se os direitos políticos, eles mesmos, não fossem passíveis de as sofrerem.

O Direito Processual Eleitoral tem no Processo Civil uma fonte subsidiária. O que já era admitido pela doutrina e pela jurisprudência hoje é previsto expressamente no art. 15 do CPC/2015⁴⁵ e no art. 2º, parágrafo único, da Resolução TSE n. 23.478, de 10 de maio de 2016⁴⁶. A controvérsia está no que deve e no que não deve ser incorporado⁴⁷.

44 GIDI, Antonio A dimensão política do direito de ação. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 60, p. 196-207, out.-dez. 1990.

45 Art. 15. “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

46 Art. 2º, parágrafo único. “A aplicação das regras do Novo Código de Processo Civil tem caráter supletivo e subsidiário em relação aos feitos que tramitam na Justiça Eleitoral, desde que haja compatibilidade sistêmica”.

47 Ludgero Liberato e Marco Aurélio Rangel afirmam, v. g., que “Em que pese sua importância, a matéria não tinha ganhado o devido tratamento acadêmico, deixando o julgador sem ter onde se ancorar ao decidir. Como este não pode se furtar a julgar, com ou sem doutrina sobre a questão, a jurisprudência acabou por firmar dois critérios sobre a aplicação subsidiária do CPC.

O primeiro deles consiste na afirmação segundo a qual a existência de norma específica no Direito Eleitoral afasta a aplicação de outros diplomas, isto é, a aplicação do CPC pressupõe a existência de lacuna normativa. Com base nessa premissa, a jurisprudência do TSE afirma, v.g.:

(i) A impossibilidade de aplicação dos casos de ação rescisória do CPC, em hipótese diversa daquela prevista no art. 22, I, j, do Código Eleitoral, limitando, assim, a possibilidade de rescisão aos acórdãos proferidos pelo TSE; (ii) A desnecessidade de intimação pessoal ou pela imprensa oficial, prevista no art. 1.003 do CPC, nos casos de sentença em processo de registro de candidatura, face ao art. 8º da LC 64/1990; (iii) O prazo de 3 (três) dias para interposição do agravo contra decisão que nega seguimento ao recurso especial eleitoral.

O segundo critério é a afirmação de que, havendo lacuna, aplica-se o CPC, desde que haja compatibilidade com os princípios do Direito Eleitoral, isto é, exige-se compatibilidade sistêmica. Com base nessa regra, aplicam-se subsidiariamente, na seara eleitoral, entre outros:

(i) O julgamento monocrático pelo relator previsto no art. 932, IV e V, do CPC/2015; (ii) A impossibilidade de aduzir fato novo em sede recursal, salvo caso de força maior, prevista no art. 1.014 do CPC/2015; (iii) A multa pela interposição de agravo regimental protelatório do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015; (iv) A irrecorribilidade dos despachos, conforme art. 1.001 do CPC/2015; (v) A legitimidade do Ministério Público para recorrer, no Recurso contra Expedição de Diploma, com base no art. 996 do CPC/2015; (vi) A aplicabilidade das regras de suspeição e impedimento, previstas nos arts. 144 e 145 do CPC/2015; (vii) A contagem do prazo (mesmo os decadenciais) na forma do art. 224 do CPC/2015 (exclusão do primeiro dia e inclusão do último); (viii) O recurso de terceiro prejudicado (art. 996, parágrafo único, do CPC).

Ainda com base no mesmo critério, nega-se, por ausência de compatibilidade com os princípios do Direito Eleitoral, a aplicação subsidiária de alguns institutos do direito processual civil, tais como: (i) a suspensão do processo prevista no art. 313, V, do CPC/2015; e (ii) o prazo em dobro para recorrer, previsto no art. 229 do CPC/2015.

Esses critérios, se devidamente observados, seriam um norte seguro aos aplicadores do direito, permitindo-se reduzir significativamente a insegurança na aplicação do CPC. Ocorre, porém, que o próprio TSE, por diversas vezes, afastou-se desses parâmetros” (LIBERATO, Ludgero, RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. A aplicação subsidiária do CPC ao contencioso eleitoral antes e depois do advento do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 993, p. 47-72, jul. 2018).

Nisso, a pré-compreensão da ação como direito político, presente no senso comum teórico dos atores do sistema de justiça eleitoral, opera como poderosa barreira contra a incorporação de dispositivos que, a rigor, não são incompatíveis com o subsistema eleitoral.

Um exemplo pode ser encontrado no art. 4º da Resolução TSE n. 23.478. Ele dispõe que “os feitos eleitorais são gratuitos, não incidindo custas, preparo ou honorários (Lei nº 9.265/1996, art. 1º)”, apesar de o art. 1º, incisos IV e V, da Lei n. 9.296, limitar a gratuidade às “ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude” e a “quaisquer requerimentos ou petições que visem as garantias individuais e a defesa do interesse público”, respectivamente.

Antes mesmo dessa resolução, porém, diversos julgados já afastavam a possibilidade de condenação em custas e honorários de advogados⁴⁸ e o TSE, em precedente até hoje citado, chegou a refutar a possibilidade de se pedir a gratuidade da justiça “porquanto não há custas processuais e tampouco condenação em honorários advocatícios em razão de sucumbência”⁴⁹.

É verdade que o TSE, em julgado da relatoria do Ministro Luiz Fux, ressaltou os honorários periciais do regramento que aquela Corte criara⁵⁰. Ainda assim, a isenção

48 Por exemplo: TRE-PR: “É descabida a condenação em honorários advocatícios em feitos eleitorais. A uma pela inexistência de previsão na legislação específica e, sobretudo, em face da necessidade de se prestigiar o exercício do direito à cidadania (EMBARGOS DE DECLARACAO EM REPRESENTACAO n 33, ACÓRDÃO n 26961 de 10/02/2003, Relator JOSÉ ULYSSES SILVEIRA LOPES, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 21/02/2002)”; TRE-BA: “(...) Não é cabível a condenação ao pagamento de custas processuais na seara eleitoral, destarte, impõe-se o provimento da irresignação para afastar do decism a pena cominada ao recorrente” (RECURSO ELEITORAL n 1573, ACÓRDÃO n 230 de 25/03/2010, Relator ESERVAL ROCHA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 09/04/2010).

Após o advento da Resolução: TRE-PE: “(...) 3. A gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania a que se refere a Lei 9.265/96, regulamentadora do inciso LXXVII do art. 5º da Constituição, deve ser também compreendida como aquela afetada à prestação da jurisdição eleitoral, afastando condenação em custas e honorários nesta seara judicial” (Recurso Eleitoral n 13802, ACÓRDÃO de 07/06/2016, Relator JÚLIO ALCINO DE OLIVEIRA NETO, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 115, Data 09/06/2016, Página 6); TRE-SP: RECURSO. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. EM SEDE DE PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. INDEFERIDO. EXECUÇÃO DE CONTRATO DE HONORÁRIOS. INCOMPETÊNCIA DESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA. NÃO É CABÍVEL O ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA ELEITORAL. DESPROVIDO (RECURSO ELEITORAL nº 51685, Acórdão, Relator(a) Des. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 14/07/2017); TRE-PR: “(...) Inexistindo custas processuais e condenação em honorários de sucumbência na Justiça Eleitoral, conforme artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal, manifesta a ausência de interesse recursal da recorrente em requerer os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita. Não conhecimento” (RECURSO ELEITORAL n 0600434-07.2020.6.16.0188, ACÓRDÃO n 57782 de 08/12/2020, Relator CARLOS ALBERTO COSTA RITZMANN, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 10/12/2020).

49 TSE, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1486-75.2012.6.06.0114 – classe 6 – Fortaleza – Ceara, j. 12.05.2015, Rel. Min. Luciana Lóssio.

50 “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS NECESSÁRIOS AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. GRATUIDADE PREVISTA NA LEI Nº 9.256/1996. NORMA REGULAMENTADORA DO ART. 5º, LXXVII, DA CRFB/88. INAPLICABILIDADE À PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL E RESPECTIVOS HONORÁRIOS. TERATOLOGIA DA DECISÃO. INOCORRÊNCIA. DESPROVIMENTO. (...)” (Recurso em Mandado de Segurança nº 21223, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Data 26/08/2016, Página 118).

indiscriminada de custas e honorários de advogado, válida tanto para o mais humilde dos eleitores quanto o mais poderoso dos partidos políticos, acaba por instaurar uma assimetria, que estimula propositura de demandas com poucas chances de êxito ou apenas com o intuito de sobrecarregar os serviços de assessoramento jurídico de adversários.

Essas condutas que, em última análise, são majoritariamente financiadas pelo próprio Estado – já que é pública a parte mais expressiva dos recursos que irrigam as campanhas eleitorais –, oneram o Judiciário com cargas desumanas de serviço nos períodos eleitorais, prejudicando muito a boa análise dos casos realmente relevantes. Para ilustrar, no ano de 2020, somente no Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, no ano de 2020, tramitaram originariamente 1.054 representações por ilicitudes em propaganda eleitoral, 135 pedidos de registro de pesquisas, 131 pedidos de exercício de direito de resposta e 491 mandados de segurança⁵¹. É muito para um Tribunal composto por apenas sete magistrados.

A identificação do direito de ação como político também dificulta o enfrentamento do abuso de direito processual e, em especial, da litigância de má-fé⁵², sua figura típica. Julgados esparsos chegaram a rejeitar categoricamente a sua existência no processo eleitoral⁵³, existência essa hoje indisputada, apesar de, em diversas oportunidades, o

51 Dados obtidos pela Procuradoria Regional Eleitoral da Bahia.

52 A discussão sobre o abuso de direito processual escapa aos limites deste texto. Seus antecedentes podem ser encontrados nas Ordenações Filipinas e da disposição provisória acerca da administração da justiça civil contida no Código de Processo Criminal do Império (SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 69-71; MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso de direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 92. A previsão legislativa expressa de sua projeção no plano processual, feita no art. 3º do Código de Processo Civil Nacional (CPC) de 1939 (art. 3º. “Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único. O abuso do direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”), não foi repetida no CPC de 1973, mas a vedação geral do abuso continuou a ser defendida pela doutrina, em decorrência dos deveres de veracidade e de probidade (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 97-98).

Provavelmente porque foi antecedido do Código Civil de 2002 – que, na esteira dos seus homólogos grego e português, regulou o abuso do direito (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais*. Reimpressão da edição de 1999. Coimbra: Almedina, 2006, p. 50) –, e certamente porque traz em seu bojo uma cláusula geral de boa-fé processual (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 23ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 151), o CPC/2015 não contém uma proibição nominal do abuso de direitos processuais, mas o sistema jurídico obviamente segue a reprovar tais condutas.

53 Nesse sentido, do TRE-DF: “DIREITO ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO FEDERAL. MILITAR. IMPUGNAÇÕES INACOLHIDAS.

1. Ilegitimidade ativa do impugnante que se configura, à vista do teor do artigo 6º da Lei nº 9.504/1997, traduzindo regra processual, a cujo respeito não se prevê a disciplina por lei complementar, apta, destarte, a modificar o artigo 3º da LC nº 64/1990, pois esse dispositivo não cuida de caso de inelegibilidade.

2. A sanção por litigância de má-fé, de natureza eminentemente civil, não se aplica a demanda eleitoral, concernente a pedido de registro de candidatura.

reconhecimento concreto ficar indevidamente condicionado à necessidade de prova do dolo ou da intenção de prejudicar⁵⁴.

A incompreensão da natureza do direito de ação no processo eleitoral pode ter contribuído, ainda, para a insuficiente tutela de casos repetitivos no Direito Processual Eleitoral. Com o atual Código de Processo Civil⁵⁵, ela foi organizada em um microsistema

3. O militar cumpre os requisitos legais à sua candidatura ao cargo eletivo pretendido.

4. Improcedência de impugnação feita pelo MPE. Registro deferido (REGISTRO DE CANDIDATO n 205134, ACÓRDÃO n 3986 de 16/08/2010, Relator HILTON JOSÉ GOMES DE QUEIROZ, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 16/08/2010).

54 Vide, p. ex., TRE-BA: “Recurso. Representação. Propaganda Irregular. Carro de som. Extinção sem resolução do mérito. Multa por litigância de má-fé dos representados. Não configuração. Provimento. O reconhecimento de litigância de má-fé depende da intenção manifesta da parte em induzir o magistrado a erro, não bastando para tanto a inexatidão dos argumentos suscitados; Não demonstrado o dolo dos representados para atrair a condenação por litigância de má-fé, dá-se provimento ao recurso para reformar a sentença e afastar a penalidade pecuniária imposta aos ora apelantes (RECURSO ELEITORAL n 0600558-84.2020.6.05.0191, ACÓRDÃO de 10/03/2021, Relator ZANDRA ANUNCIACAO ALVAREZ PARADA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 12/03/2021)”; TRE-GO: “RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2020. ABUSO DE PODER NÃO CONFIGURADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO RECONHECIDA. RECURSO IMPROVIDO. (...) 3. Não haverá litigância de má-fé se o autor, que exerce direito subjetivo público constitucionalmente assegurado, não houver agido com dolo ou culpa grave e estiver convencido de ter razão, ainda que se revele, ao fim do litígio, que o melhor direito estava com o réu. 4. Recurso conhecido e improvido (RECURSO ELEITORAL nº 060038447, Acórdão, Relator(a) Des. ATILA NAVES AMARAL, Publicação: DJE - DJE, Tomo 67, Data 16/04/2021, Página 0)”; TRE-PE: “ELEIÇÕES 2020. RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO.PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA NEGATIVA. INOCORRÊNCIA. CRÍTICA POLÍTICA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA. RECURSO PROVIDO. (...) 8. Não aplicação da multa por litigância de má-fé. O autor da ação exerceu seu direito constitucional de postulação, não havendo nos autos ato capaz de determinar que o recorrente exerceu de forma abusiva de seus direitos processuais, com o intuito de prejudicar o adversário. 9. Considerando as premissas legais examinadas, bem como os precedentes colacionados, deu-se provimento ao recurso, para reformar a sentença objurgada, afastando a multa fixada. (Representação n 060008235, ACÓRDÃO n 060008235 de 18/11/2020, Relator RODRIGO CAHU BELTRÃO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 18/11/2020)”; TRE-PR: “EMENTA - RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2020. ILEGITIMIDADE RECURSAL. ERRO DE DIGITAÇÃO NO PETICIONAMENTO DO RECURSO. SUPERAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VEICULAÇÃO DE PESQUISA IRREGULAR. OFENSA AO ART. 33 DA LEI Nº 9.504/1997. MERO LEVANTAMENTO DE RANKING NAS REDES SOCIAIS. AUSÊNCIA DE DIVULGAÇÃO DE PESQUISA ELEITORAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. LIDE TEMERÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. Afasta-se a litigância de má-fé quando não comprovado o dolo do autor. Precedente desta Corte Eleitoral. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. (RECURSO ELEITORAL n 0600142-89.2020.6.16.0004, ACÓRDÃO n 58075 de 17/12/2020, Relator ROBERTO RIBAS TAVARNARO, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume DJE, Tomo 14, Data 25/01/2021)”; TRE-RS: “RECURSO. ELEIÇÕES 2020. REPRESENTAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AFASTADA PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA. ENDEREÇOS ELETRÔNICOS NÃO INFORMADOS. AUSÊNCIA DE PROVA DA OCORRÊNCIA DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL. NÃO CARACTERIZADA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. (...) 5. Indeferido o pedido de condenação da recorrente ao pagamento da penalidade de multa por litigância de má-fé. Ausência de atuação dolosa que traduza abuso do seu direito de demandar perante a Justiça Eleitoral com o intuito ilegal de prejudicar a situação jurídica dos recorridos no pleito de 2020, mediante indução do juízo em erro sob dado relevante à solução do litígio. 6. Improcedência da ação. (Recurso Eleitoral n 060067024, ACÓRDÃO de 04/05/2021, Relator AMADEO HENRIQUE RAMELLA BUTTELLI, Publicação: PJE - Processo Judicial Eletrônico-PJE)”.

55 Mesmo antes do CPC/2015, existiam normas para enfrentar o número cada vez maior de processos repetitivos. Em sua tese doutoral, Rogerio Mollica tratou de iniciativas esparsas tomadas para enfrentar o problema, a exemplo das súmulas vinculantes e impeditivas de recursos, da repercussão geral na admissão de recursos extraordinários, da rejeição liminar prevista no art. 285-A do CPC/1973 (inserido pela Lei n. 11.277/2006) e

que se vale de mecanismos como “a edição de súmula vinculante, o recurso especial, o recurso extraordinário e o recurso de revista repetitivos, bem como o incidente de resolução de demandas repetitivas”, no ensinamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁵⁶.

Logo de início, o TSE se opôs à aplicação subsidiária da íntegra do microsistema. Nos termos do art. 20 da sua Resolução n. 23.478,

A sistemática dos recursos repetitivos prevista nos arts. 1.036 a 1.042 do Novo Código de Processo Civil não se aplica aos feitos que versem ou possam ter reflexo sobre inelegibilidade, registro de candidatura, diplomação e resultado ou anulação de eleições.

Essa exceção abrange as questões eleitorais mais relevantes muitas vezes é justificada não em razão da impossibilidade de restrição do direito “político” de ação – e, em consequência, de recurso –, mas sim da natureza fática dos feitos por ela abrangidos, como se não fosse possível e mesmo rotineira a circulação de teses jurídicas sobre esses temas. Por enquanto, ela é fruto de uma resolução, o que leva a discussões sobre a sua constitucionalidade⁵⁷, mas existe grande chance de que ela seja incorporada no futuro Código de Processo Eleitoral⁵⁸, caso ele venha a ser aprovado. Ludgero Liberato e Marco Aurélio Rangel defendem-na, pois a suspensão da tramitação de ações eleitorais que têm direta repercussão das eleições prejudicaria a realização tempestiva destas últimas⁵⁹. É um bom argumento, mas nunca é demais lembrar que as marchas e contramarchas causadas pela interposição de recursos em

daquilo que ele denominou de julgamento por amostragem (julgamento de recursos representativos de tese idêntica – arts. 543-B e 543-C, CPC/1973, adicionados mediante a Lei n. 11.672/2008). Vide, a propósito, MOLLICA, Rogerio. *Os processos repetitivos e a celeridade processual*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 16.

56 DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 711.

57 “Essa restrição não se justifica. As questões sobre inelegibilidade, registro de candidatura, diplomação e resultado ou anulação de eleições não merecem tratamento distinto daquele conferido a qualquer outra questão de direito. Embora alguns desses temas não sejam, em princípio, aptos a ensejar questões jurídicas repetitivas, não se pode rejeitar peremptoriamente a possibilidade de haver multiplicidade de processos que contenham a mesma questão jurídica sobre inelegibilidade, registro de candidatura, diplomação, resultado ou anulação de eleições. Havendo pluralidade de recursos especiais eleitorais com fundamento em idêntica questão de direito, incide o art. 1.036 do CPC, cuja aplicação não pode ser limitada por meio de simples resolução.

Houve, portanto, claro abuso de poder regulamentar por parte do TSE, que tentou, a bem da verdade, legislar sobre direito processual, a contrariar, inclusive, o art. 22, I, da Constituição” (MOUZALAS, Rinaldo, TERCEIRO NETO, João Otávio. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e o Direito Processual Eleitoral. *Revista de Processo*, vol. 262, p. 413-426, dez. 2016).

58 BRASIL. Câmara dos Deputados. Grupo de trabalho da Câmara vai discutir novo código eleitoral e código de processo eleitoral. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/728089-grupo-de-trabalho-da-camara-vai-discutir-novo-codigo-eleitoral-e-codigo-de-processo-eleitoral/>. Acesso em: 18 mai. 2021.

59 “O incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos arts. 976 a 987 do CPC/2015, é incompatível com o sistema processual das ações eleitorais, ante a suspensão de processos, advinda da admissibilidade do incidente, prevista no art. 982, I, do CPC.

Ora, não é possível admitir-se a suspensão de demandas que dizem respeito à própria fluência do processo eleitoral, como são os processos de registro de candidatura e as representações por propaganda irregular, antecipada ou direito de resposta.

face de decisões contraditórias são muitas vezes mais prejudiciais à razoável duração do processo que uma eventual suspensão do processo, principalmente se o Tribunal encarregado de proferir o precedente que por fim à controvérsia tiver a sensibilidade de o fazer de maneira célere.

A ampla incorporação do microsistema de tutela de casos repetitivos⁶⁰ protegeria a segurança jurídica, princípio tão importante no âmbito eleitoral que, além de ter ensejado a criação do prejulgado (art. 263 do Código Eleitoral)⁶¹ e de ser o fundamento da existência das consultas⁶², é frequentemente invocada pelo TSE como fundamento para a modulação dos efeitos de suas decisões⁶³⁻⁶⁴, em aplicação subsidiária do art.

Da mesma forma, não podem ser suspensos os processos que digam respeito à apuração dos ilícitos eleitorais, tais como abuso de poder, condutas vedadas, captação ilícita de sufrágio e gastos ilícitos de campanha, haja vista que tais irregularidades podem levar à cassação do registro, à nulidade dos votos e até mesmo a novas eleições, assim como decorre do art. 224, § 3º, do CE.

Nem mesmo as ações penais por crimes eleitorais poderiam ser submetidas ao IRDR, visto que não houve previsão, pelo legislador, da suspensão do prazo prescricional, de modo que a suspensão dos processos poderia levar à extinção da punibilidade em razão da prescrição intercorrente.

Parece ter sido essa a preocupação do TSE ao limitar a aplicação da sistemática dos recursos repetitivos, dela excluindo os feitos que versem ou possam ter reflexo sobre inelegibilidade, registro de candidatura, diplomação e resultado ou anulação de eleições (art. 20 da Res. 23.478 do TSE), já que o art. 1.037, inc. II, do CPC/2015 também prevê a suspensão dos processos que versem sobre a questão a ser dirimida” (LIBERATO, Ludgero, RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. A aplicação subsidiária do CPC ao contencioso eleitoral antes e depois do advento do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 993, p. 47-72, jul. 2018).

- 60 Defendida, por exemplo, por GONDIM, Camila de Freitas. Incidente de resolução de demandas repetitivas: aplicabilidade no âmbito da Justiça Eleitoral. *Revista de Estudos Eleitorais*, Recife, vol. 1, n. 2, p. 64-75, dez. 2017.
- 61 Clarissa Campos Bernardo e Marcelo Santiago de Padua Andrade recordam que o instituto do prejulgado foi considerado não recepcionado pela atual Constituição pelo TSE no acórdão nº 12.682, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.04.1996 (BERNARDO, Clarissa Campos, ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. O sistema de precedentes do novo CPC e sua repercussão no direito eleitoral. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (org.) *Direito Eleitoral*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 76).
- 62 De que se falará na seção seguinte deste estudo.
- 63 Cf., p. ex.: “PRESTAÇÃO DE CONTAS. PARTIDO PÁTRIA LIVRE. EXERCÍCIO DE 2016. FUNDAÇÃO PARTIDÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO NA QO Nº 192–65 PARA O EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2021 E SEGUINTE. COMPROVAÇÃO DOS GASTOS PARTIDÁRIOS. ART. 18 DA RES.–TSE Nº 23.464/2015. AMPLOS MEIOS DE PROVA. RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE TRANSAÇÕES ENTRE PARTES RELACIONADAS. COMPROVAÇÃO EFETIVA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NECESSIDADE. MULTIPLICIDADE EM CONTRATAÇÕES COM O MESMO OBJETO. AUSÊNCIA DE REPASSE DE RECURSOS AOS DIRETÓRIOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. DESCUMPRIMENTO NO INCENTIVO DA PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA. CONJUNTO DE IRREGULARIDADES: 30,05% DO TOTAL DE RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO. COMPROMETIMENTO DO AJUSTE CONTÁBIL. DESAPROVAÇÃO. SANÇÃO. MULTA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. Contas da fundação partidária. 1. Em 27.10.2020, no julgamento da QO–PC nº 192–65, prevaleceu o entendimento divergente do Ministro Luis Felipe Salomão no sentido de que “a Justiça Eleitoral é competente para processar e julgar as contas anuais das fundações vinculadas aos partidos políticos envolvendo a aplicação de verbas do Fundo Partidário” a partir do exercício financeiro de 2021, em respeito à segurança jurídica e diante da necessidade de regulamentação da matéria por este Tribunal. (...) (Prestação de Contas nº 060184956, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 100, Data 02/06/2021, Página 0).
- 64 Gilmar Ferreira Mendes explica que “não se pode deixar de considerar o peculiar caráter geral ou quase normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com

927, § 3º, do CPC⁶⁵. Ainda assim, o Judiciário Eleitoral resiste em admitir essa restrição ao direito de recorrer.

Portanto, o tema da natureza jurídica do direito de ação no processo eleitoral não é uma questão puramente teórica. Ela envolve, em última análise, as possibilidades de racionalização do processo eleitoral, consequentemente, de aprimoramento da gestão da imensa carga de trabalho a que o Judiciário Eleitoral se vê submetido, mediante o reconhecimento de limites ao exercício do direito de ação. É grande a importância prática da compreensão da natureza do direito de ação no processo eleitoral.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO ELEITORAL E DO DIREITO DE AÇÃO

Para investigar a natureza do direito de ação no âmbito eleitoral, é necessário antes ter uma ideia do que exatamente vem a ser o *processo eleitoral* ou, talvez de forma mais adequada, *os processos eleitorais*. Em seguida, é preciso verificar que conceito(s) de ação lhe ou lhes são cabíveis.

4.1 Sobre o processo eleitoral

Fredie Didier Jr. ensina que “o processo pode ser compreendido como *método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica*”. Ele adverte que a conceituação de *processo* é intrinsecamente dependente da determinação do que vem a ser jurisdição⁶⁶.

Quando se cuida do Direito Processual Eleitoral, essa advertência é ainda mais importante. Em razão de peculiaridades históricas brasileiras, ligadas ao discurso⁶⁷ e ao

sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, portanto, a segurança jurídica assume a sua face de *princípio da confiança* para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais.

(...) O Supremo Tribunal Federal concluiu que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral anterior” (MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Políticos na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 799).

65 Art. 927, § 3º, CPC: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

66 DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 89. Essa passagem é lembrada por MINAMI, Marcos Youji, PEREIRA, Patrícia Vieira. Breves considerações sobre o processo eleitoral brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 993, p. 123-147, jul. 2018.

67 Cf. RICCI, Paolo, ZULINI, Jaqueline Porto. As eleições no Brasil republicano: para além do estereótipo da fraude eleitoral. *Histórica: Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 63, ano 11, p. 48-

projeto político da chamada Revolução de 1930⁶⁸, foram transferidas ao Judiciário não apenas a pacificação das lides eleitorais, mas as próprias organizações do eleitorado e das eleições⁶⁹, que, em outros Estados, é de incumbência de órgãos não jurisdicionais autônomos⁷⁰.

Como resultado, “o processo eleitoral, no Brasil, não se reduz aos atos da estrita jurisdição eleitoral, mas engloba complexos e vastos atos administrativos”⁷¹. Com base nisso, José Jairo Gomes vê dois sentidos para o termo *processo* no Direito Eleitoral: um amplo, que abrange todo o *iter* de manifestação das escolhas dos eleitores, e

58, mar. 2015. Disponível em: <http://www.arquivoestado.sp.gov.br/site/assets/publicacao/anexo/historica63.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

68 “Uma das primeiras medidas mais emblemáticas do governo provisório oriunda do movimento outubrista de 1930, de que faziam parte elementos do PD, foi a criação da comissão que se encarregaria da elaboração do projeto de Código Eleitoral.

Presidida pelo então ministro da Justiça Maurício Cardoso, era integrada por Joaquim Francisco de Assis Brasil, lendário político e jurista gaúcho, baluarte desde os primeiros anos republicanos de um sistema político-eleitoral que melhor refletisse a vontade popular, João da Rocha Cabral e Pinto Serva.

O resultado desse esforço intelectual conjunto corporificou-se no Dec. 21.076, de 24.02.1932, que, dentre outras inovações, implantou a Justiça Eleitoral, cuja estrutura remanesce praticamente inalterada até os dias de hoje” (BAUAB, José D’Amico. Plínio Barreto, o devoto da democracia e a Justiça Eleitoral. *Revista do Instituto de Advogados de São Paulo*, São Paulo, vol. 29, p. 453-474, jan.-jun. 2012).

69 Caroline Graeff e Alvaro Barreto sustentam que “(...) em substituição ao padrão anteriormente vigente no país, no qual executivo e legislativo concentravam a realização das eleições (*rule administration* sob responsabilidade do primeiro; *rule adjudication*, do segundo), a Justiça Eleitoral brasileira foi criada com o intuito de moralizar as eleições, até então marcadas por fraudes, pelo voto a “cabresto” e pelo coronelismo, estabelecendo um órgão que tivesse função de dirimir os conflitos eleitorais, mas que também possuísse a tarefa de organização e de administração das eleições. Tendo este órgão um caráter de neutralidade, no sentido de não possuir interesse direto no resultado da disputa eleitoral, diferentemente do legislativo e do executivo, ele poderia exercer de forma imparcial suas competências, evitando fraudes, condutas ilícitas, manipulação de votos, enfim, qualquer atitude que desvirtuasse o real resultado das eleições.

Porém, para cumprir estes princípios, a Justiça Eleitoral foi constituída já em 1932, quando de sua criação, com uma estrutura inusitada e distinta em comparação às equivalentes internacionais já existentes ou adotadas posteriormente” (GRAEFF, Caroline Bianca, BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. O modelo de governança eleitoral brasileiro e a judicialização das regras político-eleitorais. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 11, n. 1, p. 99-118, jan—abr. 2017).

Deve-se notar, entretanto, que a Lei n. 3 207, de 27 de dezembro de 1916 já atribuía a um Magistrado Federal, com a intervenção do Ministério Público, a presidência da junta apuradora das eleições. Para, Paolo Ricci e Jaqueline Zulini esse foi “o primeiro passo em direção do reconhecimento do poder Judiciário como autoridade incumbida de apurar as eleições; prerrogativa introduzida somente a partir da publicação do Código Eleitoral de 1932” (RICCI, Paolo, ZULINI, Jaqueline Porto. Quem ganhou as eleições? A validação dos resultados antes da criação da Justiça Eleitoral. In: *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 94, mar. 2013).

70 A exemplo do Instituto Nacional Electoral (INE) mexicano. Sobre o tema, vide ANDREA SÁNCHEZ, Francisco José de. Reflexiones históricas y constitucionales sobre la creación del INE como órgano regulador de la competencia electoral: la insaculación como válvula de seguridad en casos de crisis política nacional. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, CRUZ BARNEY, Óscar. *Historia y Constitución*: homenaje a José Luis Soberanes Fernández. T. 1. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 21-33.

71 TAVARES, André Ramos. Princípios constitucionais do Direito Eleitoral. *Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político – REDESP*, Brasília, vol. 2, n. 2, jul.-dez. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5788>. Acesso em: 11 jun. 2021.

um restrito, que se reporta “ao controle levado a efeito pelo processo jurisdicional eleitoral”⁷². Todavia, não são apenas dois os sentidos possíveis da expressão *processo eleitoral*. Se ela for relacionada com o princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição da República), é possível divisar uma terceira acepção, destacada no debate travado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 354 acerca das fronteiras entre direito material e direito processual eleitorais, conforme anotou por André Ramos Tavares⁷³.

72 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 16ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2020, p. 362. Nessa segunda acepção, o conceito se aproxima ao proposto por Marcos Minami e Patrícia Pereira: “A partir das três formas de compreender o processo eleitoral brasileiro supradescritas é possível afirmar: (a) o que ele é – conjunto de atos e procedimentos eleitorais; (b) o que ele pretende – realização de eleições livres do abuso do poder político e econômico possibilitando o exercício de poder político pelo titular do poder, o povo; e (c) quais seus atores (todos os sujeitos que participam não apenas votando ou sendo eleitos, mas também aqueles que desempenham atividades pela Justiça Eleitoral relacionadas ao seu objetivo) e o papel que cada um deles desempenha nesse processo” (MINAMI, Marcos Youji, PEREIRA, Patrícia Vieira. Breves considerações sobre o processo eleitoral brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 993, p. 123-147, jul. 2018). Já Tarcísio Vieira de Carvalho Neto adota “classificação que leva em consideração o Direito Processual Eleitoral em contraposição ao Direito Material Eleitoral e como subgênero do qual são espécies o Processo Administrativo Eleitoral e o Processo Judicial Eleitoral” (CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. Ação de impugnação de mandato eletivo. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – REDE*. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan.-jun. 2010; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. Recurso contra expedição de diploma. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – REDE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 4, jan.-jun. 2011; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. A representação fundada no art. 30-A, da Lei n. 9.504/97, à luz da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – REDE*. Belo Horizonte, ano 5, n. 9, jul.-dez. 2013).

73 “A dicotomia entre ‘processo eleitoral’ e ‘direito eleitoral’ é debatida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 354 (Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24.09.1990), por ocasião do debate sobre a norma do artigo 16 da CB, que trata da anterioridade eleitoral.

O voto do Ministro MOREIRA ALVES, que se alinhou ao pensamento vencedor naquela ocasião, esclarece que ‘processo eleitoral é expressão que não abarca, por mais amplo que seja o sentido que se lhe dê, todo o direito eleitoral, mas apenas o conjunto de atos que estão diretamente ligados às eleições’. Dessa maneira, ainda segundo o Ministro, o processo eleitoral não abrange ‘todas as normas que possam refletir-se direta ou indiretamente na série de atos necessários ao funcionamento das eleições por meio do sufrágio universal – o que constitui o conteúdo do direito eleitoral – mas, sim, das normas instrumentais diretamente ligadas às eleições’. As normas do direito eleitoral seriam apenas as de direito formal, como as ‘que abarcam as condições do processo, como a legitimação para ele, e os atos necessários ao seu desenvolvimento até a etapa conclusiva’. Assim, estariam excluídas do objeto do processo eleitoral as normas que tipificam crimes eleitorais ou que digam respeito às propagandas eleitorais, ou mesmo as normas sobre contagem de votos (esse último tema objeto da referida ADI).

Em posição divergente na mesma ADI n. 354, ao analisar a expressão ‘processo eleitoral’ constante no artigo 16 da CB, o Ministro CELSO DE MELLO concluiu pela perda da relevância da dicotomia entre processo eleitoral e direito eleitoral material naquele contexto. Isso porque, ao consagrar o preceito da anterioridade eleitoral, o artigo 16 visa impedir a ‘deformação do processo eleitoral mediante modificações casuisticamente introduzidas pelo parlamento’. Assim, considerando a teleologia da norma constitucional, esse artigo visa a assegurar ‘a necessária igualdade de participação’ nas eleições (voto vencido do Ministro CELSO DE MELLO na referida ADI 354/DF).

O Ministro sustenta ainda que o termo processo eleitoral tem um significado amplo que abrange a forma do exercício do voto concretamente e, dessa forma, ‘a definição de processo eleitoral [...] está associada [...] ao conteúdo da competência atribuída *ratione materiae* à própria Justiça Eleitoral’.

Para o Ministro GILMAR MENDES, em seu voto vencedor no RE n. 633.703, a posição destacada do Ministro CELSO DE MELLO, vencida na década de 90, viria a inaugurar uma nova fase da jurisprudência em 2005, com a apreciação da ADI n. 3.345 em 2005. Nessa ocasião, o Ministro CELSO DE MELLO foi vencedor na tese de que

Essa indissociabilidade entre o Direito Eleitoral e o Direito Processual Eleitoral⁷⁴ soma-se à necessidade de simultaneamente desempenhar funções administrativas – exercendo, inclusive, competências regulamentares ou quase legislativas⁷⁵ –, e de pacificação de conflitos, às vezes no mesmo procedimento⁷⁶. Mais ainda: o TSE e os

a aplicação do artigo 16 da CB deve se vincular ao seu sentido teleológico, consignado na finalidade de evitar distorções no processo eleitoral mediante mudanças casuísticas advindas do Poder Legislativo” (TAVARES, André Ramos. Princípios constitucionais do Direito Eleitoral. *Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político – REDESP*, Brasília, vol. 2, n. 2, jul.-dez. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5788>. Acesso em: 11 jun. 2021).

- 74 Essa proximidade entre os dois ramos foi, entretanto, criticada por Gustavo Bohrer Paim em sua tese doutoral, que a considera uma fonte de insegurança jurídica. Ele defende a codificação e o aprofundamento da pesquisa sobre o Direito Processual Eleitoral, usando-se da Teoria Geral do Processo (PAIM, Gustavo Bohrer. *Direito Processual Eleitoral? Por uma processualidade do Direito Eleitoral*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015).
- 75 Em voto proferido na decisão que deferiu Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.889/DF, o Min. Gilmar Mendes, relator, recordou que:
 “O STF reconhece ‘o poder de editar normas do Tribunal Superior Eleitoral, no âmbito administrativo¹, o qual é ‘apto a produzir atos abstratos com força de lei’, muito embora encontre ‘limites materiais condicionados aos parâmetros do legislador’ (ADI 5.028, de minha relatoria [da relatoria do Min. Gilmar Mendes], redatora para acórdão Min. Rosa Weber, julgado em 1º.7.2014).
 Em semelhante sentido, o STF afirmou ser de ‘competência do TSE editar Resoluções com vistas a resolver, de forma rápida e eficiente, questões necessárias ao regular processo eleitoral’, afastando a inconstitucionalidade da Resolução 23.404/2014, que, ao dispor sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas Eleições de 2014, veda a realização de propaganda eleitoral via *telemarketing* (ADI 5.122, Rel. Min. Edson Fachin, julgada em 3.5.2018)”.
 Marcos Minami e Patrícia Pereira também lembram que “é comum, em períodos eleitorais, a edição de resoluções, pela Justiça Eleitoral, disciplinando assuntos diversos pertinentes ao pleito: atos preparatórios a uma eleição, representações e reclamações, registro de candidatos etc. Essas resoluções são normas jurídicas” (MINAMI, Marcos Youji, PEREIRA, Patrícia Vieira. Breves considerações sobre o processo eleitoral brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 993, p. 123-147, jul. 2018).
- 76 Um exemplo bem interessante disso é o da apuração da duplicidade de filiações partidárias, um procedimento administrativo que somente se torna jurisdicional se há “interposição de recurso” contra a decisão do Magistrado, como didaticamente explanou o TRE-SP no seguinte acórdão:
 “RECURSO ELEITORAL. AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA CANCELADA EM PROCEDIMENTO QUE APUROU DUPLICIDADE DE VÍNCULOS PARTIDÁRIOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. REJEIÇÃO. DUPLICIDADE DE FILIAÇÕES PARTIDÁRIAS COM IDÊNTICA DATA DE REGISTRO. LACUNA LEGAL. MANIFESTA VONTADE DO ELEITOR POR UMA DAS AGREMIações ENVOLVIDAS NA COINCIDÊNCIA. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO QUE DEVE PREVALECER, CONFORME ENTENDIMENTO COLEGIADO DO TRIBUNAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.
 1. Trata-se de recurso eleitoral contra sentença de improcedência em ação autônoma de impugnação movida pelo recorrente em desfavor de órgão estadual de partido político.
 - Preliminarmente:
 2. Na hipótese de duplicidade (ou pluralidade) de filiações partidárias, com idêntica data de filiação, a Resolução TSE nº 23.596/2019, que dispõe sobre filiação partidária e institui o sistema FILIA, em seu artigo 23, estabelece o procedimento a ser adotado pelos juizes eleitorais, na apuração e no julgamento da coincidência. De acordo com a norma regulamentar, identificado no sistema FILIA a duplicidade ou pluralidade de registros de filiações partidárias, a Corte Superior Eleitoral deflagra procedimento de notificação aos filiados e aos partidos políticos alcançados e determina a instauração de ofício pelo juiz eleitoral de processo a ser autuado na Classe Filiação Partidária, no desiderato de apurar e julgar os registros de multiplicidade partidária, com idêntica data de inscrição, outorgando prazo de 20 (vinte) dias, para apresentação de resposta pelas partes envolvidas. Após a oitiva do Ministério Público Eleitoral, o juiz eleitoral profere sentença decidindo qual registro de filiação partidária deve prevalecer e decreta, por conseguinte, o cancelamento dos demais.

Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) também têm o dever de desempenhar aquilo que Marcelo Barbi Gonçalves denominou de jurisdição consultiva, respondendo, em nome da segurança jurídica, às consultas que lhe são formuladas⁷⁷.

Tudo isso põe às claras a impossibilidade de invocação de uma concepção chiovendiana de jurisdição⁷⁸. E isto não apenas em razão das críticas de Galeno Lacerda, para quem o caráter substitutivo e secundário, presente nas obras do referido jurista italiano, era incapaz de explicar o caráter jurisdicional das decisões sobre matéria

3. Não pode ostentar natureza jurisdicional – mas meramente administrativa - processo que tenha sido deflagrado por iniciativa do próprio Poder Judiciário, ainda que seja conduzido por um juiz togado com competência legal para processar e julgar a matéria que lhe é submetida. Por estar afeto ao desempenho da função de administração do Cadastro Eleitoral, o processo voltado à apuração de coexistência de filiações partidárias, com idêntica data de inscrição, da competência dos juízes eleitorais, possui natureza eminentemente administrativa, não se podendo falar em típico exercício de atividade jurisdicional voltada à solução de litígios na seara eleitoral. Precedentes do TSE e de outros TRE'S (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 19556, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 13/09/2002, Página 178; TRE/MS, Recurso Eleitoral nº 3323, rel. Joenildo de Sousa Chaves, DJE 26/6/2012, Página 08; TRE/PI, Mandado de Segurança nº 158364, rel. Manoel de Sousa Dourado, DJE 05/08/2010, Página 02/03).

4. Infere-se que o procedimento para apuração de coexistência de filiações partidárias assemelha-se aos requerimentos de alistamento e transferência eleitoral, relacionados ao desempenho de função administrativa pelos juízes eleitorais (administração do Cadastro Eleitoral), os quais somente passam a ter feição jurisdicional após a interposição de recurso pela parte interessada. Assumiria, em verdade, uma natureza híbrida ou mista (administrativa e jurisdicional), apenas na hipótese de manejo de recurso eleitoral contra a sentença proferida. Antes, somente processo de teor administrativo. (...) (RECURSO ELEITORAL n 060004314, ACÓRDÃO n 060004314 de 05/10/2020, Relator CARLOS WAGNER DIAS FERREIRA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 07/10/2020, Página 7-11).

77 “Preceitua o art. 23, XII, do Código Eleitoral que compete ao Tribunal Superior Eleitoral responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político. Por outro lado, a teor do art. 30, VIII, do Código Eleitoral, compete aos Tribunais Regionais Eleitorais responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político. Veja-se que ambos (sic) os tribunais têm jurisdição consultiva ‘em matéria eleitoral’ e, em todos os casos, as consultas devem ser formuladas em tese, isto é, deve se tratar de situação abstrata e impessoal. A diferença é que apenas autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político pode realizar consulta ao Tribunal Superior Eleitoral, ao passo que autoridade pública ou partido político podem consultar o Tribunal Regional Eleitoral.

Segundo a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a resposta à consulta, por não ser dotada de efeitos vinculantes, não gera efeitos concretos; a resposta à consulta não tem natureza jurisdicional, tratando-se de ato normativo em tese, sem efeitos concretos, por se tratar de orientação sem força executiva com relação a situação jurídica de qualquer pessoa em particular; não se conhece de consulta formulada em termos amplos, sem a especificidade necessária para possibilitar a análise da matéria; a consulta não deve ser conhecida quando já iniciado o processo eleitoral, porquanto o objeto do questionamento poderá ser apreciado pela Justiça Eleitoral ante a sobrevinda de demandas concretas; pendente de exame a matéria pelo Supremo Tribunal Federal, não cabe consulta; a resposta à consulta insere-se na atividade administrativa da justiça especializada e visa esclarecer dúvidas sobre a legislação eleitoral para eleições vindouras, como forma de orientar o administrado e os próprios órgãos da Justiça Eleitoral; não se conhece de consulta em que os questionamentos têm contornos de caso concreto ou são formulados em termos amplos” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 570-571).

78 Chiovenda, em suas *Instituições*, definiu jurisdição como “(...) a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 8).

processuais e “dos processos mais relevantes, que tiveram por objetivo conflitos sobre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes (...)”⁷⁹. O poder normativo e a função consultiva inviabilizam uma separação estrita entre jurisdição e legislação, tornando ainda mais viva a principal objeção levantada por Ovídio Baptista da Silva e Fábio Gomes⁸⁰.

Por idênticos motivos, tampouco é cabível em sede eleitoral “a ideia de Chiovenda de que a jurisdição é a aplicação concreta da vontade da lei, em atividade meramente declaratória”⁸¹, sendo inequívoca e inevitavelmente criativa. Trata-se de um domínio para o qual é de grande valia a observação de Antônio Cabral, para quem, ao lado da visão reconstrutiva, orientada ao passado, é necessário um *approach* voltado ao futuro (*future-oriented approach*), coobrigando os magistrados ao debate e à prevenção das invalidades, com base nos princípios do contraditório e da cooperação processual⁸².

Paralelamente a isso, a relevância do direito material tutelado faz com que outros “meios de solução de controvérsias heterocompositivos (arbitragem) ou autocompositivos (mediação, conciliação, negociação, avaliação neutra de terceiros, processo participativo)”⁸³, tão valorizados nos conceitos contemporâneos de jurisdição, sejam naturalmente vistos com extrema desconfiança no âmbito eleitoral. Os processos de aferição da vontade popular não são apenas estatais, isto é, conduzidos pelo Estado, mas também determinam o próprio futuro do *estatal*, da própria comunidade política. Em tempos em que se desconfiança até de possíveis influências de *hackers* ou de governos estrangeiros em alguns processos eleitorais⁸⁴, é no mínimo arriscado deixar que em tão delicada missão sujeitos privados façam as vezes do Estado, ainda que parte. Assim, não são incomuns posicionamentos contrários à celebração de negócios

79 Galeno Lacerda também critica o conceito chiovendiano de jurisdição por ser ele incapaz de explicar “o porquê da natureza jurisdicional das decisões sobre questão de processo, especialmente daquelas que dizem respeito à própria atividade do juiz, como as relativas à competência e suspeição, onde jamais se poderá vislumbrar qualquer traço de ‘substitutividade’ a uma atuação originária, direta e própria das partes” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VIII, T. 1 (arts. 796 a 812). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 13).

80 Para eles, “(...) objeção a ser feita à célebre doutrina chiovendiana sobre a jurisdição está em que o eminente processualista italiano, sob a influência ainda das ideias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia como coisas separadas e até, em certo sentido, antagônicas a função de legislar e a função de aplicar a lei. Sua doutrina sustenta-se no postulado de que o ordenamento jurídico estatal seja, para o Juiz, um dado prévio, uma coisa existente, como se fora uma constelação posta completa e definitivamente pelo legislador, restando ao Juiz a tarefa da pura aplicação da lei ao caso concreto” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64).

81 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 23ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 207.

82 CABRAL, Antonio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. Disponível em: https://www.academia.edu/42680672/Per_un_nuovo_concetto_di_giurisdizione. Acesso em: 14 mar. 2021.

83 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 242, p. 599-631, abr. 2015.

84 Cf., p. ex., as matérias publicadas em <https://www.nytimes.com/news-event/russian-election-hacking>. Acesso em: 15 jun. 2021.

jurídicos processuais eleitorais⁸⁵. Porém, como a Justiça Eleitoral também resolve lides penais, deve-se-lhe reconhecer ao menos um espaço para a celebração de negócios jurídicos processuais penais, como o acordo de não persecução penal⁸⁶ e até mesmo de acordos de colaboração premiada.

A Justiça Eleitoral organiza o eleitorado, administra as eleições, resolve conflitos eleitorais e ainda exerce jurisdições consultiva e penal. A rigor, não se pode falar em *processo* eleitoral, mas de ao menos quatro tipos distintos de processo conduzidos por esse ramo do Poder Judiciário. É de se indagar que *conceito(s) de direito de ação lhe são aplicáveis*, a fim de verificar se ele(s) são caracterizável(is) como um direito político. Para tanto, faz-se necessário reexaminar esse(s) conceito(s).

4.2 O direito de ação e o(s) processo(s) eleitoral(is)

Lucas Buril de Macêdo e Maurício Schibuola de Carvalho informam que a definição de direito de ação é relativa, pois “depende do objeto que pretende descrever”⁸⁷. Criticando as exposições que adotam uma “perspectiva evolutiva”, eles identificam quatro diferentes acepções para a expressão⁸⁸ e sustentam que o debate “é menos *conceitual* e muito mais *terminológico*”, um reflexo da disputa não entre os termos em si, mas entre os significados que são atrelados a esses termos⁸⁹.

85 Cf., p. ex.: “Outro exemplo de incompatibilidade [das normas processuais civis com o subsistema eleitoral] se verifica nos artigos 190 e 191 do CPC, que admitem a celebração de negócio jurídico-processual entre as partes. A natureza jurídica dos bens envolvidos no processo eleitoral impede a aplicação desses artigos. Como já evidenciado, estão em jogo no processo eleitoral bens jurídicos essenciais à democracia e a observância da forma procedimental prevista em lei revela garantia fundamental para os agentes do processo e também para a sociedade” (MAGALHÃES, Marcelo Cosme de Souza. Aplicabilidade do Código de Processo Civil ao Processo Eleitoral – Comentário à Resolução do TSE 23.478/2016. *Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, vol. 9, n. 15/16, jan.-dez. 2017, p. 101).

86 PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 174, p. 199-254, dez. 2020.

87 MACEDO, Lucas Buril de, CARVALHO, Maurício Schibuola de. Retomando a polêmica em torno da ação: apontamentos compreensivos a uma disputa terminológica. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 1, p. 251, jan.-abr. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1775>. Acesso em: 14 jun. 2021.

88 “O uso do vocábulo ‘ação’ pela doutrina e pela legislação têm quatro principais usos, quais sejam, *i*) ação de direito material, *ii*) ação concreta e *iii*) ação processual ou direito de ação; e *iv*) ação eclética” (MACEDO, Lucas Buril de, CARVALHO, Maurício Schibuola de. Retomando a polêmica em torno da ação: apontamentos compreensivos a uma disputa terminológica. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 1, p. 227, jan.-abr. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1775>. Acesso em: 14 jun. 2021).

89 “A parcela da doutrina que procura encontrar um significado correto para o termo ação, excluindo os demais, além de incorrer no problema de descrever de modo incompleto o fenômeno jurídico, entra numa disputa sobre o melhor fenômeno para preencher um termo; ou seja: é um problema de exclusividade terminológica. No entanto, boa parte da doutrina, embora se disponha a debater acerca do conceito de ação –que é apenas terminológico –, acaba por reconhecer os demais fenômenos, mesmo que sem admitir o uso do termo ação para descrevê-los” (MACEDO, Lucas Buril de, CARVALHO, Maurício Schibuola de. Retomando a polêmica em torno da ação: apontamentos compreensivos a uma disputa terminológica. *Revista Eletrônica de Direito*

Essa percepção é relevante, mas a forma tradicional (e algo linear) de exposição permite uma compreensão melhor do objeto do presente estudo. Afinal, com ela se nota que a pandectística, não por acaso, foi responsável pela estruturação teórica tanto da relação jurídica em geral – moldada usando como paradigma a obrigacional – quanto da relação jurídica processual⁹⁰. Substituíram-se as visões anteriores, que atribuíam à relação processual a natureza de contrato ou de quase-contrato⁹¹. É nesse sentido que deve ser lido José Alberto dos Reis, ao registrar, que, já ao seu tempo, encontravam-se superados os conceitos que consideravam “a ação como meio ou como qualidade imanente ao direito subjetivo”⁹², que, na lição bem posterior de Rogerio Lauria Tucci, implicavam “a assunção, pela ação, da natureza do direito”⁹³.

O marco inicial do reconhecimento da autonomia do direito de ação é fixado na célebre discussão travada entre Windscheid e Muther⁹⁴. Ocorre que, paralelamente a isso, estava a ser desenvolvida no direito obrigacional a noção de *pretensão* (*Anspruch*)⁹⁵.

Processual – REDP, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 1, p. 251, jan.-abr. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1775>. Acesso em: 14 jun. 2021).

- 90 “Malgrado a impositação publicista que já se delineava na extraordinária ‘Cognitio’, até meados do século passado dominou incontestado o conceito privatístico, imanentista da ação. Os pandectistas reproduziam o conceito de Celso, corrigindo-o por vezes, acrescentando ao *ius quod sibi debeat* a expressão *aut nostrum est*, por entenderem que a definição primitiva não englobaria a defesa de direitos reais. Mas, de qualquer maneira, indiscutível era a ligação entre o direito subjetivo material e a ação. Duas correntes principais se formaram: a) a que via na ação qualidade de todo direito; b) a que considerava a ação como o próprio direito reagindo a uma violação. Daí, as definições de Savigny (direito em movimento em consequência a um direito violado), Vinnius (direito em exercício), Unger (direito em pé de guerra), Mattirollo (direito elevado à segunda potência), Guelfi (uma posição do direito). Entre nós, João Monteiro considerou a ação como o próprio direito violado e Clóvis Bevilacqua, um elemento constitutivo do direito. Daí, a formulação do art. 174 do Projeto de Código Civil de Clóvis, transformado no art. 75 do CC: A cada direito corresponde uma ação que o assegura. De se notar que Fraga (‘Instituições’) ainda segue a teoria imanentista” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, vol. 2, p. 45-57, out. 2011).
- 91 COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 39-40; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 298 e ss.
- 92 REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário civil e comercial: lições feitas ao curso do 1º ano jurídico de 1906-1907*. Vol. 1. Coimbra: Imprensa Academica, 1907, p. 61.
- 93 TUCCI, Rogerio Lauria. Aspectos modernos do direito de ação. *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, São Paulo, vol. 2, p. 59-80, out. 2011.
- 94 “A teoria do processo como relação processual teve origem no século XIX (Oskar von Büllow, 1868), logo em seguida à famosa polémica sobre o significado moderno da *actio romana*, a qual abria caminho para a autonomia conceitual da ação e, progressivamente, do próprio direito processual (Windscheid e Muther)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 227).
- 95 “[Savigny] escreveu seu *System des Heutigen Römischen Rechts* (Sistema do Direito Romano Atual). No início do quinto tomo dessa obra, de 1841, está a abordagem de Savigny em que traz o termo ‘pretensão’ (*Anspruch*), feita em capítulo no qual o grande jurista alemão trata da violação dos direitos subjetivos e de um dos meios de proteção diante dessa violação, qual seja, o direito de ação (*Klagerecht*). Segundo concebe Savigny, a violação do direito subjetivo leva a que este, numa ‘metamorfose’ e ‘desenvolvimento’, adquira nova compleição, tomando uma forma especial, que é a do direito de ação. Daí que esse direito de ação – também denominável simplesmente ‘ação’ (*Klage*) – é o próprio direito subjetivo transformado (em ‘estado de defesa’), não um direito autônomo.

Na Alemanha, ela é vista, na esteira do pensamento de Windscheid, como “o direito subjetivo de alguém de exigir determinada conduta (fazer ou não fazer) de uma outra pessoa determinada”, uma espécie de protótipo dos direitos obrigacionais⁹⁶. Apesar de criticada⁹⁷, no Brasil essa ideia foi trabalhada e preservada por Pontes de Miranda, que promoveu o que Igor Rantz e Natascha Anchieta consideram como um aperfeiçoamento

Em maior detalhamento, Savigny fixa que a ação, essa nova forma que o direito adquire quando violado, consiste numa relação jurídica entre o titular do direito ofendido e o ofensor, cujo conteúdo consiste em aquele poder exigir deste o desfazimento da violação. É ao falar especificamente disso que Savigny, enfim, lança mão do termo ‘pretensão’ (Anspruch) para expressar o poder do ofendido de exigir do ofensor, na relação jurídica chamada ação, o desfazimento da ofensa ao direito:

‘A ofensa de nossos direitos porém somente é imaginável como conduta de um determinado ofensor, com o qual em razão disso entramos em uma própria, nova relação jurídica; o conteúdo dessa relação pode ser em geral nisto definido, que nós exigimos desse adversário o desfazimento da ofensa. Essa pretensão [Anspruch] contra uma pessoa determinada e a uma definida prestação tem por conseguinte uma natureza similar à da obrigação; o ofendido e o ofensor, ou o autor e o réu, ficam um em face do outro como credor e devedor’.

Savigny complementa que o termo ‘ação’, além de designar essa relação jurídica que tem por conteúdo a pretensão (ação em sentido material), pode também denominar a própria atuação fática do ofendido de ajuizar a demanda (ação em sentido formal). Compreendendo que o direito de ação equivale à actio romana, Savigny concebe que aquele, assim como esta, está sujeito à prescrição, que tem como requisito a actio nata.

Pode-se ver, porém, que Savigny não emprega o termo ‘pretensão’ para tematizar e conceituar algum instituto específico. Fá-lo, antes, no contexto de sua abordagem sobre o direito de ação, apenas para nomear o conteúdo desta enquanto relação jurídica.

Bernhard Windscheid, alguns anos depois, fala em pretensão de maneira diversa. Em ‘Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts’ (A actio do direito civil romano, do ponto de vista do direito atual), de 1856, propõe-se fazer ver aos seus contemporâneos o que os romanos efetivamente entendiam como actio. O meio que encontra para isso é identificar e indicar, entre termos e conceitos da compreensão jurídica de sua época, qual teria significado equivalente àquilo que os romanos compreendiam como actio, numa como que tradução.

Referido termo, diz Windscheid, não pode ser aquele que, na sua época, designa o direito de ação (Klagerecht). Divergindo da já referida exposição de Savigny, Windscheid sustenta que a noção romana de actio não coincide com a de direito de ação de sua época, de modo que a ideia de Klagerecht não traduz corretamente o que era a actio para os romanos. O termo adequado para traduzi-lo, segundo Windscheid, é ‘pretensão’ (Anspruch) (SILVA, Raul Campos. A pretensão no BGB alemão e no Código Civil brasileiro: perfis e compreensões. *Revista de Direito Privado*, vol. 105, p. 305-326, jul.-set. 2020).

- 96 “Embora Windscheid entendesse-a como uma função dos direitos, a pretensão é majoritariamente encarada pela atual privatística alemã como um direito.

Em geral, concebe-se a pretensão (Anspruch) como uma das espécies de direitos subjetivos, ao lado dos direitos absolutos (direitos da personalidade, Persönlichkeitsrechte, e direitos reais, Herrschaftsrechte), dos direitos potestativos (Gestaltungsrechte) e dos contradireitos (Gegenrechte).¹⁸

A pretensão é entendida como o direito subjetivo de alguém de exigir determinada conduta (fazer ou não fazer) de uma outra pessoa determinada, diferenciando-se dos direitos absolutos na medida em que estes se direcionam contra todos. Da ofensa a um direito absoluto, no entanto, pode surgir uma pretensão (por exemplo, diante da ofensa ao direito de um indivíduo ao nome, ele adquire a pretensão, perante o ofensor, de que este remova a violação ou que deixe de protagonizar violações futuras, conforme §12 do BGB).

Já os direitos potestativos dizem respeito à constituição, desconstituição ou alteração de conteúdo de uma relação jurídica por atuação unilateral, e os contradireitos são aqueles que se opõem às pretensões, como as Einwendungen (objeções, cognoscíveis de ofício no processo, a exemplo da decadência) e as Einreden (exceções, não cognoscíveis de ofício no processo, a exemplo da prescrição)” (SILVA, Raul Campos. A pretensão no BGB alemão e no Código Civil brasileiro: perfis e compreensões. *Revista de Direito Privado*, vol. 105, p. 305-326, jul.-set. 2020).

- 97 A propósito, anotou José Carlos Moreira Alves:

“Com relação à pretensão, se começou a indagar: este conceito é realmente um conceito útil? Abstrações sem utilidade podem ficar perfeitamente, para o plano da Filosofia do Direito sem interferir na construção dogmática que é a construção que se concebe a partir de determinado Direito Positivo.

do conceito⁹⁸. Ela se encontra na base da noção de *ação de direito material*, que havia sido escanteada na doutrina nacional posterior a Liebman, mas recuperou boa parte de seu prestígio com a doutrina construída a partir do CPC/2015.

Para Pontes de Miranda, a ação de direito material *é um poder jurídico*, que se faz presente quando o sujeito passivo não satisfaz a pretensão⁹⁹. Seus efeitos independem do sujeito passivo e

Com referência à pretensão, desde logo começaram a surgir objeções e concepções diversas. Muitos disseram que a pretensão, em última análise, é exigibilidade, que se apresenta nítida nos direitos de crédito, desde o momento em que o direito de crédito surge, porque desde esse momento em que há um crédito, significa que o credor tem o poder de exigir do devedor determinado fazer ou não fazer.

Com relação aos direitos reais, diziam que também há essa exigibilidade; porém seu conteúdo ou a direção podem alterar-se. A princípio no que tange aos direitos reais, há uma exigibilidade de abstenção dirigi da a todos, e, no momento em que há a violação, uma exigibilidade de reparação, ou de restituição, dirigida apenas à pessoa do violador. Cabe perguntar: porque Windscheid fazia aquela distinção? A pretensão se confundiria, em última análise, com o direito de crédito, mas, com relação aos direitos reais, ela só nasceria, quando o direito real fosse violado. Seria muito mais fácil dizer: a pretensão é um elemento que nasce com o Direito subjetivo, porque essa exigibilidade *nasce* com ele. Mas em seguida pensou-se noutra objeção: o que é o poder, se não a faculdade de exigir? Quando eu tenho poder, passa exigir. A exigibilidade é ínsita ao poder. Então, perguntou-se: para que distinguir aquilo que é ínsito no próprio Direito subjetivo, que nada mais é do que um poder? E se o poder é intrinsecamente uma faculdade de exigir? A pretensão, então, se disse, confunde-se com o próprio Direito subjetivo.

Windscheid mesmo caracterizava a pretensão como a direção dinamizada.

Ora, essa direção dinamizada ocorre quando o Direito é violado. Mais tarde, na Itália, Francesco Carrara, lançou a ideia de que pretensão surgiria com a violação do Direito. Isto de certa forma, Savigny, já tinha dito, porque já havia salientado que quando um Direito subjetivo é violado, como se altera, porque aquilo que se exigia antes passa a não ser idêntico àquilo que se exige depois.

Isto aliás, explica inclusive, distinções entre débito e responsabilidade, que vêm desde o velhíssimo Direito Romano e que existiam no Direito bárbaro-germânico. Essa modificação, entre a violação de um direito e o Direito subjetivo ainda não violado foi transplantada para esse terreno da pretensão e muitos autores houve que sustentaram que a pretensão surgia, com a violação do Direito subjetivo. Ela seria como que o Direito subjetivo, com esta característica: ter sido violado, e, consequentemente, dirigido contra a violação.

E a controvérsia, foi a tal ponto, que um dos grandes processualistas e historiadores do Direito da Alemanha, Deteban Rouves, chegou a ponto de dizer o seguinte: ‘Este é um destes conceitos infrutíferos e maléficos, porque na realidade, em última análise, não conduz a nada’. Mas se pergunta: será realmente assim? A meu ver não. Porque ideia de pretensão tem, pelo menos uma virtude, que é de explicar, de maneira mais singela, o que vem a se prescrição” (ALVES, José Carlos Moreira. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 47, p. 109-123, jul.-set. 1987).

98 “(...) a doutrina de Pontes de Miranda significou um notável ganho teórico em relação à redação do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) que, sob a inspiração da doutrina de Windscheid, considerou a pretensão um direito de exigir de outrem uma prestação. Ora, como se viu, em Pontes de Miranda, a pretensão não é um direito, mas a *posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa*⁸². Abre-se, com isso, a possibilidade de que o *ato de exigir consista no próprio exercício desse poder* ou que o *ato de exigir uma prestação não tenha lastro em nenhum direito*. Diferentemente da primeira situação – em que se pode afirmar ter existido uma *pretensão fundada* –, na segunda ainda seria possível falar em pretensão, como mero ato de exigir, vale dizer, como *pretensão infundada* (RAATZ, Igor, ANCHIETA, Natascha. Breve inventário acerca do estudo da ação: ou como a processualística subtraiu a ação de direito material dos civilistas para depois sepultá-la. *Revista de Direito Civil contemporâneo*, São Paulo, vol. 26, p. 235-270, jan.-mar. 2021).

99 “Em apertada síntese, a diferença entre a ação e a pretensão é que a primeira tem o caráter de impositividade, enquanto a segunda, de exigibilidade; isto é, a pretensão dá poder ao sujeito ativo da relação jurídica de exigir do sujeito passivo o adimplemento da obrigação, que, caso não cumprida, faz surgir a ação, ou seja, o poder de o titular fazer a sua posição jurídica realizada independentemente da colaboração do sujeito passivo. O

cabente ao lesado (frequentemente o titular de uma pretensão), uma vez que é previsto no interesse deste, e posto à sua disposição (no sentido de que ele pode ou não exercer sua ação), implicando, portanto, uma relação entre sujeito ativo e sujeito passivo, não entres estes (ou qualquer destes) e o Estado-juiz¹⁰⁰.

A parte final dessa citação evidentemente não vale para os direitos políticos, já que para eles o sujeito passivo da relação jurídica material também é o Estado, e muito frequentemente o Estado-Juiz, que também administra a organização do eleitorado e a realização das eleições. De qualquer modo, a existência dessa categoria – praticamente inexistente no Direito Civil francês¹⁰¹ – ainda é discutida¹⁰². Uma coisa é certa: quando cunhou a frase anteriormente citada, Frederico Marques não pensava na ação de direito material, até mesmo porque a existência dela não se adequava às suas concepções. Contudo, para quem sustenta a existência dessa categoria¹⁰³, a natureza jurídica dessa *ação de direito material* há de ser idêntica à da pretensão e, por conseguinte, do direito material não satisfeito. Por isso, as *ações materiais* correspondentes aos direitos fundamentais políticos são também *políticas*¹⁰⁴. Disso derivam importantes

exercício da pretensão pressupõe agir voluntário do destinatário do dever jurídico –cumprimento da prestação –, enquanto a ação supõe ato do titular do direito para a sua realização, independentemente da vontade do obrigado. Utilizando-se de exemplo de PONTES DE MIRANDA: ‘se digo ao vendedor que desejo que me pague o que me deve, exijo-o; porém, ainda não ajo contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, ajo condenatoriamente, condeno e executo’.

Firmando uma linha lógica, em regra, temos que primeiro ocorre o fato, que atrai a incidência da norma, permitindo categorizá-lo como fato jurídico, o qual tem por eficácia o surgimento do direito subjetivo, que pode se tornar exigível (pretensão) e, em caso de não cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo da relação, transforma-se em impositivo (ação de direito material). Há, por sua vez, situações jurídicas correspondentes no polo passivo, quais sejam, respectivamente: o dever, a obrigação e a situação de acionado” (MACEDO, Lucas Buriel de, CARVALHO, Maurício Schibuola de. Retomando a polêmica em torno da ação: apontamentos compreensivos a uma disputa terminológica. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 1, p. 230, jan.-abr. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1775>. Acesso em: 14 jun. 2021).

- 100 FARATH, George Ibrahim. *Um ensaio sobre a ação de direito material*. 2014, Tese (Doutorado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 102.
- 101 Jean Dabin diz, por exemplo, que “aunque armado necesariamente de protección, el derecho no se confunde con la acción precisamente porque ésta solo es el medio de protección del derecho. La protección sigue al derecho; pero engendra un *derecho nuevo*, formalmente distinto del derecho protegido, que es el *derecho de acción*” (DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 125).
- 102 Cf., p. ex., AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da “ação de direito material”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, Porto Alegre, v. 4, p. 161-185, set. 2005; MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 124, p. 283-290, jun. 2005.
- 103 Essa hipótese não é necessária para este trabalho.
- 104 Adriano Soares da Costa apontou que: a) a ação de impugnação de registro de candidatura “é ação de direito material concedida aos legitimados do art. 3º da LC 64/90. Mas seu exercício apenas pode ocorrer processualmente, através do manejo à pretensão à tutela jurídica (= remédio jurídico, ‘ação’ processual)”; b) o art. 262 do Código Eleitoral implica uma “ação de direito material (...) [que] nasce com a diplomação (termo *a quo*), embora somente possa ser exercitada judicialmente, através da ação processual, que possui o rito idêntico aos recursos”; c) a ação de investigação judicial eleitoral é uma “ação de direito material, exercitada contra os que pratiquem e sejam beneficiados pelo abuso de poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de

consequências práticas, a começar pelas cargas das eficácias das eventuais sentenças de procedência, segundo Adriano Soares da Costa¹⁰⁵.

Por sua vez, desde Windscheid, Muther e Wach o direito processual de ação é reputado autônomo, ainda que as suas relações com o direito material tenham levado à elaboração das teorias concreta, do direito potestativo e do direito abstrato¹⁰⁶.

Os autores contemporâneos têm enfatizado essa necessidade de adequadamente tutelar o direito material. Em obra pioneira, Cândido Rangel Dinamarco demonstrou que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”¹⁰⁷. Luiz Guilherme Marinoni defendeu que o direito constitucional de ação, expresso nas Constituições brasileiras desde 1946¹⁰⁸, deve ser compreendido como “direito à construção da ação adequada à tutela do direito e ao caso concreto”, tutela essa

voto”; d) a ação de impugnação de mandato eletivo “é ação de direito material, exercitável contra o candidato eleito indevidamente, e atualizada pelo remédio jurídico processual (= ação processual abstrata, genérica e universal) o qual é manejado contra o Estado-Juiz” (COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 222, 234, 262, 306-307). João Andrade Neto afirma que a ação que visa à aplicação das sanções previstas no art. 41-A da Lei n. 9.504/97 é de direito material (ANDRADE NETO, João. O artigo 41-A da Lei 9.504/97: uma análise do dispositivo baseada na sistemática da legislação eleitoral brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 44, p. 386, jan.-jun. 2004).

105 “(...) A sentença de procedência contra a prática do ato ilícito eleitoral terá os seus efeitos conforme a ação de direito material cuja afirmação ensejou o exercício da pretensão à tutela jurídica. No caso de abuso de poder econômico, por exemplo, a sentença tem como efeito preponderante a decretação da inelegibilidade do candidato (carga 5), sendo a eficácia mandamental de afastamento do efeito 3, dado que a ordem é expedida depois, seja porque dependente de decisão colegiada, seja porque submetida ao efeito suspensivo do recurso ordinário (art. 267, § 2º, do CE). As sentenças que cassavam o diploma pela prática de captação ilícita de sufrágio já expediam mandado tão logo prolatada, sendo então a mandamentalidade imediata (carga 4) à decretação de cassação do diploma (força desconstitutiva). Agora, com a introdução do efeito suspensivo ao recurso ordinário (art. 257, § 2º, do CE), a mandamentalidade passou a ser posterior, é dizer, medita no futuro, descendo para a carga 3, em desproveito da declaratividade, que subiu a 4” (COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral: Teoria da inelegibilidade – Direito Processual Eleitoral*. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pos. 11228 – o autor utilizou a escala de cargas eficácias proposta por Pontes de Miranda).

106 Cf., p. ex., GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, vol. 2, p. 45-57, out. 2011.

107 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 270.

108 “As Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não expressaram normas com semelhante conteúdo. O princípio de proteção jurisdicional apenas foi constitucionalizado em 1946. A Constituição de 1946, na sua declaração de direitos e garantias individuais, afirmou que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4.º). O princípio, consagrado na Constituição de 1946, foi repetido na Constituição de 1967 (art. 150, § 4.º)³ e na Emenda Constitucional 1/69 (art. 153, § 4.º)⁴. A Constituição de 1988 inseriu a locução “ameaça a direito” na verbalização de tal princípio. O art. 5.º, XXXV, da CF/88, afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, deixando claro que a lei, além de não poder excluir *lesão*, não poderá excluir “*ameaça a direito*” da apreciação do Poder Judiciário.

Além disto, no art. 5.º, XXXV, da CF/1988, desapareceu a alusão a “direito *individual*”, constante das Constituições anteriores. O objetivo desta exclusão foi ressaltar que os direitos difusos e coletivos também estão protegidos pela garantia de tutela jurisdicional efetiva” (MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 873, p. 11-30, jul. 2008).

que, apesar da autonomia em relação da relação jurídica material, há de ser exercida com a adoção de técnicas processuais adequadas, “conforme as necessidades do caso concreto”¹⁰⁹. E Antonio do Passo Cabral falou da “materialização do processo”¹¹⁰, apta a fazer “com que o procedimento (e suas variações e flexibilizações) devam estar atentos ao direito material e revelar-se em função dele”¹¹¹.

Em uma outra perspectiva, mais analítica, passou-se a notar que o direito de ação instaura uma relação jurídica-base, a partir da qual são desencadeadas diversas outras situações jurídicas, que servem de moldura e/ou desencadeiam muitas outras relações jurídicas, correspondentes aos atos processuais encadeados¹¹². Essas relações de *segunda ordem*, por assim dizer, envolvem não só as partes ou terceiros, mas também pessoas físicas, jurídicas e/ou entes, até mesmo estranhos tanto à relação jurídica

109 MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 873, p. 11-30, jul. 2008.

110 De que se poderiam extrair as seguintes consequências: “1) entremeia direito material e direito processual em normas negociais que atuam primariamente no condicionamento de condutas, fazendo com que as normas processuais não possam mais ser concebidas como secundárias;

2) provoca-nos a buscar os contornos de uma nova geometria que defina os espaços da norma processual e da norma material, e novos critérios para defini-las e diferenciá-las;

3) autoriza a identificação de atos processuais praticados fora do processo judiciário, o que impõe que nos libertemos da associação do “processo” com aquela que é somente uma de suas espécies, o “processo jurisdicional”;

4) torna natural que em alguns espaços e para certos institutos jurídicos, os requisitos e pressupostos que vão determinar sua validade e eficácia possam ser fruto de uma corregulação simultânea por normas processuais e materiais, sendo desnecessário que artificialmente procuremos isolar o processo do direito material (na atual quadra histórica em que consolidada a autonomia do direito processual, isso tampouco é necessário); e

5) permite repensar a natureza (material, processual ou híbrida) de certos institutos que até hoje estiveram em uma zona cinzenta, como nulidades, prova, negócios jurídicos, garantias executivas (sobretudo as reais, como hipoteca e penhor)” (CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*, vol. 12, n. 2, p. 97, mai.-ago. 2021).

111 “O retorno do processo ao direito material faz com que o procedimento (e suas variações e flexibilizações) devam estar atentos ao direito material e revelar-se em função dele. Mas não se trata de pensar na ‘tutela diferenciada’ como classicamente se imaginava. A relação entre direito material e direito processual não é apenas instrumental, seja ela vetorial (direito => processo => procedimento) ou circular (Zaneti Jr.), nem mesmo uma espiral. A relação contemporânea entre direito e processo assume uma configuração coaxial. São eixos convergentes e podem atuar em conjunto transformando as situações processuais e o próprio procedimento,¹¹⁵ dentro e fora do processo jurisdicional, moldando tanto a regulação primária como a regulação secundária” (CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*, vol. 12, n. 2, p. 97, mai.-ago. 2021).

112 Cândido Rangel Dinamarco ensina que “mais que um vínculo, resolve-se a relação jurídica processual em um sistema de vínculos. (...) Aqui há uma enorme complexidade de situações, que se desenvolvem ao longo do procedimento e se sucedem à medida que este progride. Juiz, demandante e demandado não são ligados por um só vínculo – um só direito, uma só obrigação, um só dever, um só poder – de modo que, cumprido o ato, o vínculo como um todo se desfizesse. No processo o cumprimento de um ato extingue uma situação jurídica mas de imediato cria outra, que por sua vez conduz a um novo ato, e esse novo ato gera nova situação jurídica – e assim sucessivamente, até que o processo seja extinto e a tutela jurisdicional concedida a uma das partes, mediante o último dos atos do procedimento, sem nada mais haver a providenciar ou a decidir nesse processo ou fase” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 230-231).

material quanto à processual¹¹³. É desse ponto de vista que Fredie Didier Jr. conceitua o direito de ação como

o direito fundamental (situação jurídica, portanto) composto por um conjunto de situações jurídicas, que garantem ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. É direito fundamental que resulta da incidência de diversas normas constitucionais, como os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal¹¹⁴.

Falta saber se tudo isso se aplica a um ramo do Judiciário responsável, como se expôs precedentemente, pela organização do eleitorado, administração das eleições, pacificação de conflitos eleitorais penais e extrapenais e o exercício de jurisdição consultiva.

A resposta é negativa quando se trata da promoção da atuação administrativa do Judiciário Eleitoral¹¹⁵. Quando alguém requer a mudança do domicílio eleitoral ou o registro da comissão provisória de um partido político, não exerce o direito de ação, mas sim o de petição¹¹⁶.

Isso é totalmente distinto da jurisdição consultiva e da resolução das lides eleitorais extrapenais¹¹⁷. Com relação a elas, não há dúvida quanto ao emprego dos atuais

113 Pense-se, por exemplo, em uma audiência, em que testemunhas são ouvidas e podem ser sancionadas caso incida a hipótese do art. 455, § 5º, CPC. Testemunhas não são partes, não presidem o feito, não integram a relação jurídica processual de base, mas o mero fato de supostamente terem ouvido ou presenciado algo de relevante para a solução da lide lhes ativa um dever, cujo descumprimento pode acarretar uma reprimenda jurídica.

114 DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 210, p. 41-56, ago. 2012.

115 Em decorrência de limites metodológicos, este estudo não cuidará da distinção, por vezes espinhosa (vide COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 182 e ss.), entre os exercícios da atividade administrativa e da jurisdicional na esfera eleitoral.

116 “A despeito de o art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal, dispor que o direito de petição deve ser dirigido aos ‘Poderes Públicos’, estes o decidirão em julgamentos que diferem daqueles privativos do Poder Judiciário, como competente para dizer o direito, detentor do poder jurisdicional. Tanto que no direito de petição não existe toda a ritualística concernente à forma da petição inicial, ao juízo competente, às condições da ação, à capacidade postulatória, ao valor da causa etc.

O Poder Judiciário, quando aprecia o direito de petição, autoquestiona a sua atuação; quando jurisdiciona – sua atividade precípua –, condena ou absolve a atividade de terceiros. No primeiro caso é possível jurisdicionalizar a causa. Neste último, não.

O direito de petição é um direito público subjetivo de provocação da ação estatal, quer informativa, quer corretiva, quer punitiva. Seja qual for a conclusão dada ao direito fundamental de que se trata, pode, ainda, a questão vir a ser submetida ao julgamento do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF)” (BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Direito constitucional de petição: exercício da cidadania*. Brasília: ESMPU, 2016, p. 51).

117 Na visão dos que sustentam a existência das ações de direito material, nesses casos há também o exercício da ação processual. A relação foi explicada por Adriano Soares da Costa: “A ação processual é continente; a ação de direito material, conteúdo. A ação processual diz respeito à forma, ao rito; a ação de direito material, ao objeto litigioso, a *res in iudicium deducta*. Pontes de Miranda ensinava: ‘A ação exerce-se principalmente por meio de ‘ação’ (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação [no sentido de direito material] exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se

conceitos de direito processual de ação, ressaltando-se somente a natural dificuldade de admissão de espaços negociais, pelos motivos expostos no item 4.1 deste texto. E caso se admita a existência de uma teoria geral do processo compreensiva do Processo Penal, também não existirá problema em lançar mão desses conceitos, com as devidas adaptações, para descrever a competência penal do Judiciário Eleitoral.

Isso obviamente não converterá o direito processual de ação em um direito político. Não há dúvida que o mero fato de se provocar a atuação do Judiciário, como tudo na vida, pode ter repercussão na *polis*, seja por ter uma motivação, seja por gerar uma consequência política. Mas há uma longa distância entre algo ter uma repercussão política e algo se revestir de uma natureza, um regime jurídico próprio, dos direitos fundamentais políticos. Ao propor uma ação não se está a selecionar ou mediar as pautas relevantes para o direcionamento político da comunidade. Pode-se até garantir o afastamento de um candidato inelegível de uma disputa eleitoral ou determinar a realização de novas eleições, por exemplo, mas isso será consequência do direito material ou, caso se prefira, da *ação de direito material*, esse(a) sim de natureza político-eleitoral.

O direito processual de ação é autônomo, ainda que seja instrumental ao conflito material a que serve de veículo. E, como ensinou Marinoni, não se resume ao direito de obter uma sentença. Sua dimensão objetiva¹¹⁸ exige que seja estruturado um procedimento capaz de preservar a celeridade, a segurança jurídica e a garantia da isonomia, especialmente por se tratar de atividade eminentemente estatal¹¹⁹. Justamente por isso, ele não só admite, como sobretudo exige a incorporação de instrumentos racionalizadores, capazes de auxiliar no gerenciamento da carga de trabalho que recai, de forma intensa e concentrada nos anos eleitorais, sobre os atores processuais que integram o sistema de justiça eleitoral.

contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional” (COSTA, Adriano Soares. *Instituições de Direito Eleitoral: Teoria da inelegibilidade – Direito Processual Eleitoral*. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pos. 9820).

118 Relativamente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade ensina que “os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir, em grande medida através da ação estadual.

Por um lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objetivas de ordenação da vida social” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 111).

119 “(...) os direitos fundamentais funcionam também como normas de organização, enquanto fundamento orientador da criação estatal de organizações e instituições funcionalmente adequadas à defesa e fomento da liberdade individual (‘organização da liberdade’) e, principalmente nas áreas onde existe um monopólio jurídico ou fático das entidades públicas (...) (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 84 – a redação foi adaptada para o português utilizado no Brasil).

Contrariamente ao que pode indicar o senso comum teórico, no processo eleitoral o direito processual de ação não é, em si mesmo, político. Mas ainda que o fosse, jamais poderia ser tido como um direito absoluto. A admissão de institutos como a condenação em custas e honorários de advogado, aliado a um reconhecimento mais assertivo do abuso de direito processual, da litigância de má-fé e da aplicabilidade do microsistema de tutela de recursos repetitivos, poderia regular o número de demandas e permitir que o Judiciário Eleitoral se concentrasse nas discussões que realmente importam.

5 CONCLUSÃO

Se há um chavão nos textos acadêmicos, é o de dizer que uma proposição almeja apenas fomentar um debate. É quase como um pedido de desculpas por ter uma opinião. Neste caso, entretanto, o artigo se destina justamente a isso: chamar a atenção para algo que precisa ser discutido, mas não o é, a fim de que não se perca a oportunidade de alinhar dogmaticamente o Processo Eleitoral brasileiro com a Teoria Geral do Processo.

As conclusões desse rápido estudo apontam que: a) nos conflitos eleitorais, a ação de direito material, para quem admite a existência dessa categoria, tem a natureza de direito político; b) no desempenho das competências administrativas do Judiciário Eleitoral, não se tem direito de ação, mas direito de petição; c) quando essa mesma Justiça age na pacificação das lides eleitorais e na jurisdição consultiva, o direito processual de ação não tem natureza de direito político, o que é compatível com as restrições, comuns em outros ramos do Direito Processual, que o exercício concreto de tal direito requer. Mas, de novo, o importante é que se comece a pensar a respeito dessas naturezas jurídicas e, sobretudo, da possibilidade de racionalização do Processo Eleitoral.

As consequências práticas serão rapidamente percebidas. A racionalização permitirá aos Magistrados, advogados e Membros do Ministério Público, que hoje enfrentam cargas brutais de trabalho nos anos eleitorais, a concentração de seus esforços nos casos realmente relevantes. E, nos tempos atuais, eles não são poucos. No momento em que se discute um Código de Processo Eleitoral, o debate, infelizmente nunca travado, sobre a natureza do direito de ação eleitoral é ainda mais urgente.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*: ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais. Reimpressão da edição de 1999. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEGRE, José Sérgio Monte. Ação popular: é mesmo de direito político que se trata? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 2, p. 63-74, jan.- mar. 1993.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 47, p. 109-123, jul.-set. 1987.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da “ação de direito material”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, Porto Alegre, v. 4, p. 161-185, set. 2005.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ANDRADE NETO, João. O artigo 41-A da Lei 9.504/97: uma análise do dispositivo baseada na sistemática da legislação eleitoral brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 44, p. 367-402, jan.-jun. 2004.
- ANDREA SÁNCHEZ, Francisco José de. Reflexiones históricas y constitucionales sobre la creación del INE como órgano regulador de la competencia electoral: la insaculación como válvula de seguridad en casos de crisis política nacional. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, CRUZ BARNEY, Óscar. *Historia y Constitución: homenaje a José Luis Soberanes Fernández*. T. 1. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 21-33.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ATALIBA, Geraldo. Ação popular na Constituição brasileira. *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, vol. 5, p. 289-309, ago. 2011.
- BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Direito constitucional de petição: exercício da cidadania*. Brasília: ESMPU, 2016.
- BARREIROS NETO, Jaime. *Direito Eleitoral*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BAUAB, José D’Amico. Plínio Barreto, o devoto da democracia e a Justiça Eleitoral. *Revista do Instituto de Advogados de São Paulo*, São Paulo, vol. 29, p. 453-474, jan.-jun. 2012.
- BERNARDO, Clarissa Campos, ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. O sistema de precedentes do novo CPC e sua repercussão no direito eleitoral. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (org.) *Direito Eleitoral*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 75-91.
- BIN, Roberto. *Diritto Costituzionale*. 9ª. ed. Turim: G. Giappichelli, 2008.
- _____. *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milão: Dott. A Giuffrè, 1992.
- BLENGIO VALDÉS, Mariana. *Manual de Derechos Humanos*. 2º ed. Montevideu: Editores Información Jurídica, Ediciones del Foro, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- BRASIL. Câmara dos Deputados. Grupo de trabalho da Câmara vai discutir novo código eleitoral e código de processo eleitoral. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/728089-grupo-de-trabalho-da-camara-vai-discutir-novo-codigo-eleitoral-e-codigo-de-processo-eleitoral/>. Acesso em: 18 mai. 2021.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J, Villeneuve E. C., 1857.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*, vol. 12, n. 2, p. 69-102, mai.-ago. 2021.
- _____. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. Disponível em: https://www.academia.edu/42680672/Per_un_nuovo_concetto_di_giurisdizione. Acesso em: 14 mar. 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARDONE, Marly A. A mulher nas constituições brasileiras, *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, vol. 4, p. 448-489, ago. 2011. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default=-home-label-Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- CARVALHO NETO. Ação de impugnação de mandato eletivo. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – REDE*. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan.-jun. 2010.
- _____. A representação fundada no art. 30-A, da Lei n. 9.504/97, à luz da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – REDE*. Belo Horizonte, ano 5, n. 9, jul.-dez. 2013.
- _____. Recurso contra expedição de diploma. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – REDE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 4, jan.-jun. 2011.
- CAVALCALTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891): comentada*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 2ª ed. Campinas: Book-seller, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____. *Instituições de Direito Eleitoral: Teoria da inelegibilidade – Direito Processual Eleitoral*. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Ebook.
- COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

- DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 23ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- _____. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 210, p. 41-56, ago. 2012.
- _____. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia participativa autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 35, p. 335-356, abr.-jun. 2011.
- FARATH, George Ibrahim. *Um ensaio sobre a ação de direito material*. 2014, Tese (Doutorado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
- FERREIRA, Pinto. Da ação popular constitucional (parte 1). *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, vol. 5, p. 635-659, ago. 2011.
- GARCIA, Maria. A interpretação constitucional e os requisitos da ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 30, p. 86-94, jan. – mar. 2000.
- GIDI, Antonio. A dimensão política do direito de ação. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 60, p. 196-207, out.-dez. 1990.
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 16ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2020.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *Constitucionalismo multinível: derechos fundamentales*. Madrid: Sanz y Torres, 2011.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 242, p. 599-631, abr. 2015.
- _____. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- GONDIM, Camila de Freitas. Incidente de resolução de demandas repetitivas: aplicabilidade no âmbito da Justiça Eleitoral. *Revista de Estudos Eleitorais*, Recife, vol. 1, n. 2, p. 64-75, dez. 2017.

- GRAEFF, Caroline Bianca, BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. O modelo de governança eleitoral brasileiro e a judicialização das regras político-eleitorais. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 11, n. 1, p. 99-118, jan—abr. 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, vol. 2, p. 45-57, out. 2011.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Maria del Pilar. Constitución y derechos fundamentales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Cidade do México, ano XXVIII, n. 84, p. 1041-1051, set.-dez. 1995.
- HESPANHA, António Manuel. *Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*. 1ª ed., 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.
- JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Friburgo: Akademische Verlagbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1892.
- LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VIII, T. 1 (arts. 796 a 812). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- _____. Remédios processuais da Administração e contra a Administração. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, v. 8, p. 100-113, 1960. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/view/517>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- LE BOT, Olivier. Démocratie électronique et droits fondamentaux. In: DELCAMP, Alain, LE POUHRIET, Anne-Marie, MATHIEU, Bertrand, ROUSSEAU, Dominique (dir.). *Nouvelles questions sur la démocratie*. Paris : Dalloz, 2010, p. 101-106.
- LIBERATO, Ludgero, RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. A aplicação subsidiária do CPC ao contencioso eleitoral antes e depois do advento do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 993, p. 47-72, jul. 2018.
- MACEDO, Lucas Buril de, CARVALHO, Maurício Schibuola de. Retomando a polêmica em torno da ação: apontamentos compreensivos a uma disputa terminológica. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 1, p. 214-266, jan.-abr. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1775>. Acesso em: 14 jun. 2021.
- MAGALHÃES, Marcelo Cosme de Souza. Aplicabilidade do Código de Processo Civil ao Processo Eleitoral – Comentário à Resolução do TSE 23.478/2016. *Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, vol. 9, n. 15/16, jan.-dez. 2017, p. 99-116.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (conseqüências teóricas e práticas). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 873, p. 11-30, jul. 2008.
- MARSHALL, Pablo. Capítulo III: Clasificación de los derechos fundamentales. In: CONTRERAS, Pablo, SALGADO, Constanza. *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*. Santiago: LOM, 2017, p. 93-118.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso de direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.

- MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Políticos na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MINAMI, Marcos Youji, PEREIRA, Patrícia Vieira. Breves considerações sobre o processo eleitoral brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 993, p. 123-147, jul. 2018.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- _____. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.
- _____. Os direitos políticos dos cidadãos na Constituição portuguesa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 60, p. 299-316, jul.-set. 2007. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 124, p. 283-290, jun. 2005.
- MOLLICA, Rogerio. *Os processos repetitivos e a celeridade processual*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- MONCADA, Luís Cabral de. Do conceito e da essência do político. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 30, p. 7-37, jan. 1971.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Reforma política do Estado e democratização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 32, p. 116-143, jul.-set. 2000. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MOUZALAS, Rinaldo, TERCEIRO NETO, João Otávio. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e o Direito Processual Eleitoral. *Revista de Processo*, vol. 262, p. 413-426, dez. 2016.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, Méthodo, 2010.
- PAIM, Gustavo Bohrer. *Direito Processual Eleitoral? Por uma processualidade do Direito Eleitoral*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1995.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 174, p. 199-254, dez. 2020.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 11ª ed., reimpressão. Madrid: Tecnos, 2016.
- PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAATZ, Igor, ANCHIETA, Natascha. Breve inventário acerca do estudo da ação: ou como a processualística subtraiu a ação de direito material dos civilistas para depois sepultá-la. *Revista de Direito Civil contemporâneo*, São Paulo, vol. 26, p. 235-270, jan.-mar. 2021.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário civil e commercial: lições feitas ao curso do 1º anno jurídico de 1906-1907*. Vol. 1. Coimbra: Imprensa Academica, 1907.
- RICCI, Paolo, ZULINI, Jaqueline Porto. As eleições no Brasil republicano: para além do estereótipo da fraude eleitoral. *Histórica: Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 63, ano 11, p. 48-58, mar. 2015. Disponível em: <http://www.arquivoestado.sp.gov.br/site/assets/publicacao/anexo/historica63.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021
- _____. Quem ganhou as eleições? A validação dos resultados antes da criação da Justiça Eleitoral. In: *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 91-105, mar. 2013.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 396-728.
- SCHREYER, Bernhard, SCHWARZMEIER, Manfred. *Grundkurs Politikwissenschaft: Studium der politischen Systeme*. 2ª ed. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2005.
- SIEYES, Emmanuel Joseph. Bases de l'ordre social ou série raisonnée de quelques idées fondamentales de l'État social et politique (an III). In: PASQUINO, Pasquale. *Sieyes et l'invention de la Constitution em France*. Paris: Odile Jacob, 1998, p. 181-191.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Guilherme Amorim Campos da, TAVARES, André Ramos. Garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa. *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, vol. 5, p. 319-342, ago. 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010.
- SILVA, Raul Campos. A pretensão no BGB alemão e no Código Civil brasileiro: perfis e compreensões. *Revista de Direito Privado*, vol. 105, p. 305-326, jul.-set. 2020.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2019.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. Princípios constitucionais do Direito Eleitoral. *Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político – REDESP*, Brasília, vol. 2, n. 2, jul.-dez. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5788>. Acesso em: 11 jun. 2021.
- TEBET, Simone Nassar. O princípio da democracia e o exercício da cidadania: realidade ou ficção? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 14, p. 231-248, jan.-mar. 1996. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129.
- TUCCI, Rogério Lauria. Aspectos modernos do direito de ação. *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, São Paulo, vol. 2, p. 59-80, out. 2011.
- WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Vol. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 27-34.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

Technology and fundamental rights in the judicial process

Jordi Nieva-Fenoll

Full Professor of Procedural Law (chair). University of Barcelona

1. Introduction. 2. The structural trilogy of procedural rights. 3. The right to an independent judge: Independence and impartiality. a. AI, emotions, and compliance with the law. b. AI as a reflection of social empathy: What about justice? 4. The right of defense. a. Free access, allegations, evidence, conclusions, and enforcement. b. Motivation and appeals. c. An AI defense before an AI judge. 5. The right to res judicata. 6. Conclusions.

Abstract: Before making intensive use of a means as relevant as AI in judicial processes, it is essential to reflect on its impact on fundamental rights. This paper presents a trilogy of rights that includes all the protection that the citizen must have before a court: independent judge, right of defense and right to res judicata. Through this trilogy the use of artificial intelligence tools is analysed. Some tools are already being used or could be used in the proceedings, in particular with regard to the automation of procedures, drafting of judicial documents, risk assessment in interim measures and evaluation of evidence. The objective is to achieve the compatibility of technology with the protection of our main protection as citizens.

Keywords: Artificial intelligence, independence, impartiality, defense, evidence, risk assessment

1. INTRODUCTION

In today's world, the discussion about technology can no longer simply refer to personal computers or other telematics such as GPS¹. It is essential to address the use of a tool that while not new, has in recent years - after several unsuccessful attempts - experienced an unprecedented advancement. I am referring to artificial intelligence (AI), a tool that is invading many fields of everyday life, including justice².

However, mixing AI and justice is not very easy, despite the efforts of the Council of the European Union³. It is not simply a matter of talking about AI and courts or AI and statute law, though both topics open up interesting fields of research. When these areas are approached, a huge philosophical gap⁴ emerges, preventing us from proceeding further.

This gap challenges the very concept of justice, though superficially, and must overcome doctrinal controversies, to determine what contours AI must invariably respect. We should not let AI allow the same type of disaster that has occurred in other areas such as electoral processes, a paradigmatic example being the United States election of 2016. If we do not correctly mark the boundaries that AI must respect in terms of justice, the foundations of our society will be completely altered, and perhaps not for the better.

As Michele Taruffo⁵ recognized, fair judgment occurs when the facts have been correctly ascertained, the law has been properly applied, and due process of law – that

- 1 See Greenberg, E. E. / Ebner, N., "Strengthening Online Dispute Resolution Justice", 19-0032, 7-8-2019, <http://ssrn.com/abstract=3434058>. About the e-Justice projects of the European Union, see Covelo de Abreu, J., "The Role of Artificial Intelligence in the European e-Justice Paradigm – Suing Effective Judicial Protection Demands", in Moura / Novais / Reis ed., *Progress in Artificial Intelligence*, Springer 2019, p. 299. Biard, Alexandre, "Online justice or new Far Www.est? The difficulty of regulating alternative dispute resolution on online platforms", *Revue internationale de droit économique*, 2019/2 (Vol. XXXIII), p. 165-191.
- 2 See Bonet Navarro, José, "La tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos", *Revista CEFLegal*, n. 208 (May 2018), p. 77. Corvalán, J.G., "Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia", *Revista de Investigações constitucionais*, April 2018, p. 295. Re, R.M. / Solow-Niederman, A., "Developing Artificially Intelligent Justice", 22 *Stan. Tech. L. Rev.* 2019, p. 242. Giampiero, L., "Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary", *European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities*, 8(2), 2019, p. 75, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62463-8>. Rigano, C., "Using Artificial Intelligence to Address Criminal Justice Needs", *NIJ Journal*, n. 280 January 2019, p. 1. CUI, Y. *Artificial Intelligence and Judicial Modernization*, Springer 2020. Wischmeyer e.a., *Regulating Artificial Intelligence*, Springer 2020.
- 3 See European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018), p. 7. <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.
- 4 See Binns, R., "Human Judgement in Algorithmic Loops; Individual Justice and Automated Decision-Making", 2019, <https://ssrn.com/abstract=3452030>.
- 5 Taruffo, M., "Idee per una teoria della decisione giusta", en *Verso la decisione giusta*, Turin 2020, p. 360.

is, the procedural rights of the parties – has been respected. These three fundamental pillars, or three conditions, must therefore be met. While the first two pillars are affected by AI, they are addressed in a separate study⁶. In the present work, I will focus on the third pillar, the notion of justice and respect for fundamental rights in the procedural sphere.

The question I will explore is very simple: what impact does AI have on procedural rights? Despite its simplicity, the answer is undoubtedly much more complex.

2. THE STRUCTURAL TRILOGY OF PROCEDURAL RIGHTS

The exposition of the rights that are relevant in procedural matters does not have a doctrinal unity, nor even a certain uniformity. Explained throughout history with various brocards and principles – *audiatur et altera pars, iudicium est actus trium personarum, secundum allegata et probata*⁷, *ne eat iudex ultra petita partium, nemo iudex sine actore, nemo iudex in causa sua*, lawful judgment⁸, etc.–⁹ but formulated for the first time in a somewhat more systematic way, fundamentally in amendments IV, V and VI of the US Constitution –with the addition of amendment XIV.1–. Such tenets have passed through various catalogues of rights around the world with greater or lesser influence, displaying a wide range of aspects that should be considered in the so-called due process of law today. The result is a scattered array of rights and guarantees that should be respected in the process¹⁰. In analysing its content, this extensive list can be organized into three main categories: the right to an independent judge, the right to defense, and the right to *res judicata*.

The first right includes the independence of the judge with respect to the powers of the State. It includes the right to a tribunal established by the law, but also allows study under its content some aspects that affect the autonomy of the judicial function

6 Nieva-Fenoll, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid 2018.

7 Durandus, *Speculum iuris*, Venetia 1585, Parte II, *De Sententia*, § 5, 1. p. 784-785, with the antecedent of Azo, *Brocardica (aurea). sive generalia iuris*, Basilea 1567, rúbrica XX, p. 237: *Iudex debet ex conscientia iudicare, & econtrà.] Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2.&ff. Si fer. vend.1 surreptionem. & de minor. 25. anno.l.minor. Quid miri? nonne sert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica.*

8 This precedent (*legale iudicium*) of the Magna Carta Libertatum of 1215, points 39, 52, 56 and 57, is particularly interesting. It is possibly influenced by the Azo *secundum allegata et probata*, but terminologically it has curious references in Germanic Law: *Sachsenspiegel*, art. 16 y *Liber iudiciorum*, Lib. II, Tít. I, XVIII.

9 On these and other principles, see Nieva-Fenoll, *Derecho Procesal I, Introducción*, Valencia 2019, p. 40.

10 Regarding it and its historical background, I refer to what was discussed in Nieva-Fenoll, *Derecho Procesal I, Introducción*, p. 79.

and that would be difficult to place in the area of independence or impartiality, such as the influence of the media, networks, or even the *communis opinio* of their colleagues in the judicial establishment; in general, all aspects that may influence the emotions of the judge and prevent objectivity¹¹. Thus, since impartiality means dealing with emotions – affection or hatred¹²–, the right to an impartial judge is included within this right to an independent judge. A judge must be isolated from both external influences as well as their own emotions when it prevents them from making a fair judgment.

The right of defense includes all the guarantees that allow people to present their point of view with the reasonable expectation of winning a process. This obliges the authorities to provide free access to the courts, including, minimally, the publicity of the proceedings, the possibility of rectification of the errors of the parties – and therefore, the exclusion of formalism, which is nothing more than a form of authoritarianism – and judicial action without undue delay that renders the defense useless if the tribunal comes too late. The right to formulate allegations, to present evidence and to contradict the positions of the opposing party is also included. Likewise, the right to the motivation of judicial decisions and their enforcement, the right to appeal, and the right to equal parties and legal assistance is incorporated. If any of that content is missing, the defense is no longer efficient, and meaningless.

Finally, there is the right to *res judicata*, that is, the prohibition of repeated judgments¹³, whose oldest precedent is found in the code of Hammurabi¹⁴. It is not admissible to have judgements that lack stability. For this reason, the *non bis in idem* must be valid in any process, not only in the criminal one.

With all the rights exposed, let us now examine how the introduction of AI in the processes can affect them.

3. THE RIGHT TO AN INDEPENDENT JUDGE: INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY

As outlined in the previous section, until now judicial independence has referred to the isolation of the judge from external influences on his person. Thus, the concept of impartiality, usually explained separately, has very different areas of evident contact

11 See Forza, Antonio / Menegon, Giulia / Rumiati, Rino, *Il giudice emotivo*, Bologna 2017.

12 All causes for disqualification have this background, as can be seen by reading any catalogue. See art. 219 of the Organic Law of the Spanish Judicial Power or arts. 41 and 42 ZPO.

13 See Nieva-Fenoll, *La cosa juzgada*, Barcelona 2006, p. 119.

14 Part VI, § 5: “If a judge has tried a case, pronounced sentence (and) deposited the sealed document, if, then, he changes his decision, it will be proven that the judge changed the sentence he had handed down and will pay up to twelve times the amount of what he motivated the cause. Furthermore, publicly, he will be made to rise from his seat of justice (and) he will not return again. He will never again be able to sit with the judges in a process.” See Lara Peinado, F., *Código de Hammurabi*, Madrid 1997, p. 7.

with that of independence, and they are in fact part of the same content. Partiality almost always supposes affection or hatred in the judge for various reasons, in essence. In the background of the lack of independence, however, the emotions of the judge are also to be found since the influence of State powers, factual powers, journalists, or networks is studied under its content, and that emotional influence is equally clear and even more varied by including emotions such as fear. Be that as it may, all of this simply seeks to achieve objectivity in judicial decisions.

By thinking of the judge as a person in formulating these contents, we have until now not had to consider the judge as a machine. In an AI context, does it make sense to speak of an independent judge when a machine, by definition, does not feel emotions? Emotions¹⁵ are a biological survival mechanism that are inconceivable in a machine. They make the human being tend to what his brain perceives, based on their genetic information and life experience, as suitable for the maintenance of life and lead them to move away from what is threatening. This is inconceivable in a machine because of its total lack of self-awareness. Software may be programmed to have automatic defense mechanisms, but it will never feel fear, love, pity, or remorse, and therefore it will not panic or suffer from addictions. This is why that HAL from Kubrick's *2001: A Space Odyssey* was so human, and not really artificial.

To answer the question of whether the concept of independence remains valid in an AI context, two possible scenarios must be formulated: AI assisting the human judge, or AI completely replacing the judge.

The first is already a reality, with AI helping the judge to make the final judicial decision. AI programs such as case law search engines, or more advanced programs that predict risk, such as COMPAS¹⁶ in the US or HART¹⁷ in the UK¹⁸ are still weak in terms of power; in all cases, the machine simply makes a proposal.

With search engines, the judge will search for case law on a subject and the program selects the cases using an algorithm that qualifies them as relevant, excluding others that are left in second place. Usually, the program works by keywords, but it also has thematic searches that can further guide the judge's decision, resulting in the selection being not a simple accumulation of cases that the judge can read to be well informed, but rather the selection of the program that can lead the judge to a certain decision, ruling out other alternatives. In this way, it is possible that a minority of cases is left

15 Hogarth, Robin M., *Educar la intuición. El desarrollo del sexto sentido*, Barcelona 2002, p. 89. Hülstoft, Thomas, *Emotionen*, Munich 2006, p. 14.

16 Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions. See the questionnaire on which it is based in <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html>, as well as its user manual in Northpointe, Practitioner's Guide to COMPAS, 17-8-2012.

17 Harm Assessment Risk Tool.

18 Giampiero, L., "Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary", p. 81.

in the background or underread, which will favour its disappearance. Of course, the algorithm could also favour the opposite, with a minority opinion growing artificially and becoming widespread.

While the simple search for case law already poses some complexity, in a stronger AI tool, such as that used for the prediction of the risk of criminal recidivism, e.g. COMPAS and other similar tools, we find that the way AI guides the judge can be even more precise. COMPAS selects 137 items¹⁹ from a convicted person to try to qualify that person by variables as sensitive as place of origin, social environment, or even political opinions. In making a risk prognosis, such tools qualify human beings in a Manichean way, and thus incline the judge to see a greater danger in people than if a correct evaluation of the facts or judgement were being made.

In other words, it is perfectly possible that an AI tool would validate common social aversions²⁰, that is, negative emotions towards certain groups, thus stabilizing and reinforcing a simple social prejudice in an extremely dangerous manner. Imagine the risk that would arise if the judge were to use the tool not only to assess the risk, but to help in evaluating the responsibility of the defendant in a crime.

The obvious danger is that judges, even when aiming to be independent, have a very powerful tool that can condition their judgment. The judgement would in effect not actually be drawn up by the judge, but rather by whomever sets the algorithm of the tool, a rather dangerous scenario²¹. The series of guarantees to safeguard a judge's independence do not exist for any computer professional, much less in the executive branch that hires that professional.

What would happen if instead being helped by the tool, the judge is completely replaced by it? A substitution could take place for processes that are very simple, such as processes with no opposition, including evictions or payment by summons proceedings. In these cases, danger is minimal because they involve substantially identical issues that the individual judge always resolves in the same way using a very bureaucratic method. But a more complex substitution process could also be introduced for a certain type of claim that is frequent. Currently, judges already classify the processes in this way when preparing judgments, especially when they incorporate some passages of the motivation that they already have prepared in advance in the drafting of the decision. A paradigmatic – and somewhat frightening – example of this is provisional detention and its usually repetitive motivation. The problem already detected in simple assistance tools would be aggravated and systematized in a situation of total replacement.

19 Northpointe, Practitioner's Guide to COMPAS, 17-8-2012, p. 23.

20 Chiao, V., "Fairness, accountability and transparency: notes on algorithmic decision-making in criminal justice", *International Journal of Law in Context*, 2019, 15, p. 126.

21 That was precisely the problem that was somehow left aside in *State v. Loomis* 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). See Tashae, Jason, "Risk-Assessment Algorithms Challenged In Bail, Sentencing And Parole Decisions", *ABA Journal*, March 2017, http://www.abajournal.com/magazine/article/algorithm_bail_sentencing_parole.

Theoretically, it is precisely in certain scenarios where independence and impartiality are identical that AI comes into play; given the lack of emotions, the possibility of external influences on the opinion of the machine would be non-existent. Certainly, this is incontrovertible. But it is necessary to go a little further and assume that with AI we must not imagine the artificial characteristics that we have seen in so many films, that deep down they are humanlike, even if we are led to believe otherwise. Rather, it is a tool that when receiving external influences like those that can be exerted on a judge, it will not change its judgement at all due to lack of any opinion, emotion, or prejudice. The decision is simply made by following the algorithm, and any external influence is therefore unimaginable. A person might fool the machine with misinformation, but obviously any action that seeks to generate an emotion will have no effect on it.

In this situation, it is not so much the judge that ought to be controlled, but the IT professional who develops the algorithm. This has many drawbacks but also some advantages. On one hand, an undemocratic power such as a company – either private or public – could become the owner and manipulator of our justice system, despite any guidelines given by a government, or even the judiciary itself. But one advantage could be that AI might enable better law enforcement.

a. AI, emotions, and compliance with the law

In an imagined scenario, AI could make judicial decisions without the emotions of a judge, but with the emotions of the algorithm programmer. This would have the disadvantage of not making the machine as theoretically controllable as the judge, who is guided by the checks and balances of the legal system in place for this purpose.

But let us suppose that thanks to the democratic mechanisms established for the appointment of the judge²², the programmer is determined to be neutral, and therefore does not reflect the emotions typical of this person in the elaboration of the algorithm. In that case, the algorithm would simply collect what is ordered by the legal system. However, the AI tool would not be free of those emotions; laws reflect the emotions of their legislators, defending what they consider to be fair. Essentially, laws are not neutral, but rather the product of what human beings who are more or less democratically represented consider fair at a specific moment in history. I will comment more on this point in the next section.

The idea that AI can enforce the application of the law in a strict manner, without nuances, even taking into account the ideas put forward by the legislator in the legislative iteration that are so often forgotten because of the very extensive compilations of parliamentary debates, is interesting. The greatest positivists, Montesquieu²³ and

22 See Nieva-Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, p. 121.

23 Montesquieu, Barón de, (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, reed. of Paris 1748, Paris 1979, I, p. 301.

Bentham²⁴ being among the most influential, would most likely be pleased to see that type of judge at last, a mouth that pronounces the words of the law without adding anything else.

The positive side of this would be that the law would not be manipulated *a posteriori*, as sometimes happens, but rather always be applied with its original intention. If the operation were carried out at a global level throughout the legal system, the law would always be applied in the same way, thus efficiently imposing the moral or collective behaviour that the legislator had wanted. What is so feared in the application of the law by a machine would suddenly be desirable; we would no longer wait for what each judge thinks or says, and the judicial decision would be foreseeable. This would undoubtedly avoid the conflicts that so often occur when trying one's luck before the court and taking advantage of its deficiencies, as well as the logical differences of opinion among judges. In this way, AI would no longer be a danger, but rather an essential guarantee of compliance with the rules.

The problem is that laws cannot be static in the way that several religions and more than a few dictators²⁵ have imagined. They must adapt to the times, or end up sending Galileo Galilei to the fire, and for this the work of the judge is essential. In their mission to analyse the specific situation in which the rule is to be applied, they must observe the nuances of that situation and determine the best application for it. While this makes the application of the law less predictable than what a mathematician would accept or what an AI programmer would imagine, it is precisely what will guarantee that the law does not enter as a foreign body into people's lives, but reasonably regulates their coexistence.

b. AI as a reflection of social empathy: What about justice?

It is worth wondering whether it would be possible that one day AI could determine the general feeling of the population and what they are empathic to at a certain moment, which, after all, is what justice tries to reflect.

At present, we are served by a more static operator, the legislator, who collects supposed social consensus on what is appropriate at all times and we recommend citizens to comply with it, even if they may not agree, provided that the public power behaves according to the mandate that the citizens gave it at the polls. Hence, keeping electoral promises is very important, as is the essential prudence that should inspire making them. In addition, given that the law does not always apply by itself – despite the recommendations to obey it – nor can it provide for all the specific cases in which it is called upon to apply, we need the judge. That judge, with the help of the legal text,

24 Bentham, J., *Introduction to the principles of morals and legislation*, London 1823 (1. ed. 1780), p. 272.

25 See the word “immutable” in section VII of Decree 779/1967, of April 20, which approves the consolidated texts of the Fundamental Laws of the Kingdom of Spain. BOE n. 95, of April 21, 1967, p. 5250.

will act as legislator in each concrete situation, state what must be done, and settle the conflict that arises in the process dictating the rule applicable to that situation.

This is the system that has worked so far. We trust that the democratic system will provide a legislator who reflects our feelings and way of thinking in the rules, and we hope that the judge, as a member of our community, will carry out their work by applying empathy, or equity, by trying to truly hold on to it and not to other emotions that they may feel individually. That is why we require judges to be independent.

Perhaps one day AI can go further, however. Today it is already quite easy to determine what the majority of the people think in a specific case thanks to social networks and the opinion studies that politicians rely upon. Until now, we have counted on the judge to proceed with the application of that social sentiment, combining it with knowledge of the law, thus making the judge a sort of representative of the social consensus that guides our species to live together. We perceive their decisions to be unfair when they depart from that social consensus.

If in the future it were possible for AI to capture in real time what people feel and also had the content of the legal system included in its algorithms, it could condense the concept of justice that we have been following from the start: a correct application of the laws to well-established facts while respecting fundamental rights²⁶. This would also provide the advantage that judgment would not be biased, with some element of the proposition weighing more than the other. In some situations, citizens want the facts or the law to be manipulated to produce the sentence they consider fair, while in reality it is unjust. This is something that happens regularly in the criminal process.

This scenario would be impossible with a machine unaffected by such social influences. While capturing social sentiment, it would only apply it in a judgment if the facts were not falsified or the will of the legal norm was not distorted. We would have, at last, a fair judge, and reached that desired end that we continuously struggle to define accurately: justice.

If the algorithm, which would be rather complex, is configured incorrectly, a danger arises. Initially, it would emerge as a tool to support the judge, pointing out the alternatives of the rule to the factual situation evaluated with the help of another artificial intelligence tool, evaluating the evidence presented in the process. Finally, the eventual social acceptance of the judgment would be communicated, proposing various meanings. Would that be better than what until now we have called the common sense of a judge²⁷, *Erfahrungssätze*, or maxims of experience²⁸,

26 Again, Taruffo, M., "Idee per una teoria della decisione giusta", en *Verso la decisione giusta*, Turin 2020, p. 360.

27 See the "buon senso" de Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, reed. of Acquarelli de Bussolengo 1996, de la ed. de 1764, p. 45. See also Blackstone, William *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, Philadelphia 1867, p. 290-291.

28 Stein, Friedrich, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893, p. 14-15.

moral certainty²⁹, *sana critica*, or sound criticism³⁰, or *intime conviction*, or intimate conviction³¹?

The individual judgment of each judge is always variable and insecure. On the other hand, what AI proposes would be predictable and, in any case, duly motivated, even with statistical support. It is not a question of thinking about whether this would be better or worse because it is obvious that in scientific terms it would be better; suddenly, judicial ruling would become completely objective. It would seem less human, even though AI is clearly human, having been built by humans. But the world would quickly get used to the situation, and possibly even lead to the drafting of laws, making popular consultations and referendums unnecessary. If the machine is capable of truly determining what the people are thinking, something as static as the law is unnecessary.

One day soon we will have to make the decision on whether we want that world. Human opinion is volatile and fickle, and a constantly changing orientation may not be operational. It is possible that a certain stability in the social will may also be considered fair, just as now we do not constantly hold referendums on the same matter.

Despite the fact that AI will be able to identify in real time what seems right to us, it is quite probable that we will respect the old stability that the law gave as an expression of the general will in the past, and we will program the algorithm of justice to decide in a certain sense from a certain time, at least until a consensus is reiterated, constant and stable. Ultimately, this is the same thing a politician does when considering a change in the law. They usually expect a social consensus on the matter, and when they believe that it concurs and is stable, they proceed to initiate the legislative procedure. So will it be in the future, perhaps.

In such a situation of extreme AI development, the role of the judge will be considerably reduced to that of guarantor of the correctness of the algorithm. The judge will have to observe if the perception of the machine coincides with their own and report a malfunction if this is not the case. This may induce some kind of mental laziness³² that will have to be avoided through stimuli and mechanisms that obligate them to think in the future.

29 Llobell Tuset, Joaquín, *La certeza morale nel processo canonico matrimoniale*, en: “Il Diritto Ecclesiastico”, 109/1, 1998, p. 771. See also Aliste Santos, Tomás-Javier, *Relevancia del concepto canónico de “certeza moral” para la motivación judicial de la “quaestio facti” en el proceso civil*, *Ius ecclesiae*, Vol. 22, n. 3, 2010, p. 667-668.

30 Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración de 30-12-1846 (Gaceta de Madrid 21-01-1847, nº 4512, p. 1), art. 148. Carmignani, Giovanni, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. IV, Pisa 1832, p. 76.

31 Arts. 312 and 342 of the french *Code d’instruction Criminelle* of 1808.

32 See Calamandrei, Piero, *La Cassazione civile*. Vol II. Milan 1920, en: “Piero CALAMANDREI, Opere Giuridiche, Vol. VII, 1976”, p. 67.

4. THE RIGHT OF DEFENSE

The plural content of the right of defense has already been explained previously³³, and in fact illustrates a beautiful and detailed summary of our idiosyncrasy and culture, and how throughout history we have conceived processes to make them seem fair in the sense that one could be certain that the judge had listened and taken into account what was said. Hence, its most archaic formulation³⁴ is precisely the principle of a fair hearing, which is, in fact, the broadest and most intuitive rubric of this right.

However, it is precisely because of these historical reasons that much of its content only makes sense taking into consideration the figure of the judge as a human being. Most of that content is aimed at remedying the judge's weaknesses, not in terms of emotions, but rather by capturing their full attention in order to have them best resolve a case by listening carefully to the information provided by the parties.

Something like this is inconceivable in a machine, which is attentive by default and never gets lost, and this is why this perspective is so interesting. Beyond all the tools that already exist to help a judge to assess evidence or motivate, let us imagine the situation presented in the previous section, one in which the judge is itself a machine.

a. Free access, allegations, evidence, conclusions, and enforcement

A good part of the very important and traditional guarantees of the right of defense are left behind almost definitively with AI, and therefore the following explanation will be brief.

All claims would be accepted without formal obstacles, complying only with the requirements established by the application that sometimes, as we already know from many flight contracting websites, among others, can be a bit bureaucratic. Such bureaucracy is very human and would disappear quickly, however. What the machine would do is locate us in a system in which we are already fully identified, and it would proceed with our request, without further ado, transferring the request to the opposite party, who is also identified and located automatically. The entire process would be so public that it would be accessible online for anyone to verify its regularity. And it would be executed immediately, making undue delay unimaginable.

The allegations of the parties would be registered and the evidence – mainly documents, including multimedia documents and expertise – would be automatically evaluated, verifying that they confirm or deny what the parties have stated, and in the

33 Section 2.

34 Numbers 35:12: *"The cities will be for you as a refuge from the avenger, so that the murderer does not die until he appears before the congregation for judgment."*, or Demosthenes, *Contra Áfobo*, I, 2-4.

case of expert evidence, accrediting in an automated way the *Daubert*³⁵ criteria, to which more checks or items would likely be added in the future to complete them³⁶. It is very likely that the testimony of the parties would disappear from the civil process because it is a simple repetition of what was said initially by the lawyers and because it is impossible to truly determine whether a person is lying or not, even within the parameters of the psychology of testimony³⁷.

For the same reason, witnesses would be exceptional, as indeed they are becoming more and more irrelevant in the systems where there is no jury. They made sense at a time when the truth had to be proven this way due to lack of documentation or lack of credibility of those documents. Today, witnesses are mostly expendable. This is true even in the criminal process, since in the face of the avalanche of technological evidence – again, documentary and expertise – crimes are seldom ascertained by the credibility of the witnesses, which is always very precarious. Credibility analysis may be reserved exclusively for victims, and it is very likely that it is not judges who value the testimony, but psychologists through cognitive interviews and personality tests.

The same can happen with defendants in the criminal process. The risk is that they are evaluated not by the acts for which they are accused, but rather by their personalities, as occurs with COMPAS, which should be avoided in any case since no one can be condemned for how they are supposed to be, but because of what they actually did. We cannot fall into a situation analogous to the film *Minority Report* in which crimes were prevented before they were committed by predicting what actions people were going to take.

For this reason, the possibility – never the obligation – of the defendant to provide defense evidence must always be respected. The validity of the presumption of innocence, initially conceived to keep judges away from the social prejudice of guilt³⁸, that is, to guarantee their independence, must remain essential. But it also plays a role

35 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997) and *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999). See also Rule 702. Testimony by Expert Witnesses of the Federal Rules of Evidence.

36 See Vázquez, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015, Nieva-Fenoll, “Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial”, en AAVV, *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona 2017, p. 85, and before Dondi, Angelo, “Paradigmi processuali ed ‘expert witness testimony’ nel diritto statunitense”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, p. 261, Auletta, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padua 2002. Ansanelli, Vincenzo, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milan 2011, Taruffo, Michele, “Prova scientifica e giustizia civile”, en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Rome 2017, Bardi Edizioni, p. 241. Faigman, David L., “The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science”, *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 *UC Davis Law Review* 2013, p. 104. Fournier, Lisa R., “The *Daubert* Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control”, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, p. 308. Haack, Susan, *Evidence Matters*, Cambridge 2014, p. 121.

37 Manzanero, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008. Diges, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos”, *Jueces para la democracia*, n. 68, 2010, p. 51. Mazzoni, Giuliana, *Psicología della testimonianza*, Rome 2015.

38 See Nieva-Fenoll, *La duda en el proceso penal*, Madrid 2013, p. 75.

in evidentiary matters that becomes more relevant when the use of AI could lead to the temptation to judge subjects only by aversion to their personalities. In this situation, independence must be ensured in programmers, and the propensity that they have to condemn because of risk forecasts³⁹ must be avoided. The presumption of innocence fulfils its mission precisely in this situation, and will potentially become more prevalent with AI risk prediction programs if we fail to effectively override them first.

The dialectical contradiction of the conclusions in the trial, once evidence has already been examined, would hardly enrich the debates. Once allegations have been raised and the evidence presented, the machine would decide.

The machine would enforce the civil judgement. Enforcement, an activity that is already essentially administrative and at times almost bureaucratic⁴⁰, would become automatic. AI would look for the goods of the parties and would liquidate them to satisfy the debtor. It is possible that given the ease of the tools, most judgments condemning the debtor to give, to do, or to forbid doing something would be replaced by financial compensation, leaving only a few judgments for essential *in natura* enforcement that would require complementary activities.

In the criminal process, all activity would consist of locating the offender to proceed with enforcement of the sentence. In the case of prison admission, AI would be particularly essential. Risk prediction programs⁴¹ already play an essential role in this regard and will continue to do so in the future.

b. Motivation and appeals

The motivation of the judicial decisions would be conceived so that the citizen has an answer to what they raise, but it would be based on the application of the legal system in the same way seen when dealing with independence. Therefore, it is quite probable that it becomes synthetic and contains references that are difficult to refute before the implacable application of the decisions conditioned by the algorithms.

39 See Grace, J., "Machine learning technologies and their inherent human rights issues in criminal justice contexts", 2019, <https://ssrn.com/abstract=3487454>.

40 Carreras Llansana, Jorge, "Jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso", in *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. 2 Madrid 2005, p. 1287 and Carreras Llansana, *El embargo de bienes*, Barcelona 1957, p. 95. Nieva Fenoll, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona 2006, p. 139. Rosenberg, Leo / Gaul, Hans Friedhelm / Schilken, Eberhard, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 1997, p. 11-13.

41 Litinetskaia, Marina, "Dangerosité, délinquance et passage à l'acte: psychopathologie et predictivité", *Annales Médico-Psychologiques*, 2012. Redondo Illescas, Santiago / Andrés Pueyo, Antonio, "La Psicología de la delincuencia, y Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia, ambos en: *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, vol. 28, n. 3, 2007 (number "Predicción de la violencia"), p. 147 and p. 157 respectively. Andrés Pueyo, Antonio / López, s. / Álvarez, E., "Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la SARA", *Papeles del Psicólogo*, 2008. Vol. 29(1), p. 107. Pérez Ramírez, Meritxell / Redondo Illescas, Santiago / Martínez García, Marian / García Forero, Carlos / Andrés Pueyo, Antonio, "Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales", *Psicothema* 2008, Vol. 20, nº 2, p. 205.

In fact, a motivation of the style that we are used to today it is not even expected, but it is possible that a very plain and simple explanation of the resolution is developed for the citizen to understand. What is relevant in questioning a resolution will not be, as is now, the “reasons of the judge”, but the internal functioning of the algorithm.

The algorithm must be disclosed, in any case, or justice will be even more inextricably arcane than it already is today. The only method of questioning the resolution would be to discuss the operation of the algorithm and explain why a specific case has not been correctly decided. There will be no other possible option if there is total dominance of AI over judicial decisions. Appeals could continue to occur, but their configuration would be different⁴².

In the argumentation of the appeal, it would be necessary to analyse the statistics of states of opinion to which I referred, as well as the case law or statute law followed by the algorithm, thus determining their correctness. In terms of the facts that had been declared proven, the operation of the machine could be discussed in terms of its predictions and evaluation of the antecedents in its databases, the only means through which it can decide, arguing that the situation evaluated in the specific case is different from what had happened in the past. But it would not be easy to contest the decision of a machine.

AI would lead to the disappearance of the supreme courts. With the law precisely laid out with all its legislative history, intentions, and objectives of the legislator well defined, a supreme court has absolutely nothing to add, and would return to its origins in the English process: the House of Lords, in which the Court of Cassation, always *auprès du corps législatif*, was nothing more than a mockery⁴³. It would certainly be reinstated in that legislative power.

c. An AI defense before an AI judge

One of the most surprising consequences of AI entering the courts would take place in the criminal process. With no issue of independence in the machine, the application will both investigate and judge without the need of a prosecutor’s office since neither an accusation is necessary to guarantee the impartiality of the judge, nor a guarantor of legality since the AI tool is its own guarantor of itself. In fact, its creators are the guarantors of the entire process. Consequently, today’s process scheme would no longer make sense.

Aside from this, the defense concern will probably focus more on the extra-procedural sociological and economic realities of the parties when it comes to hiring a good algorithm reviewer with the deep legal knowledge to be able to properly

42 The subject is indirectly raised in a very interesting way by MORSE, S.C., “When Robots Make Legal Mistakes,” *Oklahoma Law Review* 72, n. 1, autumn 2019, p. 213.

43 Nieva-Fenoll, “El origen inglés de la casación francesa”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. I, 2020.

present allegations and evidence so that the machine favours its client. Legal assistance could work this way in the future. Formally, as already occurs in our laws at present, the equality of arms will be total. This will likely avoid many lawsuits in the face of relentlessness in the application's decisions, although it is foreseeable that others would emerge in evaluating the options presented by the algorithms. It would be very interesting to prepare the defense under such conditions in this futuristic scenario.

However, much of the defense would also use AI at a much more advanced level than at present⁴⁴, in which we focus only on compiling case law orientations and success rates in cases⁴⁵. In some cases, it would be so obvious that the judicial application itself may dispense with the defense as it is so systematically predictable that it would be given by default to the litigant, at least in the most frequent cases. With this measure, lowering the costs of justice would be a reality.

In other more complex cases, however, it is possible that a new, surprising situation might occur: a machine judge would face machine lawyers. The judicial and legal aid applications, both AI tools, would interact with each other. A jurisdictional application would carry out the work of analysis of the law and evaluation of the evidence, while another tool carries out exactly the same work but with a partial bias that the machine must discover. Hence, if currently it is useful for the litigants' writings to be as objective as possible, in the future that requirement would be truly imperative. The machine would not be impressed by elegant pleas but would need the colder and more verifiable data. Not even Plato when writing the *Gorgias* could have imagined that one day the dangers of rhetoric could thus be eliminated.

5. THE RIGHT TO RES JUDICATA

Res judicata is nothing more than a prohibition of the repetition of judgments⁴⁶, which has served us for millennia to prevent the legal uncertainty derived from the possibility of a processes that totally or partially dealt with the same object being repeated. Usually, these cases are difficult to identify, despite frequent attempts by the doctrine to simplify the analysis of the issue, something that infrequently made it even more complicated.

With a process completely governed by AI, however, this problem disappears. Using large databases that are crosschecked with each other, the machine may detect

44 On the current situation, with particular attention to predictive justice, Goodman, C.C., "AI/Esq.: Impacts of Artificial Intelligence in Lawyer-Client Relationships," *Oklahoma Law Review* 72, n. 1 (Autumn 2019), p. 149. See also Taylor Poppe, E.S., "The Future Is Bright Complicated: AI, Apps & Access to Justice," *Oklahoma Law Review* 72, n. 1, autumn 2019, p. 185.

45 See Barona Vilar, S., "Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?", *Rev. Boliv. de Derecho* Nº 28, July 2019, p. 41, commenting on the use of Jurimetry.

46 Nieva-Fenoll, *La cosa juzgada*, Barcelona 2006.

definitive judgments that are incompatible with the current claims of the parties. In other words, duplications will be much easier to spot.

The difficulty that will persist, however, is the determination of cases in which the algorithm must detect this duplication. We are currently solving in a somewhat drastic way the dilemma that arises, for example, in the face of a property claimant by usucaption who previously tried unsuccessfully to bring a claim on the same item. We sanctioned the claimant with estoppel and prevented him from starting that new process.

But with AI, this impossibility must be foreseen in the algorithm so that it will be necessary to determine once and for all what we consider resolved and what opportunities to revisit the case can be given to the litigants. It is possible that the legislator's configuration would be drastic, but it is advisable not to use absolutely inflexible criteria that could cause injustices. In any case, the opportunity to return to matters already decided will probably be increasingly marginal in this possible future.

6. CONCLUSIONS

Although it is quite difficult to speculate about future events, it is quite certain that our protection of procedural rights will have to be modified with the introduction of AI in the processes in a much more decisive way than at present. The guarantees that we have are designed to remedy the weaknesses of human beings, mainly judges, once again showing that these rights, like others, are a protective shield for citizens against the enormous power of the State⁴⁷.

If in the future the litigant deals primarily with an AI application, and not with a human, the protection of such rights must be reoriented. We should no longer be so concerned with the independence – and impartiality – of the judges, but rather with that of black box programmers. Likewise, the defense will have knowledge of the algorithms of the tool which is being used; without it, it would be very difficult to question the decisions of the machine. It also runs the risk of being guided by the simple statistical variables of big data. No one should be condemned for having a certain profile; their participation in facts must be ascertained by applying the law in accordance with regulations that will probably be elaborated in a more democratic way, taking much more into account the feelings of the citizen.

Finally, *res judicata* will not cause the problems that it does today. With all court decisions stored in a database, repeated judgments will fortunately be kept to a minimum.

47 Locke, J., *Two Treatises of Government*, II, Cambridge 1963, p. 377 (137). BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I, London 1791, p. 126.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

Autonomia federativa dos Judiciários Estaduais e sua participação da formação da vontade judiciária central. O federalismo e o Judiciário brasileiro¹.

Federative autonomy of the State's courts and their participation in the formation of the federal courts decisions. The Federalism and the Brazilian Judiciary.

Paula Sarno Braga

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Bahia (UFBA) and at the Baiana Faculty of Law, Brazil. Ph.D. and Master in Laws (UFBA).

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Estado e suas formas (unitária e composta). - 3. Estado Federal e sua caracterização: 3.1. Noção geral; 3.2. Descentralização política (produção normativa

¹ Este artigo é resultado dos estudos do estágio de pós-doutoramento realizado junto à UERJ, sob a supervisão do Professor Doutor Antonio do Passo Cabral, e, portanto, produto das atividades do grupo de pesquisa “Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo”, vinculado à Universidade Estadual do Rio de Janeiro, bem como produto das atividades do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, ambos cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (respectivamente, nos links <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/91937>, e dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esses grupos são membros fundadores da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

própria e autoadministração). Participação das vontades parciais na formação da vontade normativa central. O papel da Corte Suprema. - 4. A “autonormatização” e o Judiciário local. Descentralização da produção normativa judiciária. - 5. “Autonormatização” da organização judiciária. Auto-organização e autoadministração judiciária. - 6. A indevida extensão do princípio da simetria e o Judiciário Local: primeiras reflexões. – 7. Peculiaridades federativas da organização e administração da Justiça Eleitoral. – 8. Participação das vontades judiciárias parciais na formação da vontade judiciária (inclusive normativa) central. 9. Nota conclusiva. - Referências.

RESUMO

Trata-se de ensaio que visa a analisar o federalismo brasileiro na óptica do Poder Judiciário, de forma a identificar sua descentralização política, estática e dinâmica, com a existência de Justças locais que titularizam poder normativo próprio (jurisdicional e regulamentar), bem como poder de autoadministração (voltado para organização do Judiciário local) e, ainda, competência jurisdicional residual - destacando-se a necessidade de composição equilibrada e federativamente heterogênea de órgãos centrais do Judiciário.

Palavras-chave: autonomia federativa; Judiciário estadual; composição de tribunais e do CNJ.

ABSTRACT

This essay aims to analyze Brazilian federalism from the perspective of the Judiciary, in order to identify its static and dynamic political decentralization, with the existence of local courts that hold their own normative power (jurisdictional and regulatory), as well as a self-administrative power (aimed at organizing the local Judiciary), and also a residual jurisdiction - highlighting the need of a balanced and federatively heterogeneous composition for central bodies of the Judiciary.

Keywords: Federal autonomy; state’s Judiciary; composition of Courts and CNJ.

INTRODUÇÃO.

São comuns os escritos que se ocupam de tratar do federalismo no contexto administrativo e legislativo (e tributário/financeiro). Difícil, contudo, identificar, na doutrina brasileira, a existência de estudos do federalismo na óptica do Judiciário - i.e., dos seus órgãos, da sua composição, de suas competências, tampouco na perspectiva do seu principal instrumento de trabalho, utilizado na prestação dos serviços jurisdicionais, que é o processo.

Dá a proposta da presente exposição de trazer à tona algumas reflexões iniciais sobre o Judiciário e o Federalismo, em especial em torno da autonomia que deve ser assegurada aos Judiciários Estaduais, titulares que são dos poderes de “autonormatização”, auto-organização e autoadministração.

No federalismo brasileiro, é importante identificar a existência de uma descentralização estática e dinâmica também no contexto do Judiciário, marcada pela criação de Justças locais que: produzem normas locais (seja por precedentes, jurisprudência e súmulas do

Tribunal de Justiça, seja por atos regimentais e regulamentares dessa mesma Corte); organizam e administram seus órgãos jurisdicionais e auxiliares; e exercem amplíssima competência jurisdicional residual, por exclusão.

Demais disso, registra-se a preocupação de destacar a necessidade de participação equânime das vontades parciais (no caso, as estaduais) na formação da vontade central (manifestada em contexto federal) também no âmbito do Judiciário, com a garantia de uma composição heterogênea e equilibrada de órgãos como o STF, o STJ e o CNJ.

Eis, em breves termos, o desafio a ser enfrentado nas páginas seguintes.

1. ESTADO E SUAS FORMAS (UNITÁRIA E COMPOSTA).

É necessário definir, estruturalmente, a *forma* que assumirá o Estado; é dizer, a forma como será exercido esse poder político, que pode ser mais ou menos centralizada.

Quando há maior centralização e unidade de poder sobre a população e território em que se situa (ex.: França² e Chile), pode-se dizer ser o Estado *unitário*.

Se há descentralização e repartição do poder por unidades territoriais com competência e organização governamental própria e autônoma, como se dá nas federações (ex.: EUA e Brasil)³⁻⁴, o Estado se diz *composto*.

2 Em 2015, a República Francesa viveu uma reforma territorial, para: reduzir número de regiões de 22 para 13: definir novas capitais, que assumem organização administrativa do território; ampliar a repartição de competências entre comunas e, nelas, agrupamentos. Diz-se que, com isso, deixa de ser Estado unitário para ser um Estado intermediário (CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Federalismo, centralização e princípio da simetria. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4548, 14 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45081>. Acesso em: 7 ago. 2021).

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98 e 99.

4 Há variações dessa sintética classificação, com categorias intermediárias. Fala-se em *Estado unitário descentralizado*, que não se confunde com o federal, pois não há autonomia político-constitucional dos entes internos, que são dependentes do poder central, ficando sujeitos à sua vontade, sobretudo a legislativa. É o caso do Estado brasileiro na fase imperial. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50 e 51). Na verdade, todo Estado, mesmo dito estritamente unitário, tem grau mínimo de descentralização. “Seria impossível a um Governo querer estender a sua eficácia até os limites do território sem, ao mesmo tempo, adotar alguma forma de descentralização. Mesmo as cidades-estado na Grécia antiga se valeram, ainda que em escala reduzida, deste recurso. Não houve necessidade de exercitá-lo com mais intensidade em razão das exíguas dimensões territoriais dessas organizações políticas”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação e a constituinte*. São Paulo: Themis, 1986, p. 13; assim também, Schwartz, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 48). A descentralização decorre da atribuição do poder de decidir a entes descentralizados. Diz-se que a descentralização será *administrativa*, quando só lhe é conferido poder de produzir decisões individuais; será *legislativa*, quando lhe é conferido poder de produzir decisões ou normas gerais e abstratas (de interesse local); será *política*, quando for, ao mesmo tempo, administrativa e legislativa. Entretanto, mesmo diante de uma descentralização mínima (de natureza administrativa), o Estado não deixa de ser unitário, na medida em que essa descentralização fica ao alvedrio do poder central, que pode interferir na sua existência e amplitude, normalmente por simples iniciativa legislativa (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50 e 51; MELLO, José Luiz de Anhaia. *O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas*. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 49). Outra forma intermediária é a do chamado *Estado regional*, autônomo ou constitucionalmente descentralizado (ex.: Itália e Espanha). São casos em que há

A descentralização tem suas vantagens.

Permite que o ente descentralizado tome decisões mais adequadas, rápidas e efetivas para a solução dos problemas daquela região ou localidade, já que os vivencia e administra com maior proximidade e intimidade.

Além disso, a repartição e distribuição do poder por entes diversos é uma forma de dividi-lo e, pois, limitá-lo (o poder), preservando a liberdade particular e inibindo o arbítrio estatal. Como a população destinatária das decisões proferidas no exercício deste poder repartido e desconcentrado encontra-se mais perto do ente que o exerce, pode interferir e fiscalizar melhor esse processo decisório⁵.

Tudo isso é assegurado, em maior ou menor medida, no Estado federal, por ser forma estatal em que a descentralização é acentuada, descentralização esta que pode ser vista não só em perspectiva estática (da eficácia normativa) como também dinâmica (da competência e do procedimento de produção da norma).

Estaticamente, há descentralização porque:

i) há normas com validade em todo território nacional, que compõem uma ordem jurídica parcial *central* e constituem uma comunidade jurídica (ou ente) correlata (a “federação”); ao lado de

ii) normas com validade territorial limitada a dada região ou localidade, integrando uma ordem jurídica parcial *regional ou local* e instituindo uma comunidade jurídica (ou ente) periférica (os chamados “Estados componentes”)⁶.

“Desse modo, cada indivíduo pertence, simultaneamente, a um Estado componente e à federação”⁷.

E, *dinamicamente*, há descentralização política de competência (administrativa e legislativa) que, em vez de ser concentrada em uma comunidade jurídica central, é partilhada com comunidades jurídicas regionais e locais⁸.

uma descentralização política decorrente do próprio texto constitucional e, pois, constitucionalmente estável. Não fica sujeita à mera vontade do poder central (i.e., poder constituído central), só podendo ser alterada por vontade Constituinte, ou seja, da mesma forma que se modifica a Constituição. Esses entes internos ou regiões não têm um poder constituinte próprio, sendo organizadas por lei central. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2004, 3 v., p. 275-280; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51 e 52; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99).

5 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

6 KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 452 e 453.

7 KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 452 e 453. Coexistem, desse modo, ordens jurídicas *parciais* (central e regionais/locais) que são parte da ordem jurídica *total* do Estado federal, assim como comunidades jurídicas parciais (o ente central, chamado de “federação”, e os regionais/locais) que integram a comunidade total (o Estado federal total).

8 KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 433, 440-442 e 451-453; TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 60-63 e 98; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 127-132.

Colocando-se em poucas palavras, pode-se dizer que essa descentralização estática e dinâmica que modela o Estado federal se configura nos casos em que os enunciados normativos válidos para o território de apenas um Estado-membro (ou Município, como no Brasil) sejam aprovados pela legislatura local eleita pelos cidadãos dessa unidade parcial federada; e aqueles válidos para todo território do país sejam decorrentes da legislatura central e federal.

Importante acrescentar a esse raciocínio usual a noção de descentralização judiciária (estática e dinâmica). No Brasil, implica reconhecer a existência de Judiciários locais com poder de produção de decisões judiciais estaduais como fonte de enunciados normativos gerais, i.e., precedentes, jurisprudência e súmulas, que projetam efeitos persuasivos ou até mesmo vinculantes para órgãos jurisdicionais do Estado-membro, quando decorrentes do Tribunal de Justiça do Estado (o que se pode extrair de uma interpretação sistemática e extensiva dos arts. 332, IV, 926, 927, e 955, parágrafo único, CPC, a ser tratada mais adiante). Seria, p. ex., o caso daquelas decisões oriundas do julgamento de IAC, IRDR, oriundas do Plenário do TJ, ou que resultam em entendimentos sintetizados em súmula local etc.

Perceba-se, ainda, que, também é expressão disso a competência dada aos Estados-membros para organizar e administrar seu próprio Judiciário.

Mas não existe um modelo único e rígido de federalismo.

Há, isso sim, mais de um modelo de Estado federal, com graus de descentralização diversos. Cada um assume o formato constitucionalmente delineado para aquele Estado determinado. De todo modo, isso não impede que sejam apontadas características comuns que, juntas, estruturam a forma federativa.

2. ESTADO FEDERAL E SUA CARACTERIZAÇÃO.

2.1. Noção geral.

Há uma multiplicidade e variedade de Estados federais em todo mundo, com características distintas. São experiências federalistas com considerável diversidade de soluções, o que revela a sua maleabilidade e capacidade de adaptação, aos novos tempos, aos diferentes povos e distintas ideologias⁹.

Por isso, pode-se dizer que “Estado federal” é conceito vago e indeterminado¹⁰, o que implica que, em abstrato, só haja um centro essencial de sentido, abrangendo aqueles elementos que, somados, permitem que se identifique a presença desse modelo estatal.

9 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 147.

10 CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 58 e 59.

Preliminarmente, pode-se dizer que se caracteriza o Estado federal, basicamente, pela: *i*) junção de pluralidade de unidades políticas (central e periféricas); *ii*) indissolubilidade do vínculo que as une¹¹; *iii*) partilha de poderes e competências entre unidades parciais (central e periféricas)¹², de modo que se assegurem descentralização e a autonomia (inclusive política) a estas últimas – sem excluir a necessidade de centralização e a possibilidade de intervenção daquela primeira, nas hipóteses constitucionalmente previstas; e *iv*) a criação de uma Corte Superior que atue como guardiã da Constituição Federal e, pois, da federação¹³.

Tem-se, ainda, como da essência do federalismo brasileiro, o chamado *princípio da subsidiariedade*¹⁴⁻¹⁵, segundo o qual a cada nível de poder devem ser concedidas as competências que melhor podem exercer¹⁶, de modo que nada deve ser exercido

- 11 União indissolúvel esta que pressupõe previsão constitucional, segundo ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 536.
- 12 Garantia da participação da vontade parcial na formação da vontade central (tema a ser mais desenvolvido adiante), cf. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 538.
- 13 Em grande parte, visão de HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 54, 1982, p. 58. Outras características existem que não são aí colocadas por serem questionáveis, controversas ou acidentais – não revelando pertinência para o epicentro desse trabalho -, motivo pelo qual são eventualmente abordadas em notas de rodapé.
- 14 Inicialmente, a subsidiariedade era vista como princípio filosófico ou política social almejada, quando abordada por autores como Aristóteles e Dante Alighieri e, mais recentemente, na doutrina social da Igreja. O princípio da subsidiariedade, em termos jurídicos, se origina do Tratado do Direito Comunitário europeu (Tratado de *Maastricht*, em especial no art. 3B). A ideia é a proximidade das decisões e dos cidadãos a que se destinam. Em termos de competência, lá estabelece que a competência da Comunidade Europeia deve ser reservada para casos em que a atividade não possa ser suficientemente realizada pelos Estados-membros ou seja, quando se justifique, em razão do alcance e das repercussões dessa atuação, que seja melhor realizada no plano comunitário. É o que sintetiza Raul Machado Horta ao afirmar que: “A regra de competência concebe o princípio em função dos critérios da realização suficiente, quando se tratar dos Estados-membros, e da *melhor* realização, no caso da Comunidade”. (HORTA, Raul Machado. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 21, 2002, p. 153-161). Sua primeira manifestação em termos de Direito constitucional dá-se na previsão do art. 23 da Lei Fundamental da República Alemã, quando é colocado dentre os princípios democráticos, sociais etc. necessários para a construção da Comunidade Europeia. No Direito constitucional brasileiro, o princípio não é explicitamente consagrado. Mas se observa um ambiente jurídico, político e cultural profícuo para seu acolhimento e desenvolvimento, tendo em vista ser uma ordem federativa de três planos (federal, estadual e municipal), com incorporação de técnica de repartição vertical de competências concorrentes. A subsidiariedade contém a ideia de subsídio, complementação e supletividade, que são afins, pois, com as atribuições dos Estados-membros de suplementar e suprir leis federais gerais no âmbito da competência concorrente. É um corolário do federalismo cooperativo e do regime de repartição de competência adotado. E, admitida a subsidiariedade como ínsita ao Direito constitucional brasileiro, as palavras de ordem são descentralização e valorização da atuação de unidades parciais regionais e locais. (HORTA, Raul Machado. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 21, 2002, p. 160-165).
- 15 Visualizando-a como postulado, com inspiração nas lições de Humberto Ávila, sob argumento de que a subsidiariedade é mais estruturante e se traduz em modo de raciocinar e argumentar em torno de princípios, SILVA, Anderson Santos. O conteúdo constitucional do princípio federativo. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 15 n. 106, 2013, p. 458.
- 16 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 91.

por poder nível superior quando o possa sê-lo por poder de nível inferior. Isso significa que só serão atribuídas competências no plano federal, que não possam ser desempenhadas no estadual; e só serão destinadas competências ao plano estadual, quando não possam ser desempenhadas no plano municipal. Ou seja, o Município prefere ao Estado que, por sua vez, prefere à União.

Resta analisar o que há de mais relevante nessas características do Estado federal.

Inicialmente, a principal característica do federalismo, que define sua essência, é o fato de consistir em *reunião ou associação de Estados* num todo (Estado federal), sem subtrair autonomia às suas partes componentes (unidades políticas federadas, central e regionais/locais)¹⁷. Etimologicamente, isso se justifica a partir da origem latina da palavra (“federação”) advinda do latim “foedus”, “foederis”, que significa união/associação¹⁸.

O que os mantém unidos é a necessidade de conciliar interesses de toda a nação com interesses de cada região e localidade, agregando todo um povo de todo um território em torno de governo que assegure a soberania do Estado no contexto internacional¹⁹. Ou seja, o que se pretende é a subsistência internacional de uma comunidade total (Estado federal) sem anular a autonomia interna de suas comunidades parciais (central e periféricas).

No contexto do Direito constitucional, diz-se que o fenômeno do federalismo surge com a Constituição norte-americana de 1787, embora não tenha ali recebido, de modo claro, essa denominação²⁰. Dá-se com a junção de unidades políticas autônomas, os chamados Estados federados ou Estados-membros ou simplesmente Estados²¹. A depender da federação, outros entes podem integrá-la como Territórios Federais, o Distrito Federal e os tipicamente brasileiros Municípios (arts. 1.º e 18, CF/1988).

O Estado federal, mais do que um Estado constitucionalmente descentralizado, é aquele em que o modelo federativo é inabalável. No Brasil, por exemplo, é objeto de cláusula pétrea (art. 60, §4º, I, CF); a federação brasileira é uma *união indissolúvel* (art. 1.º, CF). Embora autônomas, as unidades federadas não são independentes, e não há para elas direito de secessão.

17 Há uma junção de unidades políticas autônomas, os Estados, com objetivos comuns. (Schwartz, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 49).

18 BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação e a constituinte*. São Paulo: Themis, 1986, p. 14.

19 CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998, p. 04.

20 É o que informa Paulo Ramos, dizendo que, da sua leitura, percebe-se não estar o fenômeno nitidamente “patenteado” nesse texto constitucional com a nomenclatura federação, federalismo ou Estado federal. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 16).

21 BERCOVICI, Gilberto. “Separação de poderes” no Estado Federal norte-americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 150, 2001, p. 255 e 256. Ressalve-se que essas unidades, em alguns casos, são chamadas de “províncias”, como na Argentina e no Canadá.

O Estado federal consiste, assim, em organização e ordenação estatal permanente, durável e estável, constituída com pretensão de definitividade – e, não, um pacto transitório e precário²².

Fala-se, assim, em um princípio federativo, consagrado no art. 1.º, CF, ao lado dos princípios democrático e republicano, que dispõe: “A República *Federativa* do Brasil, formada pela *união indissolúvel* dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.²³

Mas se coloca em posição de destaque, para os fins do presente trabalho, a descentralização política decorrente da repartição de poderes e competências entre os entes federativos parciais (central e periféricos), e, ainda, a autonomia e poder normativo, jurisdicional e administrativo que se asseguram na esfera local.

2.2. Descentralização política (produção normativa própria a autoadministração). Participação das vontades parciais na formação da vontade normativa central. O papel da Corte Suprema.

Na estrutura do federalismo, o *Estado federal* é pessoa jurídica de direito público *internacional*, titular da soberania e do poder de autodeterminação; ao lado disso, são pessoas jurídicas de direito público *interno*, entes como a União, os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, como no caso do Brasil – em outros Estados federais, as denominações dos entes internos variam (a ex. das “Províncias”, na Argentina e no Canadá).

A União é ente federal central que representa a reunião das unidades políticas regionais (ou locais) integrantes da federação. Os Estados-membros são estas unidades políticas regionais que integram a federação, e se caracterizam por gozar de autonomia, com a prerrogativa de autorreger-se dentro da esfera de competências que lhe é assegurada pela Constituição²⁴.

A autonomia das unidades parciais federativas não se assegura, assim, com a simples divisão de território e distribuição espacial de poder – o que se observa em Estados unitários descentralizados, que não são federações. É necessária, além de uma descentralização territorial e administrativa²⁵, uma descentralização política e autonomia em relação ao poder central, o que pressupõe a produção normativa

22 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, p. 421-423; MELLO, José Luiz de Anhaia. *O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas*. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 34; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 25.

23 SILVA, Anderson Santos. O conteúdo constitucional do princípio federativo. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 15 n. 106, 2013 p. 449.

24 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99 e 100.

25 HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1964, p. 25 ss.

própria - que não é só legislativa, mas também administrativa (como a regulamentar) e judiciária (com precedentes e outros atos normativos). “Autonomia provém, etimologicamente, de *nómos*, e designa, tecnicamente, a edição de normas próprias, que vão organizar e constituir determinado ordenamento jurídico²⁶”.

Sinteticamente, essa *autonomia* se desdobra: no poder de *autogoverno*, por órgãos próprios, cujas seleção e investidura são independentes de um poder central²⁷; e na *divisão de competências*, com a atribuição de uma gama de outros poderes aos entes federais, que lhe conferem as capacidades de *auto-organização* e *autolegislação*²⁸.

A *auto-organização* é o poder de elaborar constituição própria, observados limites da Constituição Federal, de modo que possam se estruturar e atuar como unidade estatal, exercendo funções semelhantes àquelas desempenhadas no plano federal²⁹.

Nesse contexto, insere-se a “autoadministração”³⁰, como poder dos Estados de assumir a própria administração, executando leis vigentes, em busca do bem comum. Esta deve abranger a administração judiciária, ou a autoadministração do seu próprio Judiciário.

Já *autolegislação* é o poder de produzir suas próprias normas por fontes diversas (como leis ordinárias, complementares, regulamentos etc)³¹⁻³².

Nesse contexto, também se coloca como elemento de definição do Estado federal a participação das coletividades parciais na formação da vontade normativa central e federal. Uma de suas maiores expressões é a casa legislativa que representa o Estado-membro com parlamentares estaduais (como um Senado, cf. art. 46, CF

26 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 331; HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1964, p. 16-18.

27 E que é também um poder, uma competência dada ao Estado-membro, inclusive de escolher seus dirigentes. “Em todos os Estados federados, os seus órgãos governamentais são providos por elles proprios”. No Brasil, isso se dá por eleições diretas. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 96 e 97). Cf. Barroso, que abrange, aqui, a prerrogativa de autolegislação, BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 23.

28 Na Federação brasileira, é o que se extrai dos arts. 18 e 25, CF. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 100; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53).

29 BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 23; CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 67 e 68.

30 BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 23.

31 HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1964, p. 17; CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 68.

32 Daí dizer-se, em outras palavras, que se caracteriza a federação pela repartição da competência legislativa entre entes federativos (*autolegislação*); pela atuação direta do governo de cada unidade política (Estados) sobre pessoas e bens situados dentro dos seus limites territoriais (o que se pode chamar de *autogoverno*); e pela preservação do desempenho das funções necessárias para dar cumprimento às leis no contexto estadual, que devem ser estruturadas com Judiciário e Executivo próprio – assegurando-lhe a *auto-organização*. (Schwartz, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 49).

brasileira)³³. Entretanto, bem se sabe que nem sempre esse ideal é observado, afinal nem todos os Estados federais adotam o bicameralismo (a manifestação mais comum dessa dita característica federal), a ex. de Camarões³⁴.

Demais disso, a forma mais comum de escolha dos membros do Senado se dá por eleições diretas, sendo que há quem registre que os senadores votam seguindo orientações de seus respectivos partidos políticos, sem consideração dos interesses dos Estados-membros que representam. Há casos em que senadores de um mesmo Estado votam até mesmo de modo oposto sobre um mesmo assunto e de interesse do Estado cujo povo os elegeu. Além disso, é um contrassenso o Município ter reconhecida a sua condição de ente federativo e não participar da formação dessa vontade política central³⁵.

Autonomia não se confunde com soberania.

A soberania é independência de um Estado (em seu poder, território e população) em relação a outros, externamente, não se encontrando o fundamento de validade da ordem jurídica soberana em ordem jurídica superior³⁶. No federalismo, o Estado federal é, externamente, soberano em relação aos demais, compreendido como comunidade total, sendo que as comunidades parciais, central e ou periféricas, que o integram gozam de *autonomia* política internamente, considerada o poder de agir dentro dos limites da sua competência constitucionalmente fixada³⁷.

33 MELLO, José Luiz de Anhaia. *O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas*. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 31). Também assim, HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 54, 1982, p. 58 e 70; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 25; TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63. Kelsen enxerga como elemento de um “tipo ideal” de federalismo, em especial quando Estados-membros são igualmente representados no Senado. (KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 454). Rafael Mello discorda. Não considera elemento essencial, em que pese saiba ser visão dominante (MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 141 e 142).

34 Segundo Pedro Neiva, países africanos com população abaixo de um milhão de habitantes, a exemplo de Djibouti, São Tomé e Príncipe, Cabo Verde, Guiné Equatorial, Camarões, são unicamerais (Bicameralismo na África. *Revista Política Hoje*: Vol. 19, n. 1, 2010, p. 134. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Dropbox/My%20PC%20DESKTOP-961130L/Downloads/3835-8297-1-PB.pdf>>. Acesso em 05 ago 2021). O Parlamento do Paquistão já foi unicameral, mas, hoje, é bicameral, contando-se com uma Assembleia nacional como a Câmara baixa e um Senado como a Câmara alta. Brasil. (cf. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Inteligência Comercial. *Como Exportar. Paquistão*. Ministério das Relações Exteriores. Brasília: MRE, 2018, p. 18. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/artigo/Paquistao-2018.pdf>>. Acesso em 05 ago 2021).

35 MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 141 e 142; nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 30. É uma reflexão válida. Compartilha desses questionamentos, acrescentando tantos outros, Cármen Lúcia Rocha, considerando que mais valeria que os Estados-membros participassem diretamente da vontade central com suas próprias Assembleias Legislativas. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 193-195). Negando ao Município a condição de ente federativo, o que tornaria sem sentido esse questionamento, SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43 ed. São Paulo: Malheiros e Jus Podivm, 2020, p. 478 e 479.

36 PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto Costituzionale*. 5 ed. Milano: Giuffrè, 1957, p. 54.

37 MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 134.

A autonomia é, pois, poder. Poder, em ambiente democrático, pressupõe limites. Por isso, “não é uma amplitude incondicionada ou ilimitada de atuação na ordem jurídica, mas, tão-somente, a disponibilidade sobre certas matérias, respeitados, sempre princípios fixados na Constituição”. É, assim, esfera de competência juridicamente delimitada³⁸.

A Constituição, ao adotar o modelo federativo, concede esfera de atribuições político-administrativas aos Estados-membros -, e, no Brasil, também aos Municípios -, que só pode ser alterada ou suprimida por reforma constitucional, jamais pela simples vontade do Poder Central³⁹.

A autonomia é garantida e se assenta na atribuição de plexo de poderes e competências aos Estados-membros pela Constituição Federal, que não pode ser deles tomado ou subtraído⁴⁰. Por isso, existem ao menos dois ordenamentos simultâneos e independentes: o federal e o estadual (acrescendo-se, no Brasil, o municipal).

Exatamente pelo fato de uma ordem central e ordens parcelares coexistirem e incidirem sobre um mesmo território e uma mesma população, o funcionamento do Estado federal é complexo e potencialmente ensejador de conflitos.

Frequentes são os conflitos de competência legislativa, quando um ente produz lei cujo conteúdo invade esfera de atribuições legislativas do outro, por exemplo. Também têm se revelado presentes tensões federativas: i) na estruturação e organização do Judiciário (ex.: tribunais superiores e federais com representatividade estadual insuficiente); ii) na repartição e no exercício de competências jurisdicionais - que não deixam de ser normativas, até porque seu exercício dá origem à produção de precedentes (ex.: enunciado n. 489 da súmula do STJ, que prestigia competência da Justiça Federal em detrimento da Justiça Estadual); iii) no desempenho de

38 BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação e a constituinte*. São Paulo: Themis, 1986, p. 18. É necessário, contudo, que cada ente tenha uma órbita de competência própria e exclusiva, para que seja reconhecida sua autonomia. As competências concorrentes têm se destacado, mas se considera a competência exclusiva uma necessidade para que se configure um genuíno modelo federal. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 24; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 138). Além disso, de nada adianta que os entes regionais (ou periféricos) tenham conjunto de atribuições e tarefas, que pressupõem recursos e investimentos para serem realizadas, se não tiverem renda própria e suficiente. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 138 e 139).

39 MELLO, José Luiz de Anhaia. *O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas*. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 46 e 47; CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil*. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 65.

40 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 856. É necessário, assim, constituição escrita e rígida. (TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 65 e 66; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 23 e 24). É a constituição rígida que faz a repartição de competências, garantindo autonomia política aos entes parciais. Essa autonomia ficaria completamente comprometida se ficasse à mercê da simples vontade central. (MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 135 e 136).

competências normativas administrativas pelo CNJ e por tribunais locais (ex.: resolução do CNJ interferindo na administração judiciária estadual); e, até mesmo, iv) na interpretação e aplicação de normas relativas ao funcionamento da justiça e do processo nas diversas esferas jurisdicionais federativas (ex.: previsão de cabimento do recurso extraordinário somente quando a decisão recorrida reputar “válida lei local contestada em face de lei federal”, impondo-se pelo seu cabimento também quando ocorrer o inverso). Daí o papel crucial da Corte Constitucional como guardiã da Constituição e, pois, da federação⁴¹.

Por isso, a presença de um Tribunal Constitucional que resolva conflitos surgidos nesse contexto também é tomada como elemento essencial da federação⁴². É indispensável a presença de um órgão (preferencialmente do Judiciário, pela sua imparcialidade) que tenha o poder de sancionar com invalidade a lei (ou outros atos normativos, como resoluções e enunciados regimentais) que usurpa competência legislativa de ente federativo; sem sanção, essa invasão de competência seria eficaz e colocaria em xeque a indispensável autonomia *a priori* garantida aos entes federativos pela rigidez constitucional⁴³. Cabe a esse mesmo órgão constitucional revisar entendimentos e decisões jurisdicionais que interpretem e apliquem enunciados normativos organizatórios ou processuais atentando contra o princípio federativo e os ideais de igualdade, simetria e subsidiariedade⁴⁴ que há que se assegurar entre entes federados.

3. A “AUTONORMATIZAÇÃO” E O JUDICIÁRIO LOCAL. DESCENTRALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO NORMATIVA JUDICIÁRIA.

Viu-se que a autonomia que caracteriza os entes federados tem como um de seus desdobramentos, a *divisão de competências*, com a atribuição da capacidade de *autolegislação*, enquanto poder de produzir suas próprias normas pelas mais diversas fontes.

Ocorre que, mais que uma capacidade de autolegislação, deve ser reconhecido seu poder de “autonormatização”, na medida em que, também, o Judiciário local é titular do poder de produzir precedentes que devem vincular no plano local (a ex. do que se extrai de uma interpretação também sistemática e extensiva dos arts. 332, IV, 926,

41 BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação e a constituinte*. São Paulo: Themis, 1986, p. 15.

42 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 26; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 136 e 137.

43 MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 137,

44 Segundo o qual nada deve ser exercido por poder nível superior quando o possa sê-lo por poder de nível inferior.

927, e 955, parágrafo único, CPC) - não só, mas sobretudo, em matéria de direito local. O exercício da competência jurisdicional pelos Estados também é fonte de produção normativa, com eficácia territorial local.

Há algumas possibilidades nesse contexto.

Em primeiro lugar, são vinculantes no plano local, por ex., precedentes oriundos do julgamento de IAC, IRDR, oriundas do Plenário do TJ, dentre outros.

O precedente produzido e simulado por um Tribunal de Justiça (sobretudo quando versar sobre direito local) deve ser obrigatoriamente observada pelo próprio tribunal e os juízes a ele vinculados. É o que se pode dizer a partir da interpretação sistemática dos arts. 332, IV, 927, IV, e 955, parágrafo único, CPC. Além disso, segundo o Enunciado n. 169, FPPC, os órgãos jurisdicionais devem seguir seus próprios precedentes, até para que haja jurisprudência a ser sumulada e se respeitem deveres que lhes são impostos pelo art. 926, CPC, e pela própria CF (como se impõe a partir de máximas como a segurança jurídica e a igualdade).

Demais disso, já se defendeu em obra anterior⁴⁵, a possibilidade de lei estadual (produzida com base em interpretação dada ao art. 24, XI, e 125, §2.º, CF⁴⁶) conferir força vinculante às decisões do Tribunal de Justiça em controle concentrado de constitucionalidade e de lá (no TJ) poderem ser produzidos enunciados de súmula vinculante com força local. A Constituição estadual pode atribuir ao Tribunal de Justiça o poder de criar súmula vinculante em matéria de Direito local (estadual ou municipal), em simetria à súmula vinculante do STF em matéria constitucional – desde que preenchidos os mesmos pressupostos constitucionais previstos para a sua edição.

O que se sustenta é que teria o legislador estadual competência para produzir leis semelhantes à Lei n. 11.417/2006, para disciplinar o processo de criação, revisão e cancelamento da súmula vinculante no Tribunal de Justiça, bem como o cabimento e procedimento de reclamação constitucional perante este Tribunal por desrespeito ao enunciado destas suas súmulas⁴⁷. Isso sem falar da lei estadual que crie procedimento para ADIn/ADC de lei municipal ou estadual – sendo que o controle

45 BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

46 Na verdade, há competência autônoma (e, não, suplementar/supletiva) dos Estados e DF, por força do art. 125, §2.º, CF, para tratar do controle de constitucionalidade de ato normativo estadual/municipal em face da Constituição Estadual - o que abrangeria medidas como a reclamação constitucional, súmula vinculante, ADPF estadual, ADI estadual. Esses dispositivos autorizam Estados-membros a instituir ação de controle concentrado de constitucionalidade contra atos normativos estaduais ou municipais que contrariem a Constituição estadual – ações estas cuja criação se observa como padrão nas Constituições estaduais brasileiras. Cf. sobre o tema, MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica do Direito do Estado*, Salvador, n. 12, 2007.

47 Admitindo essas reclamações, como prevê a Constituição da Bahia, o STF, Pleno, ADI n. 2212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 02.10.2003, publicada no DPJ de 14.11.2003.

de constitucionalidade concentrado de normas municipais ou estaduais em face da Constituição do Estado (art. 25 e 125, §2.º, CF) se dá perante o Tribunal de Justiça⁴⁸⁻⁴⁹.

Isso tudo representa *descentralização de produção normativa judiciária*.

Na verdade, poder-se-ia criar até mesmo um dispositivo de lei estadual simétrico à regra do art. 927, CPC, que dispusesse que, “Os juízes e o Tribunal de Justiça Estadual observarão: I - as decisões do Tribunal de Justiça do Estado em controle concentrado de constitucionalidade de leis locais em face da Constituição Estadual; II - os enunciados de súmula vinculante oriundos do Tribunal de Justiça do Estado, criados mediante procedimento a ser disciplinado em lei estadual; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado; IV - os enunciados das súmulas do Tribunal de Justiça do Estado; V - a orientação do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado. §1.º Os precedentes e a súmula do Tribunal de Justiça do Estado sobre a interpretação de lei federal serão superados em caso de uniformização de jurisprudência sobre a matéria por Tribunal Superior, respeitadas as peculiaridades locais que justifiquem distinção”.

Junto a isso, cabe ao tribunal local, também, no exercício de sua competência normativa, produzir seu Regimento Interno (art. 96, I, “a”, CF), para disciplinar questões *interna corporis*, como competências internas do tribunal (das suas câmaras, grupos, turmas, seções), as atribuições jurisdicionais do presidente, do vice-presidente e relator, recursos contra decisões monocráticas, critérios para prevenção etc. Assim como se reserva ao tribunal local o exercício de poder regulamentar, mediante edição de resoluções que complementem e supram lacunas existentes no RI, p. ex., ou tratem de matérias que lhes sejam delegadas por norma regimental⁵⁰; e que regulamentem a lei de organização judiciária da sua própria Justiça local, dentro dos limites da CF (poder regulamentar que se extrai de leitura conjunta dos arts. 96, 99 e 125, CF)⁵¹.

Entretanto, com isso, já se adentra na questão da organização judiciária, tema a ser mais detidamente abordado no próximo item.

4. “AUTONORMATIZAÇÃO” DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. AUTO-ORGANIZAÇÃO E AUTOADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA.

Uma das principais expressões da autonomia dos Estados federados no ordenamento constitucional brasileiro se encontra nas regras dos arts. 18 e 25, CF/1988.

48 Cf. sobre o assunto, BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 385 e 386; DIDIER JR, Fredie. Editorial n. 181. Súmula Vinculante de Tribunal de Justiça. Disponível em: www.frediedidier.com.br. Acesso em 23 fev 2014

49 É o caso da Lei n. 12.069, de 27 de dezembro de 2001, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre o procedimento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em 16 fev, 2015).

50 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Regimentos internos como fonte de normas processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 59 e 60.

51 Tema a ser objeto de maior aprofundamento em trabalho futuro.

De acordo com esses dispositivos, os Estados gozam de autodeterminação para estabelecer suas Constituições e as leis que os regem (autolegislação), como base para o exercício de sua capacidade de auto-organização e autogoverno (art. 25, *caput*). Como já dito, insere-se, aí, a prerrogativa de “autoadministração”, com a execução de leis vigentes, para o alcance do bem comum.

A auto-organização pressupõe que os entes parciais tenham órgãos próprios. Apesar das controvérsias⁵², isso implica a necessidade de um Judiciário Local⁵³, até mesmo em nome da subsidiariedade e do atendimento de predominantes interesses locais e regionais. Isso abrange o poder estadual de organizar e administrar o Judiciário local, em atividade típica de administração judiciária.

Assim, a autonomia administrativa conferida aos Estados abrange, também, o poder de estruturar e organizar o Judiciário local⁵⁴, afinal, a teor do art. 125, da Constituição brasileira: “Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”⁵⁵.

Afora as normas de organização judiciária encontradas na própria Constituição (art. 92 ss.), confere-se competência à União para organizar sua Justiça (no campo federal), por lei federal, e ao Distrito Federal e Estados-membros para organizar sua Justiça local, por lei local (cf. arts. 22, XVII, 107, §1.º, 110, 112, 113, 121, 124, parágrafo único, 125, *caput* e §§1.º e 3.º, e 126, CF)⁵⁶.

52 Apontadas por TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 948.

53 Schwartz, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 10.

54 Também se assegura aos Municípios a prerrogativa da autoadministração. A despeito disso, curiosamente, não lhe é dado o poder de estruturar e organizar um Judiciário municipal. Não existem, no Brasil, justiças municipais. O ponto não passa despercebido e é passível de crítica, pois destoa da igualdade e subsidiariedade esperada do federalismo brasileiro. Essa descentralização do Judiciário tornaria a Justiça mais próxima do jurisdicionado (assim, CRITSINELTIS, Marco Falcão; FONSECA, Ney Moreira da. *O Poder Judiciário Municipal e a Aplicação Social da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 160 ss.; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.021). Por outro lado, lembre-se que há, até mesmo, quem negue ao Município a condição de ente federativo (SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43 ed. São Paulo: Malheiros e Jus Podivm, 2020, p. 478 e 479), o que seria outra forma de se explicar a omissão constitucional quanto à atribuição para tais entes locais do poder de organizar um Judiciário próprio.

55 O que também lembra, JUNIOR, Nelson Jorge. Princípio federativo e limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça – Art. 103-B, da Constituição Federal de 1988. In: Renato Siqueira De Pretto, Richard Pae Kim, Thiago Massao Cortizo Teraoka (coord.) *Federalismo e Poder Judiciário*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2019, p. 37.

56 Todas as Constituições republicanas, de modo explícito ou implícito, concederam aos Estados-membros a competência para legislar sobre a organização das respectivas Justiças. Parte-se do pressuposto de que o legislador estadual conheça bem as necessidades do Estado e identifique mais facilmente a solução para seus próprios problemas. No início, essa competência era conferida às Assembleias Legislativas. A EC n. 1/1969 transferiu a atribuição para os Tribunais de Justiça, mediante o voto da maioria absoluta de seus membros, estabelecendo que só seria possível a alteração de organização judiciária a cada cinco anos (art. 144, § 5.º, da EC n. 1/1969) - prazo este muito criticado, porquanto não se tenha considerado a rapidez com que as circunstâncias pertinentes mudam. O art. 96, II, “d”, da CF/1988, a seu turno, limita-se a prever a competência do Tribunal de Justiça para propor a alteração da organização e a divisão judiciária, não impondo mais qualquer prazo para tanto. (Moreira, José Carlos Barbosa. A Justiça Estadual na República. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 160, 2008, p. 06).

Entretanto, não é incomum o legislador federal adentrar indevidamente em matéria de organização judiciária, sem atentar para inaplicabilidade de suas regras às Justiças Estaduais⁵⁷, o que se observa, sobretudo, no contexto de representações e processos administrativos disciplinares. Trata-se de uma disciplina administrativa de atividades dos juízes e servidores da justiça que, no contexto da Justiça Estadual, deve ser regida por ato normativo estadual.

Por exemplo, é o que se observa no tratamento de representações administrativas cabíveis perante a corregedoria do tribunal, e até mesmo o processo administrativo correspondente (como aquela por excesso de prazo, do art. 235⁵⁸, CPC), ou da instauração de processo administrativo disciplinar contra servidor da justiça em caso de desrespeito à ordem cronológica de recebimento para publicação e efetivação dos pronunciamentos do juiz (na forma do art. 153⁵⁹, CPC), ou em caso de infração administrativa de excesso injustificado de prazo legal, e consequente instauração de processo administrativo respectivo (segundo art. 233, CPC⁶⁰).

Veja-se, ainda, nesse sentido, o art. 173, §§1.º e 2.º, CPC⁶¹, que trata de infrações administrativas de conciliador e mediador (auxiliar da justiça), e medidas disciplinares

57 Sobre o tema, sugere-se conferir palestra do Prof. Leonardo José Carneiro da Cunha no Webinário do Grupo de Pesquisa Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo sobre “Federalismo e Direito Processual” (Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jD1fUiz9Vvs&t=4070s>>. Acesso em 28 jul 2021).

58 “Art. 235. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno. § 1º Distribuída a representação ao órgão competente e ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento para apuração da responsabilidade, com intimação do representado por meio eletrônico para, querendo, apresentar justificativa no prazo de 15 (quinze) dias. § 2º Sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 (quarenta e oito) horas após a apresentação ou não da justificativa de que trata o § 1º, se for o caso, o corregedor do tribunal ou o relator no Conselho Nacional de Justiça determinará a intimação do representado por meio eletrônico para que, em 10 (dez) dias, pratique o ato. § 3º Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz ou do relator contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias”.

59 “Art. 153. O escrivão ou o chefe de secretaria atenderá, preferencialmente, à ordem cronológica de recebimento para publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais. § 1º A lista de processos recebidos deverá ser disponibilizada, de forma permanente, para consulta pública. § 2º Estão excluídos da regra do *caput*: I - os atos urgentes, assim reconhecidos pelo juiz no pronunciamento judicial a ser efetivado; II - as preferências legais. § 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-ão a ordem cronológica de recebimento entre os atos urgentes e as preferências legais. § 4º A parte que se considerar preterida na ordem cronológica poderá reclamar, nos próprios autos, ao juiz do processo, que requisitará informações ao servidor, a serem prestadas no prazo de 2 (dois) dias. § 5º Constatada a preterição, o juiz determinará o imediato cumprimento do ato e a instauração de processo administrativo disciplinar contra o servidor”.

60 “Art. 233. Incumbe ao juiz verificar se o serventuário excedeu, sem motivo legítimo, os prazos estabelecidos em lei. § 1º Constatada a falta, o juiz ordenará a instauração de processo administrativo, na forma da lei. § 2º Qualquer das partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao juiz contra o serventuário que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei”.

61 “Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que: I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres

a serem a eles imputadas, após a instauração do processo respectivo. E o art. 888, parágrafo único, CPC, ao dispor que o escrivão, o chefe de secretaria ou o leiloeiro que der causa, culposamente, à transferência do leilão responderá pelas despesas da nova publicação, dispondo, ainda, sobre a punição disciplinar aplicável de suspensão por cinco dias a três meses, em sede de procedimento administrativo regular.

Todos esses são exemplos de ingerência da lei federal na esfera legislativa estadual de administração judiciária.

Foi com fundamento semelhante, inclusive, que foram ajuizadas as ADIns n. 5492 (pelo Governador do Rio de Janeiro) e n. 5737 (pelo Governador do DF), no bojo das quais se questionou, p. ex., a constitucionalidade dos arts. 15⁶², 52, parágrafo único, e 46, §5.º, do CPC⁶³.

decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º ; II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito. § 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo. § 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo”.

- 62 Segundo o art. 15, CPC: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” Na ADIn n. 5492, arguiu-se a inconstitucionalidade da aplicação do art. 15, CPC, aos processos administrativos estaduais (e, acrescente-se, os municipais), pois não estaria ao alcance do legislador federal, “ditar a fonte normativa para o processo administrativo dos demais entes políticos”, o que ofenderia a autonomia federativa. Sustenta-se que a forma federativa e a distribuição espacial de poder entre entes políticos em múltiplos níveis implica a reserva do poder para esses entes políticos de reger seu próprio processo administrativo, podendo isso ser extraído da leitura conjunta dos arts. 18, e 25, *caput* e §1.º, CF. Legislar sobre processo administrativo seria legislar sobre a “forma de administrar” do Estado. Postulou, assim, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, com toda razão, a interpretação conforme a CF da expressão “processo administrativo” do art. 15, CPC, para considerar ali abrangidos somente os processos administrativos federais. De fato, uma leitura conjunta não só dos arts. 18 e 25, *caput* e § 1.º, como também dos arts. 21, 30 e 39, CF, conduz à conclusão de que cabe a cada ente federativo disciplinar seus próprios processos administrativos (encontram-se mais considerações da autora em BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento. *O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 295 e 296; assim, SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 01, 1993, p. 274-276; e, indiretamente, HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 65; HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 420). Isso sem falar de problemas outros decorrentes dessa regra, colocados por Guilherme Sokal (SOKAL, Guilherme Jales. O Novo CPC e o federalismo: perspectivas para a advocacia pública estadual. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Fazenda Pública*. V. 3. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 198) e na própria ADIN, que justificam abordagem mais detida em trabalho próprio. Prudente e sábia, contudo, a ressalva de que as normas do CPC podem ser invocadas e aplicadas aos processos administrativos em caráter integrativo, em especial diante de omissão normativa e de inexistência de incompatibilidades com os princípios do processo administrativo. Assim, o CPC deve ser considerado um indicativo na interpretação de leis estaduais, com a ressalva de que isso não poderá implicar restrições à esfera de atuação do legislador local (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 376).
- 63 Considerações mais extensas e profundas sobre o tema podem ser encontradas em artigo escrito com Lorena Miranda, ainda no prelo, sobre “Validade, sentido e alcance de normas processuais federais à luz da competência dos Estados para legislar sobre processo: uma análise das ADIns 5492, 5534 e 5737” – trabalho cuja análise extrapola uma visão pautada na violação de regras de competência legislativa.

Chama atenção, em especial, a arguição de inconstitucionalidade dos arts. 52, parágrafo único, e 46, §5.º, CPC.

Nos termos do art. 52, parágrafo único, CPC: “se Estado ou o Distrito Federal for o demandado, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou na capital do respectivo ente federado”. Tem-se, aí, uma simetria com a regra de competência prevista para causas que envolvem a União, prevista nos §§1º e 2º do art. 109 da CF. Ocorre que, aplicada aos Estados e ao Distrito Federal, gera situações de afronta à CF percebidas e denunciadas não só no bojo da ADIN n. 5492 (RJ), como também na ADin n. 5737 (DF). Argui-se, a princípio, a violação ao contraditório, porquanto a regra pressupõe que o Estado ou DF poderão defender-se em qualquer local do país em que o autor tenha domicílio no momento em que proposta a ação, quando, em verdade, a carreira das procuradorias dos Estados e Municípios não são estruturadas para atuar em todo território nacional (art. 132, CF)⁶⁴. Constata-se, ainda, a violação ao poder de auto-organização dos Estados, pois “suprime o papel da Justiça dos Estados como componente da autonomia federativa (CF/1988, art. 25), a quem cabe organizar a ‘sua Justiça’ (CF/1988, art. 125), em equilíbrio à garantia da Justiça Federal à União. Como a União não poderia suprimir de forma direta o poder de auto-organização dos Estados fundado no art. 125, *caput*, da Constituição, não poderia ela atingir o mesmo fim de forma indireta, exercendo sua competência legislativa sobre direito processual (CF/1988, art. 22, I) para criar um regime de competência territorial que pulveriza as demandas contra os Estados e o Distrito Federal por todo o território nacional⁶⁵. Na ADin n. 5737, do Governador do DF, também se aponta essa inconstitucionalidade fundada na violação à autonomia política das unidades da federação e ao pacto federativo.

64 Nesse particular, destaque-se que o STF, no julgamento do RE n. 627709/DF (STF, Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.08.2014, publicado no DJF de 30.08.2014), em que foi reconhecida a repercussão geral e firmada a tese de que “a regra prevista no §2º do art. 109 da Constituição Federal também se aplica às ações movidas em face de autarquias federais”, pautou-se no argumento de que isso seria possível porque se tratam de órgãos de abrangência nacional, havendo organização da sua advocacia para fazer sua defesa em demandas pulverizadas pelo país afora. Ora, *a contrario sensu*, o mesmo raciocínio deve ser estendido aos Estados. Como sua advocacia pública não está estruturada para uma atuação de dimensão nacional, não é consoante com ditames da Constituição (nem mesmo com o princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa), qualquer interpretação que lhe imponha isso. Não há que se falar, inclusive, em competência adequada de juízo fora do Estado demandante ou demandado, onde não serão asseguradas ao Estado litigante apropriadas oportunidades de acesso à justiça e de exercício do contraditório e ampla defesa. Assim, o art. 109, §2.º, CF, não pode ser considerado um modelo a ser seguido para os Estados, e sua aplicação implica, na verdade, um desvirtuamento, senão, uma violação do chamado “princípio da simetria”, tão comumente invocado pelo próprio STF (reflexões registradas em artigo escrito em coautoria com Lorena Miranda, ainda no prelo, sobre “Validade, sentido e alcance de normas processuais federais à luz da competência dos Estados para legislar sobre processo: uma análise das ADins 5492, 5534 e 5737”). Ressalva-se, contudo, as críticas tecidas à simetria em item seguinte.

65 cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 23 ed Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 290 e 291; SOKAL, Guilherme Jales. O Novo CPC e o federalismo: perspectivas para a advocacia pública estadual. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Fazenda Pública*. V. 3. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 205.

Junto a isso, prevê o art. 46, §5.º, CPC, que: “A execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado”. Sua inconstitucionalidade é arguida com base em motivos semelhantes. Alega-se que o §5º do art. 46 do CPC não pode ser aplicado aos executivos fiscais estaduais (e, também, municipais), por ofensa ao pacto federativo. Isso porque um ente federativo parcial (o Estado) teria que ajuizar seu executivo fiscal no domicílio do devedor, que pode situar-se fora dos limites do seu território (senão em local diferente daquele onde se deu o fato gerador). Postula-se, assim, interpretação conforme a Constituição, para que o dispositivo só seja aplicável (na esfera estadual) às comarcas que fiquem dentro do território do Estado, senão em comarca em que tenha ocorrido o fato gerador⁶⁶. Além dos problemas gerados para o exercício do contraditório, para a autonomia e a auto-organização federativa (também constatados em torno do texto do art. 52, parágrafo único, CPC), haveria, ainda, um risco potencial de guerra fiscal, pois, ajuizada execução fiscal para cobrança de tributo perante a Justiça de outro Estado, ficaria nas mãos desse outro Estado a interpretação e aplicação de suas normas tributárias – que poderá acabar sendo definida considerando interesse próprio (se houver sobreposição de interesses fazendários) -, o que pode trazer dano para sustento financeiro do Estado exequente.

Além disso, as regras inseridas nos art. 52, parágrafo único, e 46, §5.º, CPC, tratam de competência, matéria de direito processual (que se confunde com a procedimental), e que, segundo já se defendeu em trabalho anterior, é de competência legislativa concorrente da União, Estados e DF, no contexto da jurisdição estadual⁶⁷. Logo, trata-se de temática que só poderia ser objeto de lei federal geral, que viesse atender interesse nacional na regulamentação da matéria. Mas não é o que se observa. Não há um interesse comum dos Estados e do DF sendo atendido, tampouco qualquer intuito de unificar o tratamento da matéria ali disciplinada de forma a evitar distorções ou atritos federativos. Ao revés, são dispositivos que interferem indevidamente no interesse local de preservação da defesa dos interesses do Estado/DF por Procuradoria local, com base em interpretação ali dada à legislação local (que reflita valores locais que informaram a elaboração do ato normativo, e que serão melhor identificados por intérprete que esteja inserido nesse contexto)⁶⁸, perante Justiça Local.

Isso sem mencionar que “se eventualmente sucumbente a Fazenda em obrigação de pagar quantia certa, chegar-se-á ao injustificável cenário de a gestão de precatórios, atividade de ordem reconhecidamente administrativa, ser conduzida pela presidência

66 Adere à tese, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 23 ed Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 290 e 291.

67 BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento. *O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

68 SOKAL, Guilherme Jales. O Novo CPC e o federalismo: perspectivas para a advocacia pública estadual. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Fazenda Pública*. V. 3. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. P. 206.

do Tribunal de Justiça de outro Estado da Federação (CF, art. 100) com graves risco de quebra da ordem cronológica de pagamentos no universo total de credores”⁶⁹.

É de interesse local, tudo aquilo que se refira ao melhor funcionamento processual da Justiça do Estado (ou Distrito Federal), para todos aqueles que atuem, auxiliem ou fruam da jurisdição ali desempenhada. Assim, uma norma desse viés, poderia ser editada mediante lei estadual, com eficácia para a Justiça daquele Estado, i.e., no plano intraestadual.

Mas não é só o legislador ordinário que incorre nesse equívoco. A CF, ao tratar da competência do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), também desencadeia tensões federativas em tema de administração judiciária estadual.

Por exemplo, segundo o art. 103-B, §5.º, CF, o CNJ contará com um corregedor, que será Ministro do STJ, competindo-lhe, dentre outros, e na forma do inciso III do mesmo artigo, requisitar e designar magistrados, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios, delegando-lhes atribuições”. Ora, trata-se de dispositivo que permite que esse agente federal, de órgão central, convoque e nomeie juízes e servidores estaduais e distritais para exercício de atribuições específicas, em outra esfera federativa, atentando contra a autoadministração e o auto-governo dos Judiciários locais.

Trata-se de uma concentração de poderes no CNJ e, mais especificamente, no seu corregedor, para livremente dispor de funcionários estaduais e distritais⁷⁰, de modo que possa interferir indevidamente no emprego de pessoal para atendimento de interesse judiciário local. Há, sem dúvidas, um desconforto federativo nesse contexto⁷¹.

Junto a isso, o art. 103-B, §4.º, I e II, CF, prevê a atribuição de poderes para o CNJ de “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” dirigidas também aos juízos e tribunais estaduais (que devem ter sua própria competência normativa e regulamentar preservada para assuntos de interesse local), bem como de rever, desconstituir ou determinar novas providências, quando da apreciação da “legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário”, inclusive o estadual e distrital⁷².

Exatamente por isso, por exemplo, a Resolução n. 71 de 31/03/2009, CNJ, ao tratar do “regime de plantão judiciário”, definindo, por exemplo, as matérias que podem ser submetidas a esse regime, e seu funcionamento, ressalva, em diversos dispositivos, o poder normativo local, de adaptar esse regramento à realidade do Judiciário local ou de

69 SOKAL, Guilherme Jales. O Novo CPC e o federalismo: perspectivas para a advocacia pública estadual. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (coord.). Coleção Repercussões do Novo CPC. Fazenda Pública. V. 3. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 206.

70 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.032.

71 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.032.

72 Quanto a esse último aspecto, TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1036.

simplesmente organizar atuação de seus magistrados e servidores. É o que se extrai do texto do seu art. 8.º, ao dispor que: “Os Tribunais, por meio de seu órgão competente, quando for o caso, ou a corregedoria-geral e os juízos de primeiro grau competentes, poderão editar ato normativo complementar disciplinando as peculiaridades locais ou regionais, observados os direitos e garantias fundamentais, as regras de processo e os termos desta Resolução”.

Ou, ainda, da regra mais específica do art. 6.º dessa mesma Resolução, segundo a qual “será responsável pelo plantão no segundo grau de jurisdição o juiz ou desembargador que o regimento interno ou provimento do respectivo Tribunal designar, observada a necessidade de alternância”.

E, também, o parágrafo único do art. 5.º do referido ato regulamentar, segundo o qual: “Os tribunais e juízos poderão estabelecer escalas e períodos de plantão especial para períodos em que existam peculiaridades locais ou regionais ou para período de festas tradicionais, feriados, recesso ou prolongada ausência de expediente normal”.

Esses são excelentes exemplos de como CNJ pode exercer sua competência regulamentar sem gerar dificuldades federativas ou invadir a esfera de atuação dos tribunais estaduais.

Por outro lado, os arts. 2.º, parágrafo único, e 3.º, da Resolução n. 345/2020, do CNJ, preveem que o autor que optar, na petição inicial, no momento da distribuição da ação, pelo “Juízo 100% Digital”, anuirá com a prática de todos os atos processuais exclusivamente pela via eletrônica e remota, pela internet. Percebe-se, já na primeira leitura, que se trata de ato regulamentar que se pretende aplicar, também, aos Judiciários Estaduais, pressupondo que estejam suficientemente organizados e informatizados para atendê-lo, sem considerar, pois, necessidades e peculiaridades locais – tendo em vista ainda existir grande volume de tramitação física de processos em algumas localidades.

Pois bem. Já se viu que a organização judiciária, a princípio, está destinada à regulamentação por lei, e que, a teor do art. 125, CF, destaca-se, ainda, que os Estados, em especial, organizarão sua Justiça, por lei estadual de iniciativa do respectivo Tribunal de Justiça.

Além disso, o art. 96, I, “a”, CF, prevê a competência privativa dos tribunais para elaborar seus regimentos internos, tratando de sua competência e da organização e funcionamento de seus órgãos internos (administrativos e jurisdicionais). E o próprio regimento interno pode prever poder regulamentar do tribunal, de editar resoluções para regulamentar e complementar o Regimento Interno de Tribunal (inclusive naquilo em que é omissis) ou para dar publicidade às deliberações de colegiados internos. Nisso e dentro desses limites, tais resoluções são aptas a tratar de questões ligadas à organização judiciária interna do tribunal.

Entretanto, observa-se a produção de um sem número de resoluções dos tribunais brasileiros sobre matéria de organização judiciária dos órgãos a eles vinculados.

O que se pode concluir é que esse poder dos tribunais de regulamentar a organização judiciária de órgãos a ele vinculados emana de um conjunto normativo constitucional: o art. 99, CF, que atribui ao Poder Judiciário “autonomia administrativa”, e, pois, de administração da justiça; do art. 22, XVII, CF, que prevê que compete à União legislar sobre organização judiciária federal; do art. 125, CF, que prevê os Estados serão responsáveis pela sua organização judiciária estadual (por lei estadual que será, inclusive, de iniciativa do respectivo Tribunal de Justiça).

Isso sem falar que o art. 96, I, “b” a “f”, preveem competência privativa dos tribunais para: “b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados”. E, segundo o art. 96, II, “b” a “d”: “a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; a criação ou extinção dos tribunais inferiores; a alteração da organização e da divisão judiciárias”.

Nada mais é que do que competência específica dos tribunais para tratar de organização judiciária de órgãos a ele vinculados.

Some-se a isso que, no contexto estadual, segundo o art. 125, §1.º, CF, a competência dos tribunais será definida na Constituição do próprio Estado, que pode perfeitamente tratar desse seu poder regulamentar, para deixá-lo ainda mais evidente e bem tratado – assim como a lei de organização judiciária (federal ou estadual) pode prever sua regulamentação por ato de iniciativa do tribunal (do órgão de cúpula).

Se a organização judiciária das Justiças dos Estados é tema de tratamento legislativo dos Estados; se a organização judiciária das Justiças Federais é tema de tratamento legislativo da União; e se o Judiciário goza de autonomia administrativa, e, pois, para tratar da administração da justiça (sendo competência específica sua); conclui-se que nada mais razoável e consoante com o espírito federativo e de separação dos poderes da CF, reconhecer que cabe ao órgão de cúpula de cada um das Justiças integrantes do Judiciário (como TRF e TJ) regulamentar leis de organização de sua justiça.

Mas, independentemente do lastro normativo desse poder, trata-se de poder derivado e secundário de somente regulamentar e complementar a legislação de organização judiciária, não sendo possível admitir-se que tais atos normativos (tipicamente administrativos) contrariem os seus termos.

5. A INDEVIDA EXTENSÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA E O JUDICIÁRIO LOCAL: PRIMEIRAS REFLEXÕES.

Um dos problemas que emerge para a preservação da autonomia estadual (na perspectiva da “autonormatização” e “auto-organização”) é o reconhecimento e aplicação de um princípio da simetria no ordenamento constitucional brasileiro.

O princípio da simetria nasce de uma construção jurisprudencial do STF (com base nos arts. 25, CF, e 11, ADCT), como um “princípio de constrangimento do desenho institucional”, que determina que sejam observadas normas organizatórias estabelecidas para a União (na CF) no contexto dos Estados (na CE), limitando a sua autonomia. A estrutura da União é considerada, assim, um modelo e uma moldura para o Constituinte Estadual⁷³.

Se o federalismo traz em si, também, a ideia de agregar e unir diversidades de seus membros (preservando-as)⁷⁴, a tentativa de espelhar e igualar a União e os Estados, em nome dessa simetria, é opção passível de questionamento válido⁷⁵.

Denuncia-se, contudo, que o STF, ao construir entendimentos com base nesse “princípio”, não evidencia qual seria sua origem, natureza ou conteúdo, e a doutrina constitucional, esforçando-se para compreendê-lo, tem sustentado, de uma forma geral, que “os Estados, quando do exercício de suas competências autônomas, devem adotar tanto quanto possível os modelos normativos constitucionalmente estabelecidos para a União, ainda que esses modelos em princípio não lhes digam respeito por não lhes terem sido diretamente endereçados”⁷⁶.

O Supremo não estaria baseado ou pautado em nenhuma norma constitucional explícita e ainda contrariaria, para alguns, o espírito do federalismo brasileiro. O que constatou Leonycy foi que a Corte Suprema brasileira, diante de lacuna normativa, diz embasar suas soluções nesse princípio, quando, na verdade, trabalha com “argumentos típicos de raciocínio analógico” – embora não reconheça isso adequadamente⁷⁷. Já

73 Sobre o tema, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Federalismo, centralização e princípio da simetria. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4548, 14 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45081>. Acesso em: 7 ago. 2021.

74 Diversidade esta que pode ser, igualmente, uma consequência do fortalecimento de poderes locais (ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 520).

75 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 514.

76 LEONCY, Léo Ferreira. “Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2011, p. 10-12.

77 LEONCY, Léo Ferreira. “Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2011, p. 10-12.

Marcelo Labanca identifica, nele, um princípio de hermenêutica constitucional a ser aplicado na organização dos Poderes e órgãos locais, voltado para identificação de normas da CF a serem estendidas e aplicadas às Constituições estaduais. Mas ressalva o autor que o ideal seria o princípio da simetria só ser invocado quando a não aplicação da norma da CF à esfera constitucional local puder gerar algum desequilíbrio entre poderes locais; ou seja, se a estrutura e organização local é diferente da federal, mas isso não gera prejuízos para a harmonia necessária entre poderes locais diversos, o princípio da simetria não deve ser aplicado, preservando-se a diversidade e, por consequência, a autonomia local⁷⁸.

Pois bem. Essa postura jurisprudencial tem repercutido na definição da competência do Judiciário local.

Segundo o art. 92, VII, CF, o Poder Judiciário Estadual é composto por Juízes de Direito (primeira instância) e pelo Tribunal de Justiça (segunda instância, e órgão de cúpula local) integrado por Desembargadores. A Constituição do Estado (e, pois, o Poder Constituinte Decorrente) tem o papel de disciplinar a competência do Tribunal de Justiça, respeitados os princípios constitucionais (arts. 25 e 125, *caput*, e §1.º, CF).

Ocorre que, por exemplo, há quem sustente que, em nome do princípio da igualdade e da simetria, a Constituição Estadual não pode criar nova hipótese de prerrogativa de foro não prevista na CF⁷⁹. É esse o entendimento que se tem adotado, para considerar inconstitucional o foro privilegiado estabelecido para Delegado Geral da Polícia Civil⁸⁰, Procuradores de Estado, Procuradores da Assembleia Legislativa, Defensores Públicos e Delegados de Polícia⁸¹ - e, até mesmo, para os Vice-Prefeitos e os Vereadores⁸².

Inclusive, em 20 de agosto de 2021, os Ministros do STF, por unanimidade, reproduziram esse entendimento (em acórdão de relatoria do Ministro Luís Roberto

78 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 545.

79 CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 180.

80 Na Constituição do Estado de São Paulo, cf. STF, Pleno, ADIn n. 5591/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 20.03.2021, publicado no DPJ de 05.05.2021; também assim, STF, Pleno, ADIn n. 882/MT, rel. Min. Maurício Córrea, j. em 19.02.2004, publicado no DPJ de 23.04.2004. Não o admitindo para delegados de polícia, como previsto na Constituição de Goiás, STF, Pleno, ADI n. 2.587, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 01.02.2004, publicado no DJ de 06.11.2006.

81 Por inconstitucionalidade do art. 81, IV, da Constituição do Estado do Maranhão, cf. STF, Pleno, ADI n. 2.553/MA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15.05.2019, publicado no DJ de 17.08.2020 (também assim, no que se refere à Constituição do Rio de Janeiro, STF, Pleno, ADIn n. 558, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 16.04.2021, publicado DPJ de 22.04.2021). Com esse entendimento para decretar a inconstitucionalidade de prerrogativa de foro prevista em Constituição Estadual para membros da Defensoria Pública do Ceará, do Acre e do Pará, respectivamente, STF, Pleno, ADIn n. 6.514, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 29.03.2021, publicado no DJ de 04.05.2021; STF, Pleno, ADIn n. 6.518, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 22.03.2021, publicado no DJ de 14.04.2021; STF, Pleno, ADIn n. 6.501, rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. em 23.08.2021, publicado no DJ de 23.08.2021).

82 STF, Pleno, ADIn n. 558, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 16.04.2021, publicado DPJ de 22.04.2021.

Barroso), considerando inconstitucional a previsão de foro por prerrogativa de função para o Defensor Público-Geral e o Chefe Geral da Polícia Civil (além de procuradores do estado e defensores públicos), no julgamento das ADIns n. 6502, 6508, 6515, 6516, em que foram atacados dispositivos nesse sentido, respectivamente, das Constituições do Pernambuco⁸³, Rondônia⁸⁴, Amazonas, Alagoas⁸⁵.

Por outro lado, não se pode ignorar que o próprio STF, anteriormente (anos antes), na ADIn n. 541/PB, considerou constitucional a instituição de prerrogativa de foro para Procuradores do Estado, pela Constituição da Paraíba, sob o argumento de que é competência do Constituinte Decorrente fazê-lo - i.e., fixar competência do TJ⁸⁶. Mas se trata de entendimento pretérito e que foge à tendência jurisprudencial do STF de negar a possibilidade da Constituição Estadual estender o foro por prerrogativa de função a autoridades diferentes daquelas previstas na Constituição Federal.

Percebe-se, assim, que há “ocasiões em que o Estado-membro, para atender aos reclamos de simetria, supondo fazer corresponder sua ação normativa ao modelo federal, é tolhido pelo entendimento da Suprema Corte”, vendo-se sufocado em limites jurisprudencialmente impostos ao seu poder de autonormatização⁸⁷.

É nesses termos que o uso indevido do chamado princípio da simetria como instrumento de limitação excessiva do poder de autonormatização dos Estados gera desconforto federativo que não pode ser ignorado, com grave prejuízo para a autonomia dos Estados e para a preservação da diversidade federativa (sem que haja qualquer risco de desequilíbrio entre poderes locais), inclusive no que se refere ao Judiciário estadual e à definição da competência dos seus Tribunais⁸⁸.

83 No caso de Pernambuco, o foro por prerrogativa de função considerado inconstitucional foi o atribuído a Defensor Público-Geral e ao Chefe Geral da Polícia Civil.

84 No caso de Rondônia, o foro por prerrogativa de função considerado inconstitucional foi o atribuído a Defensor Público-Geral e Defensoria Pública.

85 No caso de Amazonas e Alagoas, o foro por prerrogativa de função considerado inconstitucional foi o atribuído a procuradores do estado e defensores públicos.

86 STF, Pleno, ADIn n. 541/PB, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 10.05.2007, publicado no DPJ de 06.09.2007 (já se tinha considerado constitucional essa mesma prerrogativa antes para procuradores do estado, defensores públicos e membros da assembleia legislativa, no contexto da Constituição de Goiás, cf. STF, Pleno, ADI n. 2.587, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 01.02.2004, publicado no DJ de 06.11.2006, que só considerou inconstitucional o privilégio para delegados de polícia).

87 CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Federalismo, centralização e princípio da simetria. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4548, 14 dez. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45081>>. Acesso em 07 ago 2021.

88 Viu-se, em item anterior, que esse mesmo inconveniente federativo também pode ser resultante da definição da competência territorial, como se observou das regras dos arts. 46, §5.º, e 52, parágrafo único, CPC, cuja inconstitucionalidade fora acima abordada. Isso porque qualquer argumento de que o art. 109, §2.º, CF, que trata da competência territorial para causas que envolvam a União imporia, em nome da simetria, a observância de regra afim para os Estados e Distrito Federal, pulverizando demandas que envolvam esses entes parciais em todo território nacional - o que atentaria contra a autonomia organizacional e normativa dos Estados, privando-os de demandar e serem demandados nas Justiças por eles mesmos estruturadas, com uma defesa adequada promovida por seus próprios órgãos de representação judicial que só são organizados para atuar no âmbito local.

6. PECULIARIDADES FEDERATIVAS DA ORGANIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL.

A estrutura e organização da Justiça Eleitoral revelam muitas peculiaridades federativas. Basta observar que a Justiça Eleitoral é custeada pela União, os crimes ali apurados são federais (e, inclusive, investigados pela polícia federal, cf. art. 144, §1.º, I, CF, e Resolução n. 23.396, TSE, de 17 de dezembro de 2013), mas, na primeira instância, sua jurisdição é exercida pelos magistrados da Justiça Estadual - embora sua remuneração seja calculada com base no subsídio do juiz federal⁸⁹⁻⁹⁰.

Além disso, os Tribunais Regionais Eleitorais têm composição mista (cf. art. 120, §1.º, CF) e de origem predominantemente estadual, sendo integrados por dois desembargadores do Tribunal de Justiça (mediante eleição, pelo voto secreto), dois juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça (mediante eleição, pelo voto secreto), dois advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral indicados pelo Tribunal de Justiça (e nomeados pelo Presidente da República), sendo que somente um juiz é do Tribunal Regional Federal que tem sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal - ou, não havendo, será juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo.

Veja-se, portanto, que, por ser uma Justiça Federal especializada, a sua organização judiciária é tema de competência legislativa da União (art. 22, XVII, CF). Segundo o art. 121, CF, inclusive, a lei complementar que disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. Observa-se, contudo, que, antes do advento da CF/1988, já existia grande quantidade de regras sobre a organização dessa Justiça no Código Eleitoral (Lei n. 4737/1965, arts. 12 ss.). Assim, diz-se que o Código Eleitoral passou a ter *status* de lei complementar no que se refere a esses seus dispositivos que tratam da “organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”, tendo sido recepcionado pela CF/1988 nesses termos (salvo naquilo que seja com ela incompatível, a ex. do art. 5.º, I, CE), sendo que só por lei complementar podem ser alteradas ou revogadas as regras aí constantes a esse título⁹¹.

89 Segundo o art. 3º, da Resolução n. 23.578, de 05 de junho de 2018, TST, “a gratificação mensal de juízes e promotores eleitorais corresponde a 16% (dezesesseis por cento) do subsídio de juiz federal”. E a Lei n. 8.350/1991 dispõe no art. 2º: “A gratificação mensal de juízes eleitorais corresponderá a 18% (dezoito por cento) do subsídio de juiz federal”.

90 Até no que tange à sua competência, ressaem-se suas especificidades, pois, além da tarefa jurisdicional de solucionar conflitos eleitorais, também lhe incumbe a tarefa administrativa de organizar as eleições, estabelecendo regras e ritos a serem seguidos por eleitores e candidatos (e as agremiações políticas a que se vinculam), bem assim de expedir resoluções e responder consultas sobre direito eleitoral (SILVA, Fernando Neves da. Comentários aos artigos 118 a 121 da CF. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Almedina/Saraiva, 2018, p. 1610).

91 PINTO, Djalma. Comentários aos art. 118 a 121 da Constituição. In: Paulo Bonavides; Jorge Miranda; Walber de Moura Agra (coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1.518.

Curioso o fato de que se tem uma lei federal, regendo a estrutura e a organização dos órgãos de desempenho de uma jurisdição federal (inclusive sobre crimes federais), embora seja ela (a jurisdição federal) exercida predominantemente por juízes estaduais⁹².

Há, aqui, sem dúvidas, um arranjo federativo diferenciado a ser devidamente compreendido.

De um lado, a União autonormatiza a organização judiciária eleitoral e autoadministra a Justiça respectiva, destacando-se o fato de que os arts. 23, e 26, §1.º, do Código Eleitoral⁹³, reservam ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) o poder de adotar providências organizatórias e administrativas, também na esfera dos TREs (p. ex.: propor ao Poder Legislativo o aumento do número dos juízes de qualquer Tribunal Eleitoral; aprovar a divisão dos Estados em zonas eleitorais ou a criação de novas zonas; definir as atribuições do Corregedor Regional), assim como lhe é atribuído (ao TSE) um poder regulamentar muito utilizado para editar resoluções que vêm sendo criticadas por irem além do quanto previsto em lei (quando podem, em verdade, não só detalhar como complementar a lei lacunosa)⁹⁴.

92 O fato de ser Justiça Federal composta por juízes estaduais não passa desapercibido por: PINTO, Djalmá. Comentários aos art. 118 a 121 da Constituição. In: Paulo Bonavides; Jorge Miranda; Walber de Moura Agra (coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1512. Interessante pontuar, inclusive: “O fato de os membros oriundos da justiça estadual formarem a maioria (quatro entre sete) dos juizes do Tribunal Regional Eleitoral vez por outra causa reação, principalmente por parte dos juizes federais, que em diversas oportunidades tentaram alterar a regra para ocuparem mais uma cadeira, substituindo um dos juizes de direito ou um dos advogados. Essa pretensão foi discutida por ocasião da tramitação, no Congresso Nacional, da Emenda n. 45 (Reforma do Judiciário), mas não obteve êxito. Todavia a discussão permanece viva” (SILVA, Fernando Neves da. Comentários aos artigos 118 a 121 da CF. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Almedina/Saraiva, 2018, p. 1613).

93 “Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, I - elaborar o seu regimento interno; II - organizar a sua Secretaria e a Corregedoria Geral, propondo ao Congresso Nacional a criação ou extinção dos cargos administrativos e a fixação dos respectivos vencimentos, provendo-os na forma da lei; III - conceder aos seus membros licença e férias assim como afastamento do exercício dos cargos efetivos; IV - aprovar o afastamento do exercício dos cargos efetivos dos juizes dos Tribunais Regionais Eleitorais; V - propor a criação de Tribunal Regional na sede de qualquer dos Territórios; VI - propor ao Poder Legislativo o aumento do número dos juizes de qualquer Tribunal Eleitoral, indicando a forma desse aumento; VII - fixar as datas para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, senadores e deputados federais, quando não o tiverem sido por lei; VIII - aprovar a divisão dos Estados em zonas eleitorais ou a criação de novas zonas; IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; X - fixar a diária do Corregedor Geral, dos Corregedores Regionais e auxiliares em diligência fora da sede; XI - enviar ao Presidente da República a lista tríplice organizada pelos Tribunais de Justiça nos termos do ar. 25; XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político; XIII - autorizar a contagem dos votos pelas mesas receptoras nos Estados em que essa providência for solicitada pelo Tribunal Regional respectivo; XIV - requisitar a força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração; XV - organizar e divulgar a Súmula de sua jurisprudência; XVI - requisitar funcionários da União e do Distrito Federal quando o exigir o acúmulo ocasional do serviço de sua Secretaria; XVII - publicar um boletim eleitoral; XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”.

94 SILVA, Fernando Neves da. Comentários aos artigos 118 a 121 da CF. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Almedina/Saraiva, 2018, p. 1611.

Mas, de outro, tem-se TREs compostos majoritariamente por juízes e desembargadores estaduais (e, também, advogados indicados por Tribunal de Justiça), que titularizam, também na forma do art. 30, do Código Eleitoral⁹⁵, o poder de organizar a Justiça no contexto local, elaborar o seu Regimento Interno, bem como o poder regulamentar de produzir resoluções que tratem de questões administrativas e organizacionais do próprio Tribunal ou de órgãos a ele vinculados (juízes estaduais no exercício da jurisdição federal eleitoral).

Ou seja, resoluções produzidas por tribunal majoritariamente composto por juízes e desembargadores estaduais (ou advogados indicados por Tribunal do Estado) servirão para a regulamentação de lei federal de organização judiciária eleitoral. Como as atividades jurisdicionais e administrativas aí exercidas e regulamentadas são essencialmente federais, não chega a ser um contrassenso ou um problema que desfigure ou prejudique o pacto federativo.

Trata-se, sem dúvida, de situação especial e inusitada, que foge à lógica federativa do Judiciário brasileiro, mas que se acomoda bem no sistema e revela benefícios, na medida em que prestigia a participação da vontade parcial estadual na formação de uma vontade jurisdicional central federal (tema do item a seguir) e valoriza a subsidiariedade, aproximando o centro de decisões eleitorais da população local – o que é especialmente importante quando estão em jogo questões ligadas às eleições estaduais e municipais.

Melhor ainda seria se fosse adotada como regra (decorrente de lei, Resolução do Tribunal, senão ao menos de prática constitucional objeto de recomendação do

95 “Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais: I - elaborar o seu regimento interno; II - organizar a sua Secretaria e a Corregedoria Regional provendo-lhes os cargos na forma da lei, e propor ao Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal Superior a criação ou supressão de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos; III - conceder aos seus membros e aos juízes eleitorais licença e férias, assim como afastamento do exercício dos cargos efetivos submetendo, quanto aqueles, a decisão à aprovação do Tribunal Superior Eleitoral; IV - fixar a data das eleições de Governador e Vice-Governador, deputados estaduais, prefeitos, vice-prefeitos, vereadores e juizes de paz, quando não determinada por disposição constitucional ou legal; V - constituir as juntas eleitorais e designar a respectiva sede e jurisdição; VI - indicar ao tribunal Superior as zonas eleitorais ou seções em que a contagem dos votos deva ser feita pela mesa receptora; VII - apurar com os resultados parciais enviados pelas juntas eleitorais, os resultados finais das eleições de Governador e Vice-Governador de membros do Congresso Nacional e expedir os respectivos diplomas, remetendo dentro do prazo de 10 (dez) dias após a diplomação, ao Tribunal Superior, cópia das atas de seus trabalhos; VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político; IX - dividir a respectiva circunscrição em zonas eleitorais, submetendo essa divisão, assim como a criação de novas zonas, à aprovação do Tribunal Superior; X - aprovar a designação do Ofício de Justiça que deva responder pela escrivania eleitoral durante o biênio; XII - requisitar a força necessária ao cumprimento de suas decisões solicitar ao Tribunal Superior a requisição de força federal; XIII - autorizar, no Distrito Federal e nas capitais dos Estados, ao seu presidente e, no interior, aos juízes eleitorais, a requisição de funcionários federais, estaduais ou municipais para auxiliarem os escrivães eleitorais, quando o exigir o acúmulo ocasional do serviço; XIV - requisitar funcionários da União e, ainda, no Distrito Federal e em cada Estado ou Território, funcionários dos respectivos quadros administrativos, no caso de acúmulo ocasional de serviço de suas Secretarias; XV - aplicar as penas disciplinares de advertência e de suspensão até 30 (trinta) dias aos juizes eleitorais; XVI - cumprir e fazer cumprir as decisões e instruções do Tribunal Superior; XVII - determinar, em caso de urgência, providências para a execução da lei na respectiva circunscrição; XVIII - organizar o fichário dos eleitores do Estado (...).”

Tribunal) uma alternância de comarcas ou microrregiões do Estado de onde sejam oriundos os juízes estaduais indicados para o TRE, garantindo representatividade mais heterogênea e simétrica, em termos federativos (na perspectiva dos Municípios).

Por outro lado, o equilíbrio federativo sempre desponta como a melhor solução, o que faz com que soe recomendável, em nome da simetria e igualdade, que se considere a possibilidade de: permitir que juízes federais também exerçam essa função na primeira instância (ainda que em menor proporção), participando de rodízios para o exercício da função eleitoral; bem assim que a composição dos TREs conte com participação mais equânime de juízes e desembargadores estaduais e federais, com o aumento da participação de representantes da Justiça Federal, seja redirecionando para juízes federais uma das vagas que hoje é prevista para juízes estaduais, seja com a inclusão do TRF da região na decisão sobre a indicação do advogado que ocuparia esse posto (o que tornaria a deliberação transfederativa e consoante com tendências atuais).

Isso permitiria que se tenha um quadro de julgadores eleitorais em que ainda predomine a presença estadual, mas que fique federativamente mais balanceado, bem como contribuiria para que as decisões eleitorais fiquem mais distantes e preservadas de eventuais pressões e influências políticas locais.

7. PARTICIPAÇÃO DAS VONTADES JUDICIÁRIAS PARCIAIS NA FORMAÇÃO DA VONTADE JUDICIÁRIA (INCLUSIVE NORMATIVA) CENTRAL.

Já se viu que o Judiciário é titular de poder normativo, construindo enunciados normativos, a partir de suas decisões, precedentes, jurisprudência e enunciados de súmula persuasivos e, em muitos casos, vinculantes (a exemplo daqueles do art. 927, CPC). Será que também não deve ser considerada na definição do Estado federal a necessidade de participação equânime e equilibrada das coletividades parciais (representada por desembargadores advindos de Tribunais Estaduais) na formação de precedentes, jurisprudência e súmulas vinculantes oriundos de ente central e federal?

Ou seja, soa de acordo com o pacto federativo esperar-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça⁹⁶ tenham a sua composição federativamente heterogênea e simétrica, com ministros oriundos de diferentes Estados (senão, ao menos, regiões do país)⁹⁷, cuja participação seja recomendada no julgamento de

96 Que deve ter um terço de seus membros, i.e., doze Ministros, oriundos de Tribunais Estaduais.

97 “(...) apesar de exigida a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal para o indicado à vaga pelo Presidente da República (CF/88, art. 101, parágrafo único), passados trinta anos essa etapa não se mostrou mais do que mera formalidade, sem despertar para um efetivo canal a ecoar preocupações federativas – ou, a rigor, quaisquer outras – na composição da Corte, apesar da notória ascensão institucional conquistada pelo STF desde a última redemocratização” (cf. bem lembra, SOKAL, Guilherme. Quatro lições da Suprema Corte do Canadá para o processo civil e constitucional brasileiro. Disponível em: <https://www.academia.edu/44815288/Quatro_li%C3%A7%C3%B5es_da_Suprema_Corte_do_Canad%C3%A1_para_o_processo_civil_e_constitucional_brasileiro>. Acesso em: 27 abr 2021, p. 14).

casos que decorram de processos dos seus estados de origem (ou ao menos da região de origem), que envolvam direito local, senão peculiaridade fática local, senão usos, costumes e práticas locais⁹⁸ (preservando-se um senso de pertencimento àquela comunidade) - tomando-se como inspiração o regime do Canadá, no contexto da sua Suprema Corte⁹⁹.

Mais do que isso, tendo em vista a simetria e igualdade com que se enxergam os diferentes entes federativos, importante também assegurar diversidade na composição dos Tribunais de Justiça nos Estados. No Tribunal de Justiça, pode ser, por exemplo, considerado como critério para promoção de juiz de direito a desembargador a diversidade de comarcas (e, pois, Municípios) pelos quais tenha passado aquele juiz, e a variedade da sua vivência e do seu acesso às diferentes realidades locais, diferentes legislações locais, e os valores que dali emanam e devem orientar a sua interpretação. Aquele pode ser considerado, inclusive, julgador com competência adequada para julgar caso que envolva fato ou pessoa oriundos da localidade em que atuou como juiz, quando lotado na primeira instância.

Importante observar a necessidade de que isso se reflita, igualmente, na composição do próprio CNJ (Conselho Nacional de Justiça), órgão também integrante do Poder Judiciário¹⁰⁰, que, conforme arts. 92, I-A e 103-B, CF, dentre seus quinze membros (que

98 Sugestão a ser objeto de maior reflexão, tendo em vista o risco de prejuízo para a imparcialidade no julgamento do caso.

99 Em atento e cuidadoso estudo de Direito comparado, Guilherme Sokal (SOKAL, Guilherme. Quatro lições da Suprema Corte do Canadá para o processo civil e constitucional brasileiro. Disponível em: <https://www.academia.edu/44815288/Quatro_li%C3%A7%C3%B5es_da_Suprema_Corte_do_Canad%C3%A1_para_o_processo_civil_e_constitucional_brasileiro>. Acesso em: 27 abr 2021, p. 11 ss.) constata que, no Canadá, o pacto federativo influencia e determina a composição e o funcionamento da Suprema Corte (que é bilíngue e “bijurídica”/“bijural”), marcada pela patente preocupação em garantir representatividade interna e efetiva dos entes parciais (no caso, as Províncias). Há, assim, previsão em lei de que três juízes da Suprema Corte devem ser da Província de Quebec (de tradição jurídica de *civil law* e língua francesa), cf. Seção 6 do *Supreme Court Act* de 1985, sendo que, pelo que se considera ser costume ou convenção constitucional, outros três juízes devem ser originários da província de Ontario, dois das províncias do oeste e um das províncias atlânticas (essas últimas de tradição jurídica de *common law* e língua inglesa). Serão escolhidos dentre advogados com dez anos de prática ou juízes atuantes em Corte Superior Local (ou também em Corte de Apelação, se em Quebec), cf. Seções 5 e 6 do *Supreme Court Act*. O presidente da Suprema Corte é indicado pelo Primeiro Ministro garantida a alternância de nomeação entre juízes oriundos do *civil law* e do *common law* (POIRIER, Johanne. *The role of constitutional courts, a comparative law perspective – Canada: The Supreme Court*. Brussels, Europe Union, Comparative Law Library Unit, 2019. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/thinktank>. Acesso em 14 set, p. 06 e 07). Junto a tudo isso, aquele que atua como presidente da Corte Suprema tem o poder ímpar de, mediante quórum mínimo de cinco juízes (Seção 25 do *Supreme Court Act*), definir quantos membros comporão o órgão julgador do caso (cinco, sete ou nove), quais serão eles (os membros), salientando-se que em julgamento de causa vinculada ao *civil law* parte-se para a participação dos juízes oriundos de Quebec (ALARIE, Benjamin; GREEN, Andrew. *The Power of the Chief Justice: Choosing Panels on the Supreme Court of Canada*, SSRN, 23 January 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1884428>>. Acesso em 03 dez 2020, p. 8, 10-14).

100 Trata-se de órgão administrativo, nacional e subordinado ao STF, cf. STF, ADI n. 3.367/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 13.04.2005, publicado no DPJ de 25.04.2005 (NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 777 e 778).

exercem mandato de dois anos), só conta com: um desembargador de Tribunal de Justiça e um juiz estadual, ambos indicados pelo STF; e um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-geral da República dentre aqueles indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual. Em nome de um pacto federativo que preze efetivamente pela diversidade, soa razoável o estabelecimento por emenda, senão como prática constitucional (quicá objeto de uma recomendação do próprio Tribunal, ou do CNJ a depender do caso), uma alternância de Estados e Regiões abrangidas por essa nomeação, que lhes assegure representatividade ao menos diluída no tempo. Demais disso, soa nada equilibrada a presença de somente três representantes das esferas estaduais¹⁰¹ e que, ainda, são indicados e/ou escolhidos por agente federal. Talvez uma boa solução seja cada Tribunal indicar um desembargador e um juiz, por exemplo, e o STF, ao fazer sua escolha, garantir a alternância de regiões do país.

6. NOTA CONCLUSIVA

Constata-se, assim, em caráter conclusivo, a necessidade de reestudar o federalismo para que seja pensado também em seus impactos no Poder Judiciário, de forma que a descentralização judiciária seja encarada a partir das necessidades de preservação e prestígio do poder das Justiças Estaduais de produção de normas (decorrentes de precedentes, regimentais e regulamentares), no exercício da sua prerrogativa de “autonormatização”, bem como do seu poder de organizar, estruturar e administrar seus órgãos e auxiliares, em típica atividade de autoadministração judiciária.

Há que se lembrar, contudo, que as Justiças Estaduais não são ilhas de poder isoladas do restante da estrutura do Judiciário brasileiro. Encontram-se submetidas à necessidade de respeito aos entendimentos jurisdicionais (como os decorrentes de precedentes) e administrativos (constantes de atos regulamentares) advindos de órgãos centrais, como o STF, o STJ e o CNJ, razão pela qual a vontade estadual (parcial) deve estar devidamente presente e representada na formação da vontade federal (central). Ou seja, faz-se necessária a revisão da composição do STF, STJ e CNJ (e da sua forma de atuação), para que haja representatividade estadual efetiva, equilibrada e heterogênea, o que, inclusive, daria maior legitimidade às interferências centrais na administração judiciária local.

Enfim, o Judiciário também deve ter preservadas as suas prerrogativas de autoadministração e de autonormatização, em suas esferas parciais locais (sobretudo do Judiciário local), convivendo e interagindo com a esfera central (com organismos como a Justiça Federal, o STF, o STJ, o CNJ), de forma simétrica, democrática e equilibrada, sem espaços para subordinação federativa ou limitações indevidas de seus poderes organizatórios e normativos.

101 Aponta o desequilíbrio, TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1036.

REFERÊNCIAS.

- ALARIE, Benjamin; GREEN, Andrew. *The Power of the Chief Justice: Choosing Panels on the Supreme Court of Canada*. SSRN, 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1884428>>. Acesso em 03 dez 2020.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2010.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. Características Comuns do Federalismo. In: *Por uma nova federação*. Celso Ribeiro Bastos (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. *O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação e a constituinte*. São Paulo: Themis, 1986.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. “Separação de poderes” no Estado Federal norte-americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 150, 2001.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998.
- CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Federalismo, centralização e princípio da simetria. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4548, 14 dez. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45081>>. Acesso em 07 ago 2021.
- DIDIER JR, Fredie. *Editorial n. 181. Súmula Vinculante de Tribunal de Justiça*. Disponível em: www.frediedidier.com.br. Acesso em 23 fev 2014.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 23 ed Salvador: Jus Podivm, 2021

- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 54, 1982.
- _____. *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte; UFMG, 1964.
- _____. *Direito Constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- _____. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 21, 2002.
- _____. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 315, 1991.
- _____. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- JUNIOR, Nelson Jorge. Princípio federativo e limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça – Art. 103-B, da Constituição Federal de 1988. In: Renato Siqueira De Pretto, Richard Pae Kim, Thiago Massao Cortizo Teraoka (coord.) *Federalismo e Poder Judiciário*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2019.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- LEONCY, Léo Ferreira. “Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2011.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. *O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas*. São Paulo: Max Limonad, 1960.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.
- MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica do Direito do Estado*, Salvador, n. 12, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2004, 3 v.
- Moreira, José Carlos Barbosa. A Justiça Estadual na República. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 160, 2008.
- NEIVA, Pedro. Bicameralismo na África. *Revista Política Hoje*, vol. 19, n. 1, 2010, p. 134. Disponível em: <[file:///C:/Users/User/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-961130L\)/Download-s/3835-8297-1-PB.pdf](file:///C:/Users/User/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-961130L)/Download-s/3835-8297-1-PB.pdf)>. Acesso em 05 ago 2021.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2021.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Regimentos internos como fonte de normas processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020.

- PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto Costituzionale*. 5 ed. Milano: Giuffrè, 1957.
- PINTO, Djalma. Comentários aos art. 118 a 121 da Constituição. In: Paulo Bonavides; Jorge Miranda; Walber de Moura Agra (coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- POIRIER, Johanne. *The role of constitutional courts, a comparative law perspective – Canada: The Supreme Court*. Brussels, Europe Union, Comparative Law Library Unit, 2019. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/thinktank>. Acesso em 14 set.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, Anderson Santos. O conteúdo constitucional do princípio federativo. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 15 n. 106, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Fernando Neves da. Comentários aos artigos 118 a 121 da CF. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Almedina/Saraiva, 2018.
- SOKAL, Guilherme Jales. *Quatro lições da Suprema Corte do Canadá para o processo civil e constitucional brasileiro*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/44815288/Quatro li%C3%A7%C3%B5es da Suprema Corte do Canad%C3%A1 para o processo civil e constitucional brasileiro](https://www.academia.edu/44815288/Quatro_li%C3%A7%C3%B5es_da_Suprema_Corte_do_Canad%C3%A1_para_o_processo_civil_e_constitucional_brasileiro)>. Acesso em: 27 abr 2021.
- _____. O Novo CPC e o federalismo: perspectivas para a advocacia pública estadual. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Fazenda Pública*. V. 3. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 01, 1993.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

A estabilidade processual decorrente do procedimento antecipado de prova¹

The stability of the early production of evidence procedure

Carolina Costa Meireles

Masters of law candidate at Rio de Janeiro State University.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de analisar a estabilidade processual que se opera sobre os atos praticados no procedimento antecipado de prova. Para isso, desenvolve-se, como premissa, que a estabilidade processual é uma categoria jurídica, em que a coisa julgada e preclusão são apenas algumas das espécies. A partir disso, são definidos os contornos da estabilidade resultante da produção autônoma de prova, analisando os seus efeitos e alcance.

Sumário. 1. Introdução. 2. Premissa teórica. A estabilidade como categoria jurídica. 3. Hipóteses de cabimento da produção antecipada da prova 4. O procedimento antecipado de prova como procedimento preliminar. Antecipação da fase processual. 5. A estabilidade da prova produzida antecipadamente. 6. Vinculação dos sujeitos processuais. 7. A natureza da prova produzida antecipadamente. 8. Conclusão.

Palavras-chave: Prova. Estabilidade. Coisa Julgada. Preclusão. Procedimento antecipado de prova.

¹ O presente trabalho é fruto das discussões havidas durante as aulas da disciplina “Inovações nas Estruturas Fundamentais do Processo”, ministrada pelo Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral ao longo do primeiro semestre de 2021, no âmbito do Curso de Mestrado em Direito Processual, vinculado ao PPGD da UERJ.

Abstract: The present work aims to analyze the stability of the early production of evidence procedure. In order to do that, it is established that the procedural stability is an category, in which the *res judicata* and the preclusion are some of the species. From this premise, the contours of the stability in the early production of evidence are defined, analyzing its effects and reach.

Key-words: Evidence. Stability. *Res judicata*. Preclusion. Early production of evidence.

1. INTRODUÇÃO

O direito fundamental ao contraditório, uma das mais importantes garantias processuais, possui como corolário natural da sua dimensão substancial o exercício do direito à prova². Afinal, o resultado da instrução probatória é uma das formas de assegurar a efetiva possibilidade de a parte influenciar na decisão³. Sem a produção probatória, a violação de direito é inevitável⁴, vez que sua realização impede decisões arbitrárias. Assim, a prova constitui elemento essencial para o Estado Democrático de Direito, ligado diretamente à ideia de processo justo⁵.

O direito à prova é, pois, um direito fundamental⁶.

E o Código de Processo Civil reconheceu, expressamente, a prova como efetivamente um direito. O art. 369 previu que as partes têm o *direito* de provar a verdade dos fatos por todos os meios legais e moralmente legítimos. Trata-se de uma mudança em relação ao sistema anterior, que previa que “*todos os meios legais [...] são hábeis a provar a verdade dos fatos*” (art. 332, CPC/73).

Mais ainda. O Código consagrou o direito à prova como um direito autônomo, que prescinde de um debate judicial para o seu exercício. Isto é, o direito à prova deixa de ser instrumental a outros direitos discutidos no processo e passa a ser o objeto principal da demanda. A produção probatória que visa comprovar determinada alegação de fato controvertida na demanda é, portanto, apenas uma das finalidades da prova.

- 2 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 50.
- 3 “O direito à prova revela-se um componente essencial da garantia constitucional do contraditório, porque, ao permitir que a parte contradiga os argumentos que lhe são contrários, possibilita que tenha todos os meios necessários para que possa influenciar na obtenção da tutela jurisdicional favorável”. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.199.
- 4 ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la Prueba Judicial*. t. I. Buenos Aires: Aguilar, 1981, p. 13-14.
- 5 MITIDIERO, DANIEL. *Processo justo, colaboração e ônus da prova*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, n. 78, n.1, p. 72-73. Na mesma linha: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do direito processual civil*. v. III. Malheiros: São Paulo, 2001, p. 48.
- 6 Para um estudo aprofundado sobre o tema, ver: CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. No mesmo sentido, sustentam: ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 830. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. II. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 50.

A maior expressão da autonomia do direito à prova é o procedimento antecipado de prova, que, embora já existisse no direito processual brasileiro, teve a sua disciplina positivamente ampliada com Código de Processo Civil de 2015. As possibilidades de cabimento, previstas no art. 381, II e III, CPC, têm a potencialidade de garantir um processo mais efetivo, colaborativo e eficiente. Não apenas isso: trata-se de um reconhecimento de que as partes também são protagonistas do processo, abandonando a ideia de que o juiz é o único destinatário da prova. Permite-se que, a partir da prova produzida antecipadamente, as partes tracem estratégias e tomem decisões informadas e calculadas.

No entanto, muitas questões relativas ao procedimento antecipado de prova ainda se encontram em aberto. Este pequeno artigo, então, propõe-se a enfrentar uma destas questões: o que acontece com a prova após o encerramento do procedimento antecipado? O presente estudo limita-se, contudo, aos efeitos da prova produzida antecipadamente em procedimento que possui caráter contencioso.

Para responder a esta questão, analisa-se o instituto da preclusão e outras estabilidades processuais, com o objetivo de demonstrar que existem estabilidades extraprocessuais (que se projetam para fora no processo em que se operou) para além daquela gerada pela coisa julgada material. A partir dessa premissa teórica, pretende-se mostrar que a prova produzida antecipadamente possui estabilidade e não poderá ser reproduzida em eventual futuro processo.

Ainda, serão estudados o alcance e efeitos dessa estabilidade processual, bem como a forma com que essa estabilidade alcança os sujeitos processuais – partes, juiz e terceiros. Por fim, analisar-se-á a natureza jurídica desta prova, quando utilizada em um processo futuro.

2. PREMISSA TEÓRICA. A ESTABILIDADE PROCESSUAL COMO CATEGORIA JURÍDICA.

Tradicionalmente, a doutrina identifica dois tipos de estabilidades processuais: a preclusão e a coisa julgada. Em verdade, a doutrina clássica sequer utiliza o termo ‘estabilidades processuais’, tampouco as coloca como tipos de uma mesma categoria jurídica. Enquanto a preclusão é identificada como técnica⁷ de estruturação do procedimento, relacionada à marcha processual, de modo a permitir que o procedimento se desenvolva de modo ordenado e coerente⁸, a coisa julgada estaria

7 Sobre a preclusão como técnica, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “pode-se também aplicar, com maior ou menos intensidade, a técnica de que a inobservância de ordem legal e do prazo assinalado às atividades processuais acarreta como consequência a preclusão da faculdade de cumpri-los ou continua-los (técnica da preclusão)”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 129.

8 “Ovviamente non ogni preclusione o sistema di preclusioni è di per sé pregevole ed efficiente; tuttavia un buon sistema di preclusioni è indispensabile per un processo che si voglia pur minimamente dotato di ordine e di funzionalità”. TARUFFO, Michele. *Preclusioni (diritto processuale civile)*. In: *Enciclopedia del diritto*. Aggiornamento n. 1, 1997, pp. 794-810.

relacionada à segurança jurídica e paz social. Os seus efeitos, diferentemente da preclusão, projetam-se para fora do processo na qual ela se operou.

Embora a coisa julgada e a preclusão possuam gênese comum, eram (e ainda são) tratadas como fenômenos completamente independentes entre si. No entanto, ambos os institutos possuem escopos similares, na medida em que buscam concretizar a segurança jurídica e proteger a tutela da confiança. Em verdade, a coisa julgada e a preclusão são espécies de um mesmo gênero: as estabilidades processuais⁹.

O reconhecimento apenas da existência de coisa julgada e preclusão é insuficiente para explicar o fenômeno das estabilidades no nosso sistema processual¹⁰. Existem diversas outras espécies de estabilidades processuais, que variam em graus de intensidade¹¹. O próprio Código de Processo Civil utiliza o termo estabilidade, em diversas passagens, para se referir a espécies que não são compatíveis com a divisão entre preclusão e coisa julgada¹².

É o caso, por exemplo, da “estabilização da tutela antecipada”, prevista no art. 304, CPC. Trata-se de espécie de estabilidade diferente da preclusão e coisa julgada¹³, mas que, do mesmo modo que estas, pressupõe a continuidade da posição jurídica, produzindo, inclusive, efeitos extraprocessuais.

Outro exemplo é a estabilidade da decisão de saneamento e organização do processo, prevista no art. 357, §1º, CPC¹⁴. Neste caso, estabilizam-se as questões de

9 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 324 e ss.

10 CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria jurídica incorporada ao sistema do CPC. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). Salvador: Juspodivm, 2018, 25 – 60.

11 “É importante não confundir estabilidade com imutabilidade, preclusão ou coisa julgada. As estabilidades são fenômenos muito mais amplos do que as duas formas clássicas previstas no CPC/73. Assim, é possível falar em estabilidade sem que, necessariamente, o tema esteja atrelado à recorribilidade da decisão. Da mesma forma que não se pode negar que todos os atos processuais, em certa medida, são dotados de alguma estabilidade, uma vez que o juiz não pode, aleatoriamente, modificar o conteúdo das suas decisões, sem que estejam previstas as hipóteses autorizadoras para tanto. Parece acertado, então, identificar as estabilidades em graus que vão desde a estabilidade em grau mínimo, incidente sobre todo e qualquer ato judicial, até a que se observa nas decisões de mérito, transitadas em julgado há mais de dois anos, não passíveis de desconstituição por meio de ação rescisória (grau máximo)”. UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 167 – 188.

12 Reconhecendo, embora de forma tímida, a existência de outras estabilidades processuais: MARCONDES, Gustavo Viegas. A boa-fé processual objetiva e a estabilização das questões de admissibilidade. *Revista de Processo*. vol. 311. São Paulo, RT, 2021, p. 39 – 58.

13 “O problema que se coloca, quando se investiga a estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente, é justamente a definição do que significa a referida estabilidade. Mais do que os requisitos e seu procedimento, é preciso compreender e delimitar os efeitos dessa figura, verdadeira novidade para o Direito Processual Civil brasileiro. Nessa linha, é possível afirmar que a estabilidade é um instituto particular do Código de Processo Civil de 2015, que pode ter semelhanças e diferenças quando comparado a outros institutos; ainda assim, a estabilidade é uma figura típica e que não deriva de nenhuma outra”. PUGLIESE, Willian Soares; ZARNICINSKI, Igor Maestrlli. Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*. vol. 281. São Paulo: RT, 2018, p. 259 – 277.

14 Nesse sentido: “Tanto assim o é que a lei ressalta que a estabilidade da decisão apenas ocorrerá após a manifestação das partes ou o decurso do prazo para tanto. A estabilidade, aqui, deve ser vista como uma

admissibilidade do processo¹⁵, a distribuição do ônus da prova e objeções materiais¹⁶, se houver.

Do mesmo modo ocorre em relação à estabilidade decorrente do art. 486, §1º, CPC¹⁷, cuja eficácia é extraprocessual¹⁸. Isto é: o próprio Código previu uma espécie de estabilidade que produz efeitos para fora do processo. Atribui-se, pois, estabilidade à decisão que extingue o processo parcial ou totalmente sem exame de mérito¹⁹, podendo ser proposta uma nova ação apenas após a correção do vício. Ou seja: após verificar uma mudança no processo que se permite a quebra da estabilidade.

Tais exemplos²⁰ demonstram que é equivocada a clássica dicotomia entre preclusão – efeitos endoprocessuais e coisa julgada – efeitos extraprocessuais. Nessa visão, se

estabilidade de grau mínimo, voltada a ressaltar que o *thema decidendum* não pode ser alterado pelo magistrado, salvo mediante interposição de recurso, modificação do cenário fático ou jurídico, correção de erros materiais ou reconhecimento posterior de matérias de conhecíveis de ofício. Assemelha-se à estabilidade prevista no art. 494 do CPC, que não se confunde com preclusão”. UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 167 – 188.

- 15 Quanto à estabilização das questões de admissibilidade, Gustavo Marcondes defende: “Do ponto de vista de seu funcionamento, o regime da estabilização significa, portanto, a atribuição ostensiva de eficácia preclusiva a um determinado provimento jurisdicional o que, a teor do que dispõem os arts. 505, caput, e 507 do NCP, poderia até mesmo ser considerado dispensável. No entanto, na medida em que se atribui tal regime à decisão, confere-se ao provimento um grau de imunização só suprimível mediante ação desconstitutiva autônoma, o que retira do âmbito recursal a possibilidade de revisão do pronunciamento. A questão que se coloca, notadamente diante do caráter normativo da boa-fé processual objetiva, é se para os fins de concretização desse conteúdo normativo e, conseqüentemente, para o fim de se atribuir eficácia aos demais princípios e subprincípios correlacionados à boa-fé processual objetiva, o mesmo regime de estabilização pode, ou não, ser atribuído ao exame – ou à falta dele – das questões de admissibilidade do processo, ainda que versando matérias de ordem pública”. MARCONDES, Gustavo Viegas. A boa-fé processual objetiva e a estabilização das questões de admissibilidade. *Revista de Processo*. vol. 311. São Paulo, RT, 2021, p. 39 – 58.
- 16 POMJÉ, Carolina. Sobre o que incide a estabilização prevista no art. 357, § 1º, do código de processo civil de 2015?. *Revista dos Tribunais*. vol. 1023. São Paulo: 2021, p. 235 – 255.
- 17 Não é nova a crítica acerca do conceito de coisa julgada formal. Nesse sentido: “A denominação ‘coisa julgada formal’ chega a ser contraditória. Se a coisa – *res* – está julgada e por isso se fala em *res iudicata* (coisa julgada), é inadmissível empregar essa locução para designar fenômeno de outra natureza, correspondente a pronunciamentos que não contêm o julgamento da *res*, em que, pois, a *res* não está *iudicata* e não podem, portanto, constituir coisa julgada”. ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 219.
- 18 Antonio do Passo Cabral defende que, no caso do art. 486, §1º, CPC, a estabilidade é uma preclusão extraprocessual submetida à cláusula *ceteris paribus*. É que o autor parte da premissa de que “o arquétipo padrão das estabilidades processuais é a preclusão, desde que compreendamos a preclusão como dotada de eficácia extraprocessual”. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 341. No entanto, utilizaremos a nomenclatura estabilidade processual, evitando-se, assim, confusões terminológicas com o conteúdo classicamente atribuído ao termo “preclusão”. Nesse sentido, Eduardo Talamini afirma “Em prol da clareza dos conceitos, é censurável o emprego do termo ‘preclusão’ para expressar autoridade que se pretende que vá para fora do processo”, porquanto convencionou-se “empregar o vocábulo para designar fenômeno interno ao processo: a perda da faculdade para prática de ato dentro do processo”. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 134-135.
- 19 CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 85.
- 20 Ainda nos exemplos, Adriano Sayão Scopel trata da estabilidade da decisão declaratória de inconstitucionalidade. SCOPEL, Adriano Sayão. *Estabilidade das decisões declaratórias de constitucionalidade: quando e como é cabível*

determinada posição processual não for incorporada à decisão de mérito e, portanto, não for abarcada pela coisa julgada material, a estabilidade gerada pela preclusão não alcança os atos que serão praticados em outro processo²¹.

Veja-se que em todos os exemplos acima não há formação de coisa julgada e, ainda assim, a estabilidade se projeta para fora do processo. A partir do Código de 2015, passa-se a admitir, portanto, expressamente, a existência de diversas espécies de estabilidades, abandonando a ideia de que a coisa julgada seria a estabilidade processual por excelência²². Com isso, não há como negar a existência, também, de diversas espécies de estabilidades com efeitos extraprocessuais, que não se limita à coisa julgada material.

É que, em um sistema de estabilidades, em que segurança jurídica é um vetor normativo, deve-se compreender que “*as estabilidades processuais abarcam não só conteúdos estanques (estáticos) do pedido ou do dispositivo da sentença*”²³, mas também posições jurídicas processuais, gerando efeitos endoprocessuais e extraprocessuais.

Nessa linha, entende-se a segurança jurídica como subprincípio concretizador do Estado de Direito²⁴, em que a continuidade jurídica, faceta objetiva da segurança²⁵, é parte indissociável e necessária ao alcance do seu escopo²⁶. A segurança-continuidade concilia a possibilidade de mudança da posição jurídica com a sua permanência tendencial. Isto é, a posição jurídica não se torna imutável, mas *tendencialmente estável*²⁷, impondo maior ônus argumentativo à mudança, apesar de pressupor a sua possibilidade.

São duas as principais características da segurança-continuidade: a previsibilidade e permanência normativa. Enquanto a primeira é compreendida pela calculabilidade²⁸

a reanálise da (in)constitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Ano 15. v. 22. n.1, p. 29 – 57.

- 21 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 216.
- 22 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 314 e ss.
- 23 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 671.
- 24 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 32. Salvador: 2012, p. 5.
- 25 “A segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, no nosso sentir, também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas”. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 32. Salvador: 2012, p. 9.
- 26 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 373 - 374.
- 27 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 374.
- 28 “A calculabilidade significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente

e confiabilidade, permitindo projeções futuras a partir de atos pretéritos, a segunda garante a estabilização a longo prazo, afinal, não basta que haja previsibilidade em um curto momento temporal.

Desse modo, se a continuidade é pressuposto necessário à segurança jurídica, então as situações jurídicas processuais também devem ser pensadas sob essa perspectiva²⁹. Diante disso que se deve compreender as estabilidades como uma categoria jurídica baseada na segurança-continuidade, em que é possível “*um equilíbrio entre alteração e permanência*”³⁰. Uma posição jurídica processual, portanto, torna-se tendencialmente estável, sem, no entanto, tornar-se imutável.

Partindo-se, pois, da premissa de que (i) a segurança jurídica está ligada à continuidade, bem como de que (ii) as estabilidades processuais não estão necessariamente ligadas a uma decisão de mérito, questiona-se se, em um procedimento em que não há coisa julgada, não há outra espécie de estabilidade, inclusive com eficácia extraprocessual. É a partir disso que demonstrar-se-á que o procedimento antecipado de prova gera estabilidades, cujos efeitos se projetam para fora do processo.

3. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

A partir do reconhecimento do direito à prova como um direito autônomo³¹, em que o seu exercício deixa de ser instrumental ao reconhecimento de outro direito, supera-se a ideia de que o juiz é o único destinatário da prova³², bem como passa-se a admitir procedimentos em que o principal objetivo é a certificação e efetivação do direito à prova³³. Como se disse, a mais significativa expressão do reconhecimento do direito autônomo à prova foi a ampliação da disciplina legal das ações probatórias.

aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente. Sua previsão é bem-sucedida quando a decisão adotada se enquadra no âmbito das alternativas interpretativas antecipáveis e nas consequências abstratamente previstas e capazes de verificação mediante critérios e estruturas argumentativas” CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

29 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 383 e ss.

30 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 374.

31 Para um estudo aprofundado sobre o tema, ver: CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. No mesmo sentido, sustentam: ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 830; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. II, p. 50.

32 Nesse sentido o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(art. 369; art. 370, caput) Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

33 DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013. v. 218, p. 13-45.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe a possibilidade de ação probatória autônoma sem o requisito de urgência, como há muito era reclamado pela doutrina³⁴. Foi disciplinada, assim, entre os artigos 381 e 383 do CPC, a ação de produção antecipada de prova, na qual se busca justamente o reconhecimento do direito autônomo à prova³⁵ e sua respectiva efetivação. Com a criação desse procedimento autônomo, que prescinde do requisito de urgência, reconhece-se que as partes têm, de fato, o direito de produzir provas de forma independente do processo. Não há, inclusive, em relação a algumas hipóteses de cabimento, sequer a necessidade de caráter contencioso para a instauração do procedimento (art. 382, §5º, CPC).

Mais ainda: admite-se que as partes também são destinatárias da prova³⁶, na medida em que, na produção antecipada, serão elas que farão a valoração da prova produzida. Isto é, a própria avaliação da prova pela parte é que vai definir o seu comportamento, podendo até mesmo ser determinante para que ocorra ou não o ajuizamento de uma nova ação judicial³⁷.

O Código de Processo Civil de 2015 conservou a hipótese de cabimento da ação probatória quando houver *“fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”* (art. 381, I). Contudo, trouxe mais duas hipóteses de caráter contencioso.

O art. 381, II estabelece que *“a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”*. Nesta hipótese, dispensou-se o requisito de urgência e se passou a admitir a antecipação da prova com único objetivo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito. Essa previsão, de cunho eminentemente satisfativo, consagra o direito autônomo à prova e reforça a ideia de que as partes também são destinatárias da prova. Mostra-se, ainda, fundamental para o estímulo de soluções consensuais de litígios, eis que as partes, de posse das provas produzidas, calculam sua probabilidade de êxito em eventual demanda e, com isso, possuem maiores condições de negociação.

34 NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 359 e ss. YARSHHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 309 e ss. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. VIII, t. II, p. 327. DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação*. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013. v. 218, p. 13-45.

35 DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada de prova*. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório*. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 721.

36 Nesse sentido, escreve Arruda Alvim: “Esse novo propósito da atividade probatória, que, de certa forma, situa também as partes como destinatárias da prova, tem como objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático”. ARRUDA ALVIM. *Notas sobre o projeto do novo código de processo*. *Revista de Informação Legislativa: Especial novo Código de Processo Civil*. Brasília: ano 48. n. 190, p. 39.

37 TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2016. v. 260, p.76.

O último inciso do *caput* do artigo 381, CPC, estabelece, como fundamento legal para a produção antecipada de prova a situação em que “o *prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*”. Eis aqui mais uma inovação do CPC.

Essa previsão, assim como a anterior, reforça a ideia de que as partes também são destinatárias da prova, não apenas o juiz. É um dispositivo que privilegia a economia processual, na medida em que, por meio da produção antecipada, evitam-se ações temerárias. Com o lastro probatório obtido por meio do procedimento antecipado, a parte que pretendia ajuizar uma ação se convence da inexistência da prova do fato que lastrearia sua pretensão (ou seu direito) e, assim, não se inicia um processo desnecessário. Por meio dessa ação também possibilita, por exemplo, que a parte que deseja ajuizar uma ação verifique quem é o verdadeiro legitimado passivo.

Em outras palavras, as duas hipóteses que prescindem do requisito da urgência permitem que as partes calculem os riscos e elaborem prognósticos para, então, escolher entre as possibilidades de condutas. É que, conforme já afirmado, as partes realizam a valoração da prova produzida antecipadamente e, com isso, podem ser feitas avaliações de comportamentos a partir do resultado obtido.

O juiz, por outro lado, na produção antecipada autônoma, não faz qualquer valoração da prova produzida. A lei processual, inclusive, proíbe que o magistrado realize qualquer atividade de análise e valoração da prova (art. 382, §2º). Não há, portanto, o reconhecimento de que determinado fato foi provado nem há certificação de existência de determinada relação jurídica. A atividade jurisdicional se limita a viabilizar a produção da prova³⁸ de modo regular.

A vedação à valoração, no entanto, não se confunde com atos decisórios próprios da produção da prova. Estes últimos não só podem, como devem ser proferidos pelo juiz, pois fazem parte da produção probatória. É o caso, por exemplo, de decisões acerca da contradita de testemunha, impugnação do perito ou admissão da recusa de exhibir documento.

É que, no procedimento antecipado de prova, é possível que sejam debatidas questões relativas à própria prova³⁹. A vedação de ser apresentada defesa, constante no art. 382, §4º, CPC, deve ser compreendida como a ausência de via específica para impugnação, bem como a proibição de discussão em torno do mérito da causa em que a prova pode ser utilizada⁴⁰.

38 DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada de prova. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório*. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 722.

39 Em outro trabalho, tivemos a oportunidade de discorrer de forma mais ampla sobre o tema: MEIRELES, Carolina Costa. Reflexões sobre a produção antecipada de prova. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2020. v. 1015, p. 277-311

40 TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*, v. 260, ano 2016, p. 74-101.

É possível, pois, o requerido discutir tanto matérias processuais, quanto de mérito. Pode ser levantada, por exemplo, questão de competência do juízo – afinal se o próprio Código estabelece regra de competência, obviamente ela pode ser debatida pelo requerido, a pertinência e utilidade da prova – requisitos de admissibilidade – e a suspeição e impedimento do juiz e das testemunhas, entre outras hipóteses. Quanto às matérias de mérito, é defeso ao requerido discuti-las em face da relação jurídica que poderá ser objeto de processo posterior. No entanto, o mérito do procedimento probatório é a própria produção de prova. Assim, é permitido discutir o modo de produção da prova, eventuais danos que aquela prova pode causar ao requerido⁴¹ e, nos casos de urgência, a existência da verossimilhança e o perigo de dano⁴².

Em outras palavras, no procedimento antecipado de prova, embora não seja debatida, tampouco realizada a valoração da prova, são discutidos diversos aspectos relativos à própria prova, bem como diversas decisões podem ser proferidas.

4. O PROCEDIMENTO ANTECIPADO DE PROVA COMO UMA ANTECIPAÇÃO DE FASE PROCESSUAL

A produção antecipada de prova é um procedimento autônomo e, ao contrário do que ocorria no Código de 73, o seu processamento é desvinculado de um processo de conhecimento, cujo objeto é um direito material. Ao contrário: o procedimento probatório autônomo funciona como uma concretização do direito à prova, permitindo que as partes adotem estratégias a partir do seu resultado. Contudo, a partir do ajuizamento de um processo de conhecimento posterior ao procedimento antecipado de prova, este se torna uma antecipação de uma fase processual daquele.

Explica-se. Adotando-se a técnica processual prevista em ordenamentos estrangeiros⁴³, em uma perspectiva macro, o Código de Processo Civil previu rotas procedimentais⁴⁴, em que, a depender das circunstâncias do caso, é adotada uma ou outra rota. A flexibilização procedimental por rotas contribui para preservar garantias fundamentais, como a duração razoável do processo, a segurança jurídica e direito à

41 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 513.

42 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. v. II, t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 318.

43 No Direito processual inglês, por exemplo, o processo pode percorrer algumas rotas, a depender do valor da causa e complexidade. Fala-se em *small claim track*, *fast track* e *multi-track*. Sobre o tema, ver: ALVES, Tatiana Machado. *Gerenciamento processual no novo CPC: mecanismos para gestão cooperativa da instrução*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 174 e ss.

44 Paulo Mendes sustenta que o Código de Processo Civil previu três rotas procedimentais distintas: a) o procedimento curto (improcedência liminar do pedido); b) o procedimento médio (julgamento antecipado do mérito); e c) o procedimento longo (necessidade de dilação probatória). Trata da tutela antecipada em caráter antecedente sem, no entanto, incluir como uma rota procedimental específica. MENDES, Paulo. *Segurança jurídica e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, 199 e ss.

tutela adequada. Justamente nessa linha, ao prever hipóteses de produção antecipada de prova que prescindem do requisito da urgência (art. 381, II e III, CPC), o legislador ampliou as opções de rotas procedimentais.

Em outras palavras, possibilitou-se que a fase instrutória ocorresse antes mesmo da fase postulatória. São, portanto, invertidas as fases processuais com o objetivo de permitir a gestão de riscos pelas partes e evitar processos infundados e/ou inúteis. Com isso, permite-se uma completa mudança na rota tradicionalmente prevista no procedimento comum: primeiro, tem-se a fase instrutória e, apenas posteriormente, se for ajuizado um processo de conhecimento, é que se segue para a fase postulatória e decisória. Altera-se, portanto, inteiramente o antigo paradigma da ordem tradicional do processo de conhecimento, na medida em que, por meio do procedimento probatório autônomo, é reconhecida que a produção probatória é oportuna também antes e de forma independente da própria postulação.

Dessa forma, no procedimento antecipado de prova, são levadas ao conhecimento do juiz questões relativas à propositura, admissibilidade e produção da prova, excluindo apenas a sua valoração⁴⁵. Isto é, instaura-se a fase instrutória, que, no processo tradicional, só poderia ocorrer após a fase postulatória do processo. Há, pois, uma antecipação cognitiva⁴⁶, na medida em que o juiz conhece de questões que, a priori, só seriam conhecidas em outro momento processual: a fase instrutória da demanda de conhecimento.

Ressalte-se que, embora seja uma antecipação da fase instrutória, não significa dizer que a prova produzida antecipadamente deve estar necessariamente atrelada a um processo futuro. Muito pelo contrário. O reconhecimento do direito autônomo e fundamental à prova garante que qualquer prova seja produzida de forma autônoma. É que, na sistemática do CPC/2015, considera-se que a produção probatória é oportuna também antes da instauração do processo ou, até mesmo, antes da existência de qualquer conflituosidade.

Ocorre que a ação de produção antecipada de prova, embora seja autônoma, não se desvincula por completo do direito material⁴⁷. É por isso que, ao propor o

45 Em sentido diverso, sustentando que na produção antecipada de prova não se produz a prova, mas há tão somente a obtenção: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. V. 2, p. 315. No mesmo sentido é a crítica de Araken de Assis, para quem “desprovida a produção antecedente da eficácia que lhe é própria, que pressupõe admissão, cuida-se de simples assecuração, e, não, desde logo, da produção da prova”. (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. II, t. II, p. 291). Em sentido contrário: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 134-141.

46 VOGT, Fernanda Costa. *Uma teoria da cognição judicial adequada: flexibilização e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 261.

47 Flávio Luiz Yarshell explica: “ainda que se possa – como realmente parece possível – conceber um autêntico direito autônomo à prova, e mesmo que se considere que essa última pode e deve, sob certas condições, ser constituída com o escopo de orientar as partes, e não necessariamente servir de fundamento para um julgamento estatal que declare o direito no caso concreto, ainda assim a ligação da prova a uma afirmada

procedimento antecipado de prova, o requerente deve demonstrar, pelo menos, a *potencial* controvérsia que pode vir a ser instaurada⁴⁸. O procedimento de produção antecipada caracteriza-se pela *referibilidade*⁴⁹: é necessário que se faça referência a uma situação jurídica substancial tutelável, muito embora prescindida da propositura de demanda de conhecimento⁵⁰.

Assim, se instaurado o processo de conhecimento, que visa tutelar algum direito material – o que, como se disse, não é indispensável –, o procedimento antecipado de prova deve ser encarado como uma antecipação da fase instrutória deste novo processo. Isto é, essa prova produzida antecipadamente faz as vezes da prova que seria produzida na fase instrutória do procedimento comum, “quando só seria produzida – e conhecida – em momento posterior à fase postulatória”⁵¹.

De fato, em um processo civil flexível e gerenciável, as modificações – inversões e antecipações – cognitivas⁵² passam a ser a regra e não se pode mais conceber a ideia de que há apenas um momento adequado para a produção da prova. O procedimento probatório autônomo permite que sejam levadas ao conhecimento do juiz questões que seriam conhecidas apenas após a fase postulatória da demanda de conhecimento, comportando-se como uma verdadeira antecipação de uma fase processual.

situação de direito material – atual ou ao mesmo potencialmente controvertida – é imprescindível para justificar a intervenção estatal, fazendo-a não apenas útil (porque necessária e adequada), mas razoável e proporcional”. (YARSELL, Flávio Luiz. Produção antecipada de prova. In: *Breves comentários ao código de processo civil*. WAMBER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 211 e 212).

- 48 Sobre a causa de pedir na produção antecipada de prova, ver: MEIRELES, Carolina Costa. Reflexões sobre a produção antecipada de prova. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2020. v. 1015, p. 277-311. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada de prova. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório*. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 723; TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2016. v. 260, p. 74-101
- 49 Kazuo Watanabe afirma que a referibilidade é característica das ações cautelares, cuja propositura da ação principal é indispensável. (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 146.). No entanto, tal relação de necessidade não existe na produção antecipada de prova. A referibilidade se limita à necessidade de se fazer referência à tutela de direito material, que eventualmente a prova produzida antecipadamente estará atrelada. Na produção antecipada de prova, é preciso demonstrar a posição do requerente em uma possível – potencial – demanda.
- 50 Em sentido contrário, Paulo Osternek Amaral: “Ressalve-se que a prova produzida em ação cautelar de antecipação de prova (por exemplo, a realização de uma perícia) não pode ser considerada como hipótese de prova emprestada, muito embora se possa afirmar que ela se destine a ingressar em outro processo. Rigorosamente, a prova não é produzida em processo anterior e então transportada para um processo posterior. Ela é originalmente pertencente ao processo posterior. A sua colheita apenas foi antecipada em processo diverso, sob penal de tal prova não poder ser produzida no momento processual ordinário do processo principal.” AMARAL, Paulo Osterneck. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.104
- 51 VOGT, Fernanda Costa. *Uma teoria da cognição judicial adequada: flexibilização e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 261.
- 52 VOGT, Fernanda Costa. *Uma teoria da cognição judicial adequada: flexibilização e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 262.

5. A ESTABILIDADE PROCESSUAL NO PROCEDIMENTO ANTECIPADO DE PROVA.

Como visto, o sistema de estabilidades como classicamente entendido não é adequado ao dinamismo do processo contemporâneo. É necessário ir além. Os atos processuais implicam em autorresponsabilização, e, sobretudo em um ambiente participativo, é natural conceber que os sujeitos processuais ficam vinculadas aos atos que praticam. Desse modo, as estabilidades geram efeitos extraprocessuais, ainda que não absorvidos pela coisa julgada.

É a partir dessa premissa que se deve entender a estabilidade que se opera a partir do procedimento antecipado de prova. As partes, ao participarem da produção autônoma da prova, ficam vinculadas ao complexo de atos processuais e posições jurídicas decorrentes do procedimento. Isso significa dizer que, *a priori*, aquela prova não poderá ser produzida novamente. Do mesmo modo, as faculdades, poderes e ônus decorrentes da produção dessa prova não poderão ser novamente exercidos.

Para ilustrar a ideia, imagine-se que Fredie ajuíza uma produção antecipada de prova em face de Antonio com objetivo de produzir prova pericial em seu imóvel, que, supostamente, teria sido danificado pelo requerido. Em princípio, o processo probatório vai seguir o procedimento previsto nos arts. 381 a 383 c/c 464 a 480, CPC. Desse modo, o juiz nomeará o perito e, no prazo de 15 dias, as partes poderão arguir impedimento ou suspeição do perito, indicar assistente técnico e apresentar quesitos. Havendo impugnação à nomeação do perito, o juiz terá que decidir acerca da questão e, eventualmente, nomear novo perito. Do mesmo modo, cabe ao juiz indeferir quesitos impertinentes e facultar às partes a apresentação de quesitos suplementares.

Seguindo no exemplo proposto, imaginemos que a prova pericial foi regularmente produzida, o perito apresenta laudo técnico e as partes se mostram satisfeitas com o resultado, dispensando, assim, quesitos suplementares. Não havendo mais questionamentos acerca da prova, o procedimento probatório será encerrado. Fredie, então, de posse daquele laudo pericial, decide propor ação de indenização em face de Antonio.

Neste posterior processo de conhecimento, não deve ser permitida a produção de nova prova pericial com o mesmo objeto, em razão da estabilidade formada no procedimento antecipado de prova anterior. Não se pode admitir, por exemplo, que seja arguido o impedimento do perito apenas no processo de conhecimento, na medida em que já houve a oportunidade de ser alegado na produção antecipada de prova – salvo se o conhecimento do fato se der em momento posterior (art. 465, §1º c/c art. 146, CPC).

Explica-se. O procedimento antecipado de prova gera uma cadeia de atos processuais, que é atingida pela estabilidade, impedindo a sua rediscussão. A produção

da mesma prova em processo posterior significa repetir a atividade processual sem qualquer diferença em relação ao procedimento anterior, em que se formou a estabilidade.

Do mesmo modo, conforme visto, o procedimento antecipado de prova funciona uma antecipação de uma fase processual – ainda que não seja obrigatório o processo futuro. Justamente por ser uma antecipação de uma fase que, tradicionalmente, só ocorreria após a fase postulatória, não se pode pensar em uma reprodução da prova já produzida apenas porque não seguiu o caminho clássico do processo (postulação – instrução – decisão).

Se houver um processo de conhecimento posterior, a prova produzida antecipadamente não passaria por novo juízo de admissibilidade⁵³, nem poderia ser produzida novamente, sob pena de reprodução indevida de atividade idêntica a que já foi exercida. Afinal, tais questões já teriam sido levado a conhecimento e decididas pelo juízo⁵⁴.

Por outro lado, não há um problema em se entender pela estabilidade da prova se a demanda futura for processada e julgada em juízo diferente daquele que processou o procedimento probatório autônomo. Primeiro, o próprio Código de Processo Civil estabelece que não há prevenção do juízo (art. 381, §3º), de modo a permitir expressamente o processamento dos processos em juízos distintos. Em segundo lugar e, principalmente, porque não há obrigatoriedade de o juízo que produziu a prova seja o mesmo que decide a causa.

Nesse sentido, a produção antecipada da prova se equipararia à produção da prova mediante carta precatória: a prova não é produzida pelo juízo que decidirá a causa, mas é levado a este apenas para valoração. É, por exemplo, o juízo deprecado que decide acerca da contradita da testemunha, da imparcialidade do perito ou impugnação ao laudo. O juízo deprecante, por sua vez, recebe a prova já produzida, limitando, apenas, a valorá-la ou decidir acerca de questões ainda não conhecidas e não decididas.

Trata-se de ideia relacionada à *continuidade* da jurisdição ou comunicabilidade das competências, que pressupõe que o poder jurisdicional é uno e a distribuição de competências decorre da racionalização do exercício da jurisdição⁵⁵. A unidade da jurisdição exige que todos os juízos atuem visando à máxima efetividade da tutela jurisdicional, extraindo-se o maior proveito possível dos atos processuais.

53 Defendendo a estabilidade apenas das questões de admissibilidade: VOGT, Fernanda Costa. *Uma teoria da cognição judicial adequada: flexibilização e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 259.

54 Como será visto, no entanto, cabe novo juízo de admissibilidade se for necessária complementação probatória. Neste caso, o juízo do processo posterior deve exercer novo juízo de admissibilidade. É o caso, por exemplo, de ampliação fática ou modificação de circunstâncias.

55 GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii e a reassunção do processo*. *Revista de Processo*. vol. 166. São Paulo: RT, 2008, p. 11 – 14.

Se se permite a conservação dos atos praticados por juízo incompetente em razão da continuidade da jurisdição (art. 64, §4º, CPC)⁵⁶, razão maior há para permitir que a prova produzida por outro juízo, cuja competência foi respeitada, seja incorporada ao processo posterior. Mesmo que não tenha produzido a prova, o juízo, portanto, não apenas poderá, como *deverá* aproveitar os atos processuais.

Por outro lado, conforme será desenvolvido adiante, a vinculatividade da cadeia de atos praticados no procedimento antecipado de prova está diretamente relacionada ao exercício do contraditório-influência. É que a estabilidade decorre diretamente do diálogo travado entre as partes, na medida em que a participação no processo (ainda que omissiva) é forma de autorresponsabilização. Do mesmo modo, a segurança jurídica e a eficiência processual impõem o reconhecimento de que uma posição jurídica é tendencialmente estável, e a quebra dessa estabilidade decorre de circunstâncias específicas. Analisaremos estes aspectos a seguir.

5.1. Segue. A estabilidade do procedimento antecipado de prova e segurança-continuidade.

Já se afirmou que o procedimento antecipado de prova, embora não seja atingido pelos efeitos da coisa julgada, é dotado de estabilidade processual, cuja eficácia se projeta para fora do processo no qual se operou. O reconhecimento da existência dessa estabilidade perpassa, necessariamente, pela noção de segurança-continuidade, a qual, como se disse, pressupõe a continuidade tendencial de uma posição jurídica.

O procedimento antecipado de prova, notadamente em relação às hipóteses que prescindem da urgência, pretende conferir certa previsibilidade e calculabilidade de riscos. Trata-se de instituto que visa a incentivar a litigância responsável, na medida em que, por meio do processo probatório, as partes podem acessar as provas para *“traçar estratégias, verificar se compensa ou não ajuizar uma ação judicial e, caso seja ajuizada, de que modo será seu comportamento nesta ação”*⁵⁷.

Levando isso em consideração, não faz sentido permitir a produção da mesma prova novamente, possibilitando que se altere o resultado da primeira e, conseqüentemente, quebrando a expectativa gerada. É a partir da prova produzida antecipadamente, como fenômeno de antecipação da fase instrutória, que as partes traçam estratégias e tomam decisões, seja para firmar um acordo, para justificar ou evitar o ajuizamento de uma ação, seja para planejar o seu comportamento na demanda.

56 Sobre o instituto da *translatio iudicii*, Leonardo Cunha sustenta: “A *translatio iudicii* constitui fundamento para manter os efeitos substanciais e processuais da demanda, servindo como elemento de estabilização e de aproveitamento dos atos praticados no processo”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A translatio iudicii* no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de processo*. vol. 208. São Paulo: RT, 2012, p. 257 – 263.

57 MEIRELES, Carolina Costa. Reflexões sobre a produção antecipada de prova. *Revista dos Tribunais*. vol. 1015. São Paulo: RT, 2020, p. 277 – 311.

Se se fosse admitir que os atos processuais decorrentes da produção antecipada de prova não são geradores estabilidade, quebrar-se-ia com a calculabilidade⁵⁸ e confiabilidade do sistema. Recorde-se que a segurança jurídica é decorrência do Estado de Direito e, também no processo, precisa ser protegida. A conduta eventualmente adotada por um sujeito processual leva em consideração a posição jurídica estável ligada à produção da prova produzida antecipadamente. Trata-se de escolha baseada no prognóstico realizado pelo próprio sujeito, confiando na estabilidade gerada.

Além disso, sem a estabilidade, o procedimento antecipado de prova sem o requisito de urgência seria, pelo menos em parte, esvaziado. É que, conforme já exposto, tal procedimento se fundamenta no reconhecimento da existência de um direito autônomo à prova, em que a parte também figura como destinatário e possui o direito de valorar a prova, traçando suas estratégias. Se a prova produzida puder ser contraposta por outra em repetição a anterior, não há como ter segurança de orientação na estratégia escolhida.

Um exemplo é útil para ilustrar. Fredie pleiteia, no procedimento antecipado de prova, a oitiva de uma testemunha para verificar a existência ou inexistência de determinado fato. No entanto, tal testemunha é contraditada por Antonio, o juízo acolhe a contradita e, diante disso, a testemunha não presta depoimento. Confiando na contradita acolhida e com base na prova produzida, Antonio ajuíza uma demanda indenizatória em face de Fredie. Imagine-se, então, não haver a estabilidade do procedimento antecipado e Fredie, nesta demanda, requerer novamente a oitiva da mesma testemunha para provar aquele mesmo fato. Desta feita, no entanto, o juízo não acolhe a contradita e procede à oitiva da testemunha.

Veja-se que Antonio, confiando no acolhimento da contradita realizada no procedimento probatório antecipado, ajuizou a sua demanda. Ao permitir, no entanto, em processo posterior, a oitiva dessa testemunha, há uma quebra da confiança gerada por decisão pretérita em sentido contrário, sobre a qual foram realizadas avaliações e projeções futuras.

Impõe-se, pois, a estabilidade dos atos processuais decorrentes do procedimento antecipado de prova como forma de garantir à observância à segurança jurídica. Seja pela continuidade jurídica das posições processuais, seja pelo reconhecimento de que a produção antecipada de prova pode funcionar como uma antecipação processual, o complexo de relações jurídicas e atos processuais decorrentes desde procedimento tornam-se estáveis, vedando-se que, na fase instrutória de um futuro processo de conhecimento, aquela prova seja produzida novamente – não se permitindo a repetição da atividade processual.

58 Antonio do Passo Cabral explica: “a continuidade jurídica, por fomentar a permanência tendencial de elementos normativos, produz o potencial ‘cálculo da obrigatoriedade’, emprestando uma ‘segurança de orientação às condutas individuais’”. CABRAL, Antonio do Passo. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 375.

5.2. Segue. A estabilidade da prova produzida antecipadamente e a eficiência processual.

A eficiência processual, postulado normativo previsto no art. 8º, CPC, é norma que estrutura a produção de outras normas e visa, sobretudo, a obter o equilíbrio entre os meios empregados e resultados alcançados – atingindo-se o máximo de um fim com o mínimo de recursos⁵⁹. Em verdade, a eficiência está ligada à otimização da prestação jurisdicional, de modo a garantir o maior aproveitamento possível dos atos processuais.

A eficiência processual impõe, portanto, que se apliquem mecanismos que maximizem os resultados e, ao mesmo tempo, otimizem as garantias processuais. Em outras palavras, a pretexto de reduzir custos e tempo, não se pode permitir que direitos fundamentais sejam violados. É por isso que é importante encarar a eficiência processual na sua dupla dimensão: qualitativa e quantitativa⁶⁰. Se, então, os mecanismos e técnicas processuais devem ser pensados à luz da eficiência, é necessário que se redimensione o sistema de estabilidades processuais de modo a conjugar com a eficiência processual⁶¹.

Pensar o sistema de estabilidades sob a perspectiva da eficiência processual é conferir maior rendimento possível aos atos praticados⁶², de modo a não permitir

59 COSTA, Eduardo José da Fonseca. As Noções Jurídico-Processuais de Eficácia, Efetividade e Eficiência. *Revista de Processo*. v. 121. São Paulo: RT, 2005, p. 275-301.

60 Sustenta Michele Taruffo que a eficiência possui uma dupla perspectiva: de um lado, relaciona-se com a celeridade e o baixo custo e, de outro, com a qualidade da decisão e sua fundamentação de forma a alcançar um resultado adequado, correto e justo. Atinge-se a eficiência quando se encontra um equilíbrio entre as duas facetas. TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. Disponível em: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>. Acesso em 25 de fevereiro de 2019, p.3.

61 Nos Estados Unidos, há quem defenda uma interpretação ampliada do *collateral estoppel*, quando a sua utilização promover eficiência e justiça (efficiency and fairness). Justamente porque esses valores são as razões justificadoras do instituto do *collateral estoppel*, ele não deve ser limitado injustificadamente se, no caso concreto, atinge o seu objetivo de promover a eficiência e justiça. SEGAL, Joshua M. D. Rebalancing Fairness and Efficiency: The Offensive Use of Collateral Estoppel in 1983 Actions. *Boston University Law Review*. vol. 89, n. 4, 2009, p. 1331. Interessante discussão se deu entre Professor Flanagan's e Professor Callen. O debate girou em torno, justamente, do escopo do *collateral estoppel*, levando em consideração qual o âmbito de aplicabilidade seria mais eficiente. Um dos argumentos que Professor Flanagan utiliza para defender que não pode ser usado o *offensive collateral estoppel* contra terceiros, por exemplo, é que iria de encontro à "*efficiency rationale for collateral estoppel because there are likely to be cross-claims for indemnity or contribution among the codefendants which must be severed and tried in separate proceedings*". FLANAGAN, James F. Offensive Collateral Estoppel: Inefficiency and Foolish Consistency. *Arizona State Law Journal*. vol. 1982, n. 1, 1982, p. 53. 45-78. Ainda sobre o debate: CALLEN, Craig R. Efficiency after All: A Reply to Professor Flanagan's Theory of Offensive Collateral Estoppel. *Arizona State Law Journal*, 1983, v. 1983, n. 4, p. 799-834; FLANAGAN, James F. The Efficiency Hypothesis and Offensive Collateral Estoppel: A Response to Professor Callen. *Arizona State Law Journal*, 1983. v. 1983, n. 4, p. 835-854. Embora seja instituto diferente da estabilidade processual no Brasil, trata-se de uma forma de estabilidade no sistema estadunidense, que utiliza, justamente, a eficiência como vetor normativo.

62 Embora não esteja tratando da eficiência sob a perspectiva das estabilidades, Cândido Dinamarco explica: "Falar em processo civil de resultados é, portanto, lançar o foco sobre a garantia constitucional da efetividade do processo (Const., art. 5º, inc, XXXV, em sua leitura atual). Assim devem também ser interpretado o art. 8º

que os atos processuais sejam repetidos. O sistema processual deve garantir que a atividade jurisdicional seja exercida de modo útil, sem a criação de obstáculos ou retardamentos desnecessários⁶³. Encarar a categoria jurídica de estabilidades sob o ponto de vista da eficiência significa, pois, evitar desperdício de recursos com a reprodução dos atos processuais⁶⁴, aumentar a previsibilidade das consequências de determinada conduta⁶⁵, o que evita, *v.g.*, a propositura de demandas infundadas, e otimizar o resultado da prestação jurisdicional⁶⁶.

É sob essa perspectiva também que deve ser encarada a estabilidade decorrente do procedimento antecipado de prova. Não se pode tolerar a reprodução de uma prova apenas porque não se está dentro de um mesmo procedimento, sob pena de se admitir a instauração de processos e a prática de atos processuais inúteis. Isso porque a nova produção da prova tornaria inócuo o procedimento probatório, afinal, os atos processuais seriam integralmente reproduzidos no processo de conhecimento posterior e o debate seria renovado.

É que, como se sabe, o processo não deve oferecer menos do que poderia, devendo-se aproveitar ao máximo os atos processuais já praticados. Desse modo, o complexo de

do novo Código de Processo Civil quando inclui a *eficiência* entre os predicados que devem estar presentes nos provimentos jurisdicionais – sendo essa uma projeção do propósito de assegurar à ordem processual o *maior rendimento possível*, para a otimização dos resultados de ‘cada processo em si mesmo considerado’. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 199. No mesmo sentido: LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, vol. 173. São Paulo, RT, 2009, p. 95 – 128.

- 63 “Se as partes preenchem as condições da ação, ou seja, se elas evidenciam o seu direito à tutela do direito material, o sistema processual deve facilitar e favorecer que a atividade jurisdicional se exerça de modo útil e proveitoso, não criando obstáculos irrazoáveis aos provimentos de mérito. A incomunicabilidade de jurisdições e de procedimentos acarreta uma inaceitável redução da efetividade da tutela jurisdicional, o que viola a garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da CF/1988”. GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii e Reassunção do processo*. *Revista de Processo*. vol. 166, 2008, p. 9 – 26.
- 64 “By binding litigants to their judicial representations, the judicial estoppel doctrine combats intentional self contradiction, inconsistent judicial results and the perception that the judiciary is controlled by powerful and frequent users of the judicial system. It prevents unnecessary litigation and the ensuing inefficiency of the judicial system. ANDERSON, Eugene R.; HOLOBER, Nadia V. Preventing inconsistencies in litigation with spotlight on insurance coverage litigation: The doctrines of judicial estoppel, equitable estoppel, quasi-estoppel, collateral estoppel, mend the hold, fraud on the court and judicial and evidentiary admissions”. *Connecticut Insurance Law Journal*. vol. 4, no. 2, 1997-1998, p. 622.
- 65 “The impact of collateral estoppel should not be underestimated, however; if collateral estoppel is applied the party to the prior action is absolutely prohibited from relitigating the identical issue arising in a subsequent adjudication. This finality allows the parties to plan their conduct outside the judicial forum, whether by allowing them to use resources for purposes other than judicial battle, by encouraging them to behave in ways approved by the prior decision, by discouraging them from behaving in a manner they know to be illegal, or by preventing the estopped party from using the threat of relitigation to extract concessions from a person who was not a party to the prior action”. CALLEN, Craig. R; KARDUE, David D. To Bury Mutuality, Not to Praise It: An Analysis of Collateral Estoppel after *Parklane Hosiery Co. v. Shore*. *Hastings Law Journal*. vol. 31, issue 4, 1980, p. 763 – 764.
- 66 Sobre a otimização de resultados como dimensão integrante da eficiência processual: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 251.

atos jurídicos praticados na produção antecipada de prova, desde que respeitados os determinados limites, que serão abaixo explicados, não pode ser repetido na demanda de conhecimento posterior, sob pena de redução da efetividade jurisdicional⁶⁷. A reprodução da atividade jurisdicional contribui na criação de obstáculos ou na própria efetividade da tutela, atuando, pois, de modo contrário à eficiência.

Também sob a perspectiva da eficiência processual, portanto, não pode ser permitida que no processo de conhecimento ocorra a repetição da prova produzida antecipadamente. A cadeia de atos processuais, que resulta na prova produzida, estabiliza-se, produzindo efeitos extraprocessuais.

5.3. Limites objetivos da estabilidade da prova produzida antecipadamente.

Conforme já desenvolvido, a prova produzida antecipadamente, bem como todos os atos processuais pertencentes a essa cadeia (impugnações, requerimentos, decisões...) se estabilizam e seus efeitos se estendem para *fora do processo no qual a prova foi produzida*. No entanto, deve-se delimitar os limites objetivos, isto é, o que é atingindo por essa estabilidade.

Em primeiro plano, deve-se levar em consideração as circunstâncias sobre as quais se operou a estabilidade. Por óbvio, a estabilidade apenas se mantém se o contexto existente no momento do procedimento probatório se mantiver⁶⁸. A vinculatividade da prova produzida se limita tão somente aos fatos que foram delimitados no procedimento probatório. Ao precisar os fatos sobre os quais a prova há de recair (art. 382, CPC), estabelecem-se os limites objetivos da produção antecipada de prova e, portanto, os limites da estabilidade, que, ao final, cobre aquela cadeia de atos processuais.

Assim, se em procedimento posterior houver mais fatos a serem comprovados, o mesmo *meio de prova* poderá ser utilizado – desde que se limite às novas questões. Trata-se, neste caso, de utilização do mesmo meio de prova para comprovar outros

67 Tratando do aproveitamento dos atos processuais no caso do *translatio iudicii*, Leonardo Greco sustenta: “parece-me que, estando o autor de boa-fé, a preservação dos efeitos processuais da fase inicial não permite que matéria nela preclusa seja reaberta em seu prejuízo, ainda que o procedimento em continuação assim o permitisse, caso tivesse ele sido adotado por inteiro. A perda de um direito subjetivo pelo réu no processo primitivo gerou um direito subjetivo à manutenção da competência territorial em favor da parte contrária”. A *translatio iudicii* no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de processo*. vol. 208. São Paulo: RT, 2012, p. 257 – 263.

68 Tratando sobre os limites objetivos da preclusão, embora em outro contexto, Anissara Toscar explica: “por sua vez, os limites objetivos dizem respeito ao contexto fático probatório em que a estabilidade se verificou, podendo-se falar em preclusão apenas quando mantido esse quadro. Essa análise adquire particular relevância em relação às preclusões operadas sobre o direito das partes de recorrer contra decisões proferidas no curso processual, impondo-se reconhecer que ampliado o grau cognitivo do juiz sobre os fatos e provas constantes dos autos, não haverá preclusão a ser por ele considerada, abrindo-se caminho para que nova decisão seja proferida”. TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 112

fatos, e não repetição de uma mesma prova produzida anteriormente. É que, havendo a ampliação dos fatos sobre os quais recairão a prova, ter-se-ão questões que sequer foram levadas a conhecimento do juízo da produção antecipada e, portanto, não houve para as partes a oportunidade de produzir provas sobre estes fatos.

Então, ampliando os fatos sobre os quais precisam ser produzidas provas, ainda que mediante, por exemplo, a oitiva de testemunha já ouvida anteriormente, não há impedimento para a produção dessa nova prova – desde que apenas em relação aos novos fatos. Afinal, houve uma expansão do objeto, não havendo, pois, estabilidade relativa a estas novas questões. Em verdade, não há estabilidade formada simplesmente porque o ato processual ainda não foi praticado.

Imagine-se que foi realizada oitiva de uma testemunha com objetivo de esclarecer o fato X na produção antecipada de prova. No entanto, na demanda de conhecimento, além do fato X, é necessário comprovar também o fato Y e a oitiva dessa mesma testemunha é um meio de prova que se pretende utilizar. Nesse caso, deve ser permitida a sua oitiva, no entanto, os quesitos das partes deverão se limitar ao fato Y.

Além disso, deve-se observar se o contexto fático sobre a qual foi produzida uma prova se mantém. É o caso, por exemplo, de ser acolhida a contradita de uma testemunha no procedimento antecipado, mas, quando do novo processo, não mais existir o impedimento. Nesse caso, houve uma mudança das circunstâncias e, portanto, a testemunha poderá ser ouvida. A alteração do contexto fático, portanto, quebra a estabilidade.

Necessário, pois, verificar os fatos sobre os quais recaem a prova produzida antecipadamente para se estabelecerem os limites objetivos da estabilidade que se operou. Do mesmo modo, apenas mediante a análise das faculdades e/ou poderes que as partes tiveram oportunidade de praticar que se pode verificar quais destes foram atingidos pela estabilidade e, portanto, não podem ser repetidos. A estabilidade se opera apenas para a reprodução (leia-se, produzir novamente) daquele idêntico exame pericial, cujo objeto não se alterou.

5.4. Conclusão parcial. Efeitos e alcance da estabilidade

Como se disse, a prova produzida antecipadamente e todos os atos que compõem a cadeia do procedimento antecipado são atingidos pela estabilidade, cujo efeitos se projetam para fora do processo. A segurança-continuidade e a eficiência impõem o reconhecimento de que não se pode permitir a repetição de um ato processual anteriormente praticado, sobretudo no procedimento antecipado de prova, que pode funcionar como uma verdadeira antecipação da fase instrutória.

A estabilidade da prova produzida antecipadamente alcançará todos os atos praticados pelas partes, bem como todas as decisões proferidas pelo juiz. Isto é, toda

a cadeia de atos decorrentes da produção da prova tornar-se-á estável⁶⁹. Do mesmo modo, a decisão que encerra o procedimento probatório atesta a regularidade da prova ali produzida, de forma que tal acerto também estabilizar-se-á⁷⁰.

Quanto aos efeitos, primeiramente, deve-se recordar que as estabilidades processuais podem ter dois efeitos: o positivo e o negativo. Enquanto o segundo se refere, justamente, à impossibilidade de ser decidida a questão novamente (prática de atos incompatíveis ou contrários à estabilidade), o primeiro diz respeito à necessidade de se incorporar o conteúdo da estabilidade ao tráfego jurídico. Ambos os efeitos visam, sobretudo, a manter a constância ou harmonia do sistema e, ao mesmo tempo, preservar a segurança-continuidade (previsibilidade e calculabilidade).

Tradicionalmente, diz-se que a coisa julgada possui ambos os efeitos. No entanto, nem toda estabilidade processual produzirá os efeitos negativo e positivo. Via de regra, o efeito negativo está relacionado aos atos estimulantes e atos de disposição, na medida em que não veiculam norma de comportamento apta a gerar a necessidade de incorporação do seu conteúdo ao tráfego jurídico⁷¹. A impossibilidade de serem repetidos (efeito negativo) basta para evitar a prática de atos incompatíveis. Diferente é o que ocorre com os atos determinantes regulatórios, que se caracterizam por estabelecer “uma regra de comportamento a ser seguida por seus destinatários”⁷², como decisões judiciais e acordos. É da essência destes atos a incorporação do seu conteúdo ao tráfego jurídico⁷³, motivo pelo qual sobre eles incide o efeito positivo da estabilidade.

No caso, a estabilidade que se forma no procedimento de produção antecipada de prova possui apenas o efeito negativo. Ou seja: os atos praticados no procedimento probatório, inclusive atos decisórios, bem como o seu resultado (a prova em si) não podem ser repetidos. No entanto, não há a obrigatoriedade de se utilizar aquela prova em um processo futuro. O resultado não se incorpora, necessariamente, ao tráfego jurídico.

Veja que, no processo, a produção de provas é ônus das partes e, como tal, as partes podem optar por não produzir determinada prova, assumindo as consequências daí decorrentes. Desse modo, as partes podem escolher não utilizar a prova já produzida no procedimento antecipado. Como se trata de um ato de disposição, apenas a relação

69 Sobre cadeia de atos, ver: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 419.

70 PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020, p. 272 e seguintes.

71 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 431.

72 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 430.

73 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 431.

de exclusão (efeito negativo) é apta a preservar a continuidade jurídica⁷⁴. Não há necessidade de incorporação ao tráfego jurídico para a manutenção da harmonia e coerência do sistema.

No entanto, como se disse, embora sua incorporação não seja obrigatória, não é possível produzi-la novamente (efeito negativo). Isso significa que se uma parte requerer, *v.g.*, a produção de prova pericial já produzida anteriormente, o pedido deve ser indeferido. A prova utilizada necessariamente deve ser aquela já produzida desde que, obviamente, respeitados os limites objetivos e subjetivos da estabilidade.

6. A VINCULAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS À ESTABILIDADE

6.1. Para os sujeitos parciais. Contraditório-influência como pressuposto necessário à vinculação.

Analisados os limites objetivos da estabilidade decorrente da produção autônoma de prova, é preciso verificar os seus limites subjetivos. Isso passa, necessariamente, pelo contraditório-influência.

Há muito já se superou a ideia de que o contraditório se perfaz mediante a observância do binômio informação-reação. A compreensão contemporânea do contraditório exige que seja reconhecido um terceiro elemento necessário à sua concretização: o efetivo poder de influenciar. O contraditório-influência exige que seja dada às partes a *oportunidade* de efetivamente interferir no processo e na decisão. Diz-se oportunidade, pois, para sua concretização, não é indispensável que as partes exerçam o seu direito; na prática, um determinado sujeito pode optar por se manter inerte⁷⁵. A satisfação da garantia do contraditório, no entanto, perpassa a necessidade de oportunizar, efetivamente, o seu exercício.

Estes atos de influência, mesmo que omissivos, são expressões de autorresponsabilização e autovinculação. Isto é, sendo conferida a oportunidade de exercer as faculdades e poderes decorrentes do contraditório, a parte fica vinculada aos resultados do processo, independentemente do seu resultado⁷⁶. A estabilidade deriva, justamente, da dialeticidade processual. Os sujeitos devem ter

74 Nesse sentido, embora não tratando especificamente da produção antecipada de prova: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021 p. 431.

75 GODINHO, Robson Renault. Jurisdição voluntária e coisa julgada material. In: *Coleção grandes temas do novo CPC*: Coisa julgada e outras estabilidades processuais. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). Salvador: Juspodivm, 2018, p. 652.

76 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*: Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 409.

a oportunidade de participação e exaustivo exercício do contraditório para advir, então, a vinculação⁷⁷.

É esse, portanto, o parâmetro a ser utilizado para verificar a estabilidade da prova produzida antecipadamente. A sua produção, desde que seja dada a oportunidade de debate, será fonte geradora de estabilidade, vinculando os sujeitos que dela participaram, independentemente do seu resultado, ainda que os atos de influência decorram de condutas omissivas. Trata-se de compreensão de que a omissão é uma escolha consciente do sujeito processual e, portanto, vinculativa⁷⁸.

Essa ideia não é novidade. O art. 506, CPC, ao estabelecer que os efeitos da coisa julgada vinculam apenas as partes, não podendo prejudicar terceiros, utiliza como fundamento, justamente, o contraditório como parâmetro para vinculação. Do mesmo modo devem ser pensadas as demais estabilidades processuais⁷⁹: os seus efeitos vinculam as partes. Isso significa que os sujeitos que integraram a produção antecipada de prova ficam vinculadas à estabilidade daí decorrente, não podendo pretender produzir a mesma prova em processo futuro.

Nessa linha, também não se deve permitir, a requerimento das partes, a complementação da prova produzida anteriormente. Se já fora dada aos sujeitos a oportunidade de requerer a complementação, no entanto, não foi realizado requerimento, as partes se vinculam àquele comportamento. Os atos processuais, praticados ou não, estabilizam-se e, conforme já afirmado, as omissões também são vinculantes.

Por outro lado, terceiros, entendidos como aqueles que não integraram a relação jurídico-processual anterior, não ficam vinculados ao resultado do procedimento probatório autônomo. Todavia, podem utilizá-lo, caso assim queiram. Em outras palavras, um sujeito que não participou da produção antecipada de prova (sujeito-não participante) pode utilizar a prova ali produzida contra uma das partes que participou (sujeito-participante). Trata-se de faculdade daquele que não exerceu o contraditório, afinal, seria sujeito prejudicado pela ausência de participação. Nesse caso, a parte que integrou o processo probatório fica, do mesmo modo, vinculada à prova ali produzida nos moldes já explicados.

77 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 409

78 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 320 – 322.

79 Neste sentido, sob a vigência do CPC/73, cuja a regra dos efeitos coisa julgada era distinta, Maurício Giannico já sustentava que a preclusão e a coisa julgada se aproximam, vinculando apenas quem participou do debate processual: “Essa ideia decorre da própria concepção de nosso processo civil: assim como os efeitos da coisa julgada não podem beneficiar ou prejudicar terceiros (CPC, art. 472), também os efeitos da preclusão (originando perda de direitos ou de faculdades processuais), de uma maneira geral, devem respeitar essa premissa, atuando somente em relação aos integrantes da relação processual. A rigor, em função dos consagrados princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, os terceiros não são atingidos pela preclusão, a eles não se aplicando essa perda de direitos ou faculdades” GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84-85

O que não se pode permitir é que uma parte que não foi chamada a integrar a relação jurídica-processual no procedimento de produção probatória antecipada fique vinculada à prova ali produzida. Ao sujeito que não participou deve ser dado o direito de produzir novamente a prova. Veja que não é vedado que a prova produzida antecipadamente seja levada ao processo pelo sujeito-participante. No entanto, se for possível reproduzi-la, em contraditório com o sujeito não participante, é imperativo que seja feito⁸⁰.

Mais uma vez um exemplo pode ser ilustrativo. Imagine-se que foi regularmente produzida uma prova pericial em procedimento antecipado de prova, de que Fredie e Antonio participaram. Em um futuro processo, em que Fredie é o réu, Leonardo apresenta tal prova. Neste caso, Leonardo poderá apresentar quesitos a serem respondidos pelo perito. Fredie, contudo, já teve a oportunidade de exercer essa faculdade, motivo pelo qual está vinculado ao seu resultado. Por outro lado, deve ser dada a oportunidade a Fredie de impugnar os quesitos apresentados por Leonardo que sejam novos ou, eventualmente, manifestar-se sobre o laudo complementar – afinal, nesse cenário, houve uma mudança do contexto fático sobre o qual se operou a estabilidade. Também deve ser assegurado a Fredie formular novos quesitos se Leonardo ampliar o objeto da perícia em relação à anterior.

Observe que a mudança permite quebra da estabilidade anterior. Em verdade, não se está permitindo uma reprodução do ato processual já praticado, mas sim a efetiva participação em um contexto que anteriormente não existia. Isto é, se ainda não foi dada a oportunidade de se exercer o contraditório sobre determinada situação, não há que se falar em estabilidade, afinal, a vinculação decorre, necessariamente, da possibilidade de influência.

6.2. Para o juiz

A estabilidade processual também se opera para o juiz, muito embora de forma distinta do que ocorre em relação às partes. Enquanto para as partes as estabilidades implicam na perda de uma situação jurídico-processual, para o juiz, impossibilitam a reapreciação de questões já decididas⁸¹, salvo nas situações admitidas pelo sistema processual, como, por exemplo, a reconsideração da decisão agravada⁸².

É sob essa óptica que deve ser analisada a estabilidade da prova produzida antecipadamente para o juiz do processo de conhecimento. Especificamente em

80 Tratando de prova emprestada: “o compartilhamento (e, a fortiori, o empréstimo) das provas é sempre possível se não houver prejuízo ao contraditório”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 369 ao 380. 3ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021, p. 244.

81 TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 221

82 RUBIN, Fernando. *A preclusão dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 133-135.

relação ao poder de produzir provas, não há estabilidade para o juiz⁸³, na medida em que o próprio sistema processual permite que o juiz determine, de ofício, a produção de todas as provas que entenda necessárias (art. 370, CPC). Dessa forma, o juiz do segundo processo pode determinar nova oitiva da mesma testemunha, intimar perito para prestar esclarecimentos, determinar aditamento do laudo, enfim. Nesse caso, deve ser dada às partes a oportunidade de se manifestar tão somente sobre as novas questões. Como se disse, para as partes, a prova se estabiliza, de modo que não se pode utilizar essa oportunidade para, *v. g.*, complementar a prova produzida anteriormente.

Do mesmo modo, há a possibilidade, para o magistrado, de complementação da prova⁸⁴. Se o juízo da demanda de conhecimento verificar, após a fase postulatória, que é necessária, por exemplo, a complementação de um laudo pericial, ele não está impedido de determiná-la. Em verdade, como já dito, se a exposição de fatos novos, diversos daqueles que se pretendiam provar no procedimento antecipado, demandar a complementação, sequer se trata de reprodução da prova produzida antecipadamente. Trata-se produção de uma nova prova.

Não obstante, se, por um lado, o juiz pode determinar a produção de novas provas, o mesmo não se pode dizer acerca dos atos decisórios proferidos durante a produção da prova. Não se pode esquecer que o procedimento probatório não é um ato isolado. Há diversas decisões que podem ser tomadas durante a produção da prova. Não é proferida apenas decisão de admissibilidade como também, no curso da sua produção, são tomadas outras decisões, como, por exemplo, o indeferimento de quesitos complementares, o acolhimento da contradita da testemunha, o reconhecimento de impedimento do perito etc.

Assim, inicialmente, indaga-se se é possível inadmitir a utilização da prova produzida antecipadamente. A resposta deve ser negativa⁸⁵. A produção de provas é um direito autônomo das partes, que fora garantido pelo juízo da produção antecipada.

83 GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178.

84 “De fato, a reprodução da prova já realizada no procedimento antecipado representaria evidente afronta à economia e à eficiência. Diferentemente ocorre com a complementação da prova, com o objetivo de agregar novos elementos, para além daqueles já obtidos antecipadamente. Pode-se, por exemplo, determinar a realização de uma segunda perícia, ou simplesmente apresentar-se quesitos suplementares ao perito, em razão de eventual incompreensão de alguns pontos do laudo pericial. Pode-se também intimar a parte para melhor esclarecimento dos fatos, realizando-se um novo ou complementar interrogatório livre. Não há, portanto, óbices à reabertura da fase instrutória, o que evidencia a inexistência de obstáculos à complementação, no processo principal, da prova que foi produzida antecipadamente”. PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 273 – 274.

85 Tratando da decisão de admissibilidade dentro de um mesmo processo: “apesar do poder instrutório do juiz certamente existir em favor do interesse público, é certo que o direito à produção da prova é autônomo e visa também a atender interesses das partes. Não obstante competir ao magistrado a análise da pertinência da produção de determinada prova no curso do processo (art. 370, parágrafo único do NCPC), uma vez se concluindo pela necessária realização, surge para a parte o direito de vê-la produzida”. TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 237.

Se se admitir a inadmissibilidade da sua utilização, por considerá-la inútil (art. 370, parágrafo único, CPC) – em clara contradição ao quanto decidido pelo primeiro magistrado, não apenas a parte terá o seu direito frustrado, como também haverá uma quebra da segurança jurídica. É que, conforme já demonstrado, a prova produzida antecipadamente é instrumento à disposição das partes para traçar estratégias e tomar decisões responsáveis e calculadas.

O mesmo, contudo, não ocorre na situação contrária. Se a produção antecipada de prova for indeferida, não significa que o juízo do processo de conhecimento não poderá admitir a produção dessa prova. E isso se dá por dois motivos. Primeiro, a causa de pedir da produção antecipada de prova é substancialmente distinta do motivo pelo qual se pede a prova no processo de conhecimento, de modo que o juiz pode entender que o pedido não se enquadra em uma das hipóteses previstas no art. 381, CPC. Isso não significa, no entanto, que a prova não será necessária em um eventual processo de conhecimento para provar aqueles mesmos fatos delimitados no procedimento antecipado. Em segundo lugar, mesmo dentro de um mesmo processo, é permitido ao juiz rever a decisão que indefere a produção de determinada prova⁸⁶, na medida em que é possível que, com o avançar do processo, verifique que as provas produzidas não foram suficientes para formar a sua convicção⁸⁷.

Além da decisão de admissibilidade, na produção da prova, há diversos outros atos decisórios. Como se disse, o juiz precisa, muitas vezes, decidir acerca da contradita da testemunha, a imparcialidade do perito, o direito à não exibição de documento, direito de silêncio da testemunha, entre outros. Todas essas decisões proferidas na produção antecipada da prova tornam-se estáveis, de modo que o juiz, em processo posterior, não as pode rejulgar. Assim, se na produção antecipada de prova, a contradita de determinada testemunha foi acolhida pelo juízo, no processo de conhecimento posterior, o magistrado não poderá admitir a oitiva daquela testemunha, contrariando a decisão proferida anteriormente, exceto, obviamente, nos casos em que houver modificação das circunstâncias.

7. A NATUREZA DA PROVA PRODUZIDA ANTECIPADAMENTE

Após analisados os efeitos gerados pela prova produzida antecipadamente, é necessário verificar a natureza dessa prova. Ou seja: de que modo essa prova entra no processo de conhecimento.

Há quem sustente que a prova adentra o futuro processo como prova emprestada⁸⁸, na medida em que há um transporte da prova produzida em um processo para

86 NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 266 – 272.

87 TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 238

88 PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020, p. 272. No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*. v. 260, ano 2016.

outro processo. Não concordamos com esse entendimento. A prova produzida antecipadamente, quando levada ao processo de conhecimento mais se assemelha à prova produzida por meio de carta precatória ou de cooperação. Nestes casos, não há prova emprestada, porquanto se trata de um prolongamento do juízo⁸⁹.

Como se disse, o procedimento antecipado de prova é apenas uma antecipação da fase processual, de modo que deve ser tratada do mesmo modo que ocorreria se a prova fosse produzida em momento posterior – na demanda em que ela está sendo utilizada. Desse modo, não há razão para se entender como prova emprestada e se submeter a novo juízo de admissibilidade. Alguns autores, inclusive, sustentam que a prova emprestada só poderia ser admitida se não fosse possível reproduzi-la⁹⁰. Com a prova produzida antecipadamente ocorre situação oposta: ela não deve ser reproduzida ante a estabilidade formada.

O procedimento probatório, muito embora seja autônomo, é uma antecipação da fase instrutória, ainda que um processo futuro não seja indispensável. Portanto, ao pretender utilizar a prova produzida antecipadamente em uma demanda futura entre as mesmas partes, não se está diante de uma prova emprestada, mas sim da prova em si.

Veja-se que a prova pericial produzida antecipadamente entrará no processo futuro com seu valor e natureza originários: de prova pericial. Do mesmo modo deve ocorrer com qualquer outra prova produzida antecipadamente.

Neste ponto, é importante que se entenda a diferença entre prova documental e prova documentada. A prova documental é o meio típico de prova, prevista no art. 405 e seguintes do Código de Processo Civil. A prova documentada não é meio de prova, mas meramente a forma com que ela se apresenta. Quando o juiz ouve uma testemunha, tal prova é reduzida a termo ou é gravada em vídeo e, portanto, torna-se documentada. Do mesmo modo ocorre com a prova pericial, cujo laudo é o resultado da prova – a forma de documenta-la⁹¹.

Desse modo, quando se utiliza no processo um laudo pericial produzido antecipadamente, ele é posto no processo na forma documentada – afinal, é a forma com que o juiz tem acesso ao resultado daquela prova. Mas isso não significa que ela deverá ser encarada de maneira diferente do que seria se tivesse sido produzida no segundo processo. A prova mantém o seu valor originário.

89 “Não integra a noção de prova emprestada a prova produzida no juízo deprecado, por que este juízo é um prolongamento do primeiro”. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: a admissibilidade e relevância*. RT, 2006, p. 53

90 RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero. A prova emprestada no NCPC de 2015. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório*. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 635.

91 Concordando com a ideia de preservar o valor original, embora pareça confundir os conceitos: “Como dito, nem sempre a prova antecipada será depois utilizada em algum processo. Porém, quando utilizada em processo subsequente, a prova antecipada lá ingressa como prova emprestada (art. 372). Nesse segundo processo, a prova emprestada tem a forma documental, mas é apta a preservar o seu valor originário (de prova pericial, testemunhal etc.). Para que se admita seu empréstimo, a prova precisa ter sido produzida perante autoridade jurisdicional e a parte contra a qual se pretende utilizá-la tem de haver podido participar, em regime contraditório, de sua produção”. TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. *Revista de processo*. v. 260, ano 2016, p.76.

8. CONCLUSÃO

A produção antecipada de prova possui uma nova feição: não mais é necessário que esteja vinculado a um litígio já existente, a um processo futuro ou ligada à urgência. Isto é, reconhece-se que o direito à prova deixa de ser um elemento meramente instrumental, necessariamente vinculado a uma demanda que discuta o direito material, passando a ser um direito autônomo. Verificou-se que as hipóteses de produção antecipada de prova que prescindem de urgência, agora previstas no Código de 2015, possuem caráter eminentemente satisfativo deste direito autônomo à prova e são formas de concretização da eficiência processual.

O procedimento probatório autônomo, conforme visto, possibilita a construção de mais uma rota procedimental, em que a fase instrutória ocorre antes mesmo da fase postulatória. Trata-se, pois, de fenômeno de antecipação da instrução, e, desse modo, os efeitos decorrentes deste procedimento devem ser verificados a partir dessa premissa.

Demonstrou-se, ainda, que, diferentemente do quanto afirmado tradicionalmente pela doutrina, a coisa julgada não é a única estabilidade que possui efeitos extraprocessuais, assim como a preclusão não é a única forma de estabilidade endoprocessual. Em verdade, estes institutos são espécies de uma mesmo gênero: as estabilidades processuais. A segurança-continuidade impõe o reconhecimento de mais espécies de estabilidades, não se limitando à coisa julgada e à preclusão.

A partir destas premissas, concluiu-se que os atos processuais praticados no procedimento antecipado de prova, bem como a prova produzida são atingidos por uma estabilidade processual, cujo efeito (negativo) é a vinculação dos sujeitos processuais às condutas que levaram à produção da prova, não podendo pretender repeti-la em processos futuros sem que haja alteração das circunstâncias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Tatiana Machado. *Gerenciamento processual no novo CPC: mecanismos para gestão cooperativa da instrução*. Salvador: JusPodivm, 2019.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 513.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ANDERSON, Eugene R.; HOLOBER, Nadia V. Preventing inconsistencies in litigation with spotlight on insurance coverage litigation: The doctrines of judicial estoppel, equitable estoppel, quasi-estoppel, collateral estoppel, mend the hold, fraud on the court and judicial and evidentiary admissions. *Connecticut Insurance Law Journal*. vol. 4, no. 2, 1997-1998, p. 589-734.

- ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ARRUDA ALVIM. Notas sobre o projeto do novo código de processo. *Revista de Informação Legislativa: Especial novo Código de Processo Civil*. Brasília: ano 48. n. 190.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. II, t. II.
- CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria jurídica incorporada ao sistema do CPC. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). Salvador: JusPodivm, 2018, 25 – 60.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Editoria JusPodivm, 2013.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- CALLEN, Craig R. Efficiency after All: A Reply to Professor Flanagan's Theory of Offensive Collateral Estoppel. *Arizona State Law Journal*, 1983, v. 1983, n. 4, p. 799-834;
- CALLEN, Craig. R; KARDUE, David D. To Bury Mutuality, Not to Praise It: An Analysis of Collateral Estoppel after Parklane Hosiery Co. v. Shore. *Hastings Law Journal*. vol. 31, issue 4, 1980, p. 755 – 813.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: a admissibilidade e relevância*. RT, 2006.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. As Noções Jurídico-Processuais de Eficácia, Efetividade e Eficiência. *Revista de Processo*. v. 121. São Paulo: RT, 2005, p. 275 – 301.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A tranlatio iudicii no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro*. *Revista de processo*. vol. 208. São Paulo: RT, 2012, p. 257 – 263.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. II.
- DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013. v. 218, p. 13 – 45.
- DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada de prova. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório*. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

- FLANAGAN, James F. Offensive Collateral Estoppel: Inefficiency and Foolish Consistency. *Arizona State Law Journal*. vol. 1982, n. 1, 1982, p. 45 – 78.
- FLANAGAN, James F. The Efficiency Hypothesis and Offensive Collateral Estoppel: A Response to Professor Callen. *Arizona State Law Journal*, 1983. v. 1983, n. 4, p. 835 – 854.
- GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GODINHO, Robson Renault. Jurisdição voluntária e coisa julgada material. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). Salvador: Juspodivm, 2018.
- GRECO, Leonardo. *Tranlatio iudicii e a reassunção do processo*. *Revista de Processo*. vol. 166. São Paulo: RT, 2008, p. 11 – 14.
- LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, vol. 173. São Paulo, RT, 2009, p. 95 – 128.
- PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020.
- MARCONDES, Gustavo Viegas. A boa-fé processual objetiva e a estabilização das questões de admissibilidade. *Revista de Processo*. vol. 311. São Paulo, RT, 2021, p. 39 – 58.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380*. 3ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.
- MEIRELES, Carolina Costa. Reflexões sobre a produção antecipada de prova. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2020. v. 1015, p. 277-311.
- MENDES, Paulo. *Segurança jurídica e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. VIII, t. II.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- POMJÉ, Carolina. Sobre o que incide a estabilização prevista no art. 357, § 1º, do código de processo civil de 2015?. *Revista dos Tribunais*. vol. 1023. São Paulo: 2021, p. 235 – 255.
- PUGLIESE, Willian Soares; ZARNICINSKI, Igor Maestrlli. Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*. vol. 281. São Paulo: RT, 2018, p. 259 – 277.
- RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero. A prova emprestada no NCPC de 2015. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório*. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

- RUBIN, Fernando. *A preclusão dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 32. Salvador: 2012.
- SCOPEL, Adriano Sayão. Estabilidade das decisões declaratórias de constitucionalidade: quando e como é cabível a reanálise da (in)constitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Ano 15. v. 22. n.1, p. 29 – 57.
- SEGAL, Joshua M. D. Rebalancing Fairness and Efficiency: The Offensive Use of Collateral Estoppel in 1983 Actions. *Boston University Law Review*. vol. 89, n. 4, 2009, p. 1305-1354.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.
- TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2016. v. 260.
- TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. Disponível em: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>. Acesso em 25 de fevereiro de 2019.
- TARUFFO, Michele. *Preclusioni (diritto processuale civile)*. In: *Enciclopedia del diritto*. Aggiornamento n. 1, 1997.
- TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 167 – 188.
- VOGT, Fernanda Costa. *Uma teoria da cognição judicial adequada: flexibilização e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: JusPodium, 2020.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Produção antecipada de prova. In: *Breves comentários ao código de processo civil*. WAMBER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público¹

The administrative precedent as a self-limiting factor of the public administration's business discretion

Lorena Miranda Santos Barreiros

Ph.D. and Master in Laws (UFBA). Professor of Civil Procedural Law at Bahia's Faculty Law. State of Bahia Attorney

RESUMO: Este artigo tem por objetivo examinar a atuação consensual do Poder Público, a partir da perspectiva que qualifica a decisão administrativa de celebração de convenção processual como precedente administrativo. Visto como instrumento de concretização do princípio da igualdade, o precedente administrativo é analisado como fator de autolimitação de conduta da Administração e, sob essa perspectiva, são examinadas questões como a possibilidade de se reconhecer algum grau de vinculatividade ao precedente administrativo, bem como os instrumentos predispostos ao particular para resguardar o seu direito a um tratamento isonômico diante do precedente vinculante aplicável ao seu caso concreto.

1 Este artigo é resultado das atividades 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>).

PALAVRAS-CHAVE: Convenção processual; Princípio da igualdade; Precedente administrativo; Poder Público; autolimitação negocial.

ABSTRACT: This article intends to analyze the consensual performance of Public Administration, from the perspective that qualifies the administrative decision to sign a contract of procedure as an administrative precedent. Seen as an instrument for implementing the principle of equality, the administrative precedent is analyzed as a factor for the self-limitation of the Administration's conduct and, from this perspective, this paper examines issues such as the possibility of recognizing some degree of bindingness to administrative precedent, as also the predisposed instruments that can safeguard the particular's right to equal treatment, by applying the precedent to his specific case.

KEYWORDS: Contract of procedure; Principle of equality; Administrative precedent; Public Administration; Business self-limitation.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A decisão administrativa de celebração de negócio jurídico processual como precedente administrativo – 2. Teoria espanhola dos precedentes administrativos e sua adaptação ao direito brasileiro – 3. Vinculatividade do precedente administrativo – 4. Autolimitação negocial da Administração Pública: o equilíbrio entre discricionariedade administrativo-consensual e igualdade – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, intensificou-se a discussão concernente ao autorregramento da vontade no processo, com o debate aceso sobre questões diversas, a exemplo da possibilidade de o juiz poder figurar como parte em convenção processual, a delimitação da licitude do objeto das convenções, além, obviamente, de temas específicos, como as convenções em matéria probatória e aquelas envolvendo o Poder Público.

A esta última temática, a autora dedicou sua tese de doutoramento², defendida em 2016, objetivando identificar o regime jurídico a que se submete o Poder Público quando celebra convenções processuais. O ato negocial foi examinado sob sua dupla perspectiva, de ato administrativo e processual, realçando-se, dentre outras temáticas, seus requisitos de validade e a aplicação do instituto aos processos administrativos.

O decurso dos anos desde a finalização daquele trabalho trouxe à tona novos questionamentos relacionados à temática. Os negócios processuais vêm sendo aplicados no âmbito do Poder Público. No entanto, ainda pouco se sabe sobre as convenções concretamente celebradas em todo o país, dado o déficit de publicidade que se verifica nessa área. É fato que existem instrumentos normativos que relacionam,

2 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

abstratamente, os negócios processuais passíveis de celebração por determinados entes públicos³; no entanto, a transposição da norma geral para o caso concreto é, ainda, em geral, pouco divulgada.

A ausência de publicidade adequada acerca das convenções processuais celebradas pelo Poder Público é fator que desencadeia outro problema a merecer sopesamento e avaliação: como resguardar, no âmbito da atuação consensual da Administração Pública (neste trabalho delimitada, para fins de estudo, apenas à celebração de convenções processuais), o respeito à igualdade? Como equilibrar discricionariedade administrativa e tratamento isonômico aos administrados?

Volve-se o presente artigo à análise dessa questão, com a tentativa de formulação de soluções, *de lege lata*, para o problema apresentado. Desse modo, o trabalho pretende demonstrar, em primeiro lugar, que a decisão administrativa de celebração de convenção processual qualifica-se como um precedente administrativo. Para melhor compreensão da temática, buscar-se-á amparo na teoria espanhola dos precedentes administrativos, efetivando-se sua adaptação ao ordenamento jurídico pátrio.

Em seguida, discutir-se-á a eficácia do precedente administrativo sob análise, indicando-se os critérios definidores de sua vinculatividade. Como consequência, demonstrar-se-á em que medida o reconhecimento do caráter vinculante do precedente extraível da decisão administrativa de celebração de convenção processual acarretará a autolimitação negocial da Administração Pública, em prol do respeito ao princípio da igualdade.

Por fim, serão definidos instrumentos concretos de que se pode valer o administrado para garantir o tratamento igualitário na aplicação dos precedentes administrativos concernentes à celebração, pelo Poder Público, de negócios processuais⁴.

1. A DECISÃO ADMINISTRATIVA DE CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

A Administração Pública, ao celebrar negócios jurídicos processuais, submete-se a um regime jurídico diferenciado daquele a que se sujeitam os particulares no exercício da mesma atividade. Trata-se de regime jurídico de caráter híbrido, no qual devem ser conjugadas normas extraídas do Direito Processual e normas oriundas do Direito Administrativo.

3 Tomem-se por exemplo a Resolução PGE/RJ nº 4324, de 07 de janeiro de 2019 (disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/pge-rj-resolucao.pdf>. Acesso em 17/08/2021) e a Resolução AGE/MG nº 11, de 22 de março de 2019 (Disponível em <http://advocaciageral.mg.gov.br/legislacao/resolucao-11-de-22-03-2019/>). Acesso em 17/08/2021).

4 A expressão negócio processual será utilizada, neste artigo, como sinônima de convenção processual, ou seja, de negócio processual bilateral ou plurilateral.

A atuação administrativa consensual revela-se consentânea com o objetivo preconizado pela Constituição Federal de 1988 de valorizar a participação cidadã no exercício das funções públicas, buscando “democratizar a democracia através da participação”⁵, como forma de legitimação do exercício do poder. Embora esteja caracterizada, nessa atuação, a adoção de uma postura mais flexível e paritária da Administração Pública no seu relacionamento com o administrado, se comparada à atuação imperativa, é fato que mesmo nessa seara não poderá o Poder Público se desvincular dos princípios e regras que o estruturam enquanto órgão de exercício de poder.

Ainda que seja inequívoco o fenômeno de reformulação valorativa de diversos institutos clássicos do direito administrativo sob a perspectiva constitucional (daí se falar, atualmente, em princípio da juridicidade administrativa⁶ e não mais da legalidade administrativa, apenas para exemplificar), há premissas que não podem ser olvidadas no trato do tema dos negócios processuais envolvendo o Poder Público.

A primeira delas consiste no fato de que a celebração de negócios jurídicos processuais pelo Poder Público é, em regra, fruto de uma decisão administrativa previamente tomada por um agente público. A validade dessa decisão administrativa encontra respaldo nas normas que regem os atos administrativos em geral, devendo ser observados, dentre outros requisitos, a competência para a prática do ato, a motivação e a finalidade pública⁷.

A segunda premissa relaciona-se à necessidade de que a atuação administrativa, qualquer que seja a sua natureza (imperativa ou consensual), desenvolva-se em conformidade com os princípios constitucionais que a estruturam, em especial os princípios da juridicidade, da impessoalidade (garantia – e reflexo – da igualdade entre os indivíduos na seara administrativa) e da publicidade.

Por essas razões, a decisão administrativa de celebração de negócio jurídico processual produz, ao lado do efeito *inter partes*, uma eficácia mais geral, social, decorrente de sua natureza jurídica de precedente administrativo.

5 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 301. Apresentando diversos instrumentos de participação popular na Administração Pública, inclusive previstos na legislação infraconstitucional federal e em legislações estaduais, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, RT, ano 10, v. 39, abr.-jun./2002, p.133-140.

6 BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 756.

7 A questão atinente à (in)validade da decisão administrativa que lastreia a celebração de negócio jurídico processual foi enfrentada de modo mais detido por esta autora em BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 301-362.

Embora o presente estudo tenha como preocupação central o precedente jurídico e, mais precisamente, o precedente administrativo⁸, impende destacar que o precedente é algo natural e inerente à atividade decisória em geral⁹. Considerado em sua acepção ampla, o precedente é uma decisão tomada à vista de determinada situação concretamente considerada e que se revela capaz de servir como parâmetro para futuras decisões em situações similares. Ele pode, assim, influenciar ou condicionar uma atuação futura¹⁰.

Francisco Rosito afirma que nem toda decisão constitui um precedente, uma vez que, segundo ele, algumas decisões seriam despidas de transcendência potencial¹¹. A exclusão, *a priori*, da transcendência potencial de um caso, ainda que ele se afigure aparentemente particularizado e pouco afeito à repetição em situações semelhantes não é conclusão albergada neste estudo. Crê-se, na linha também defendida por Wambaugh, que todo caso pode fornecer um precedente¹². Além disso, é suficiente uma única decisão (no caso, administrativa) para que o precedente esteja caracterizado¹³.

-
- 8 Trata-se de tema pouco explorado na doutrina administrativista brasileira, como, inclusive, constatou BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira. *Revista digital de direito administrativo*, v. 03, n. 01, 2016, p. 139-140. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda/article/download/102556/107562>. Acesso em: 16/08/2021.
- 9 Frederick Schauer evidencia a postura do irmão mais novo que vindica tratamento igual ao que era destinado aos seus irmãos mais velhos, quando possuíam a sua idade. Trata-se de argumentação vinculada a um precedente, embora não de caráter jurídico (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Maio/2011, p. 1. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em: 16/08/2021). Há versão em português no referido artigo: SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATÁÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49-86 (trecho apontado pode ser encontrado na p. 50 da tradução).
- 10 Embora com referência ao âmbito judicial, adotam a acepção ampla de precedente, por todos: ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 91-92; DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.2, p. 455.
- 11 ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93.
- 12 WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction*. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894, p. 14. Seguem também essa perspectiva: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.2, p. 455-457; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 90. Em sentido contrário, destacando hipóteses em que a decisão judicial não se caracteriza como precedente (decisão que se limite a aplicar precedente anterior e decisão que se limite à aplicação da lei, sem conter interpretação jurídica relevante): ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 309-310. Luiz Guilherme Marinoni também não admite que toda decisão seja um precedente, exigindo, para que se configure como tal, a potencialidade de servir como paradigma para orientação futura de juízes e jurisdicionados (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 213-214).
- 13 Também nesse sentido: ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 308.

O precedente administrativo pode ser identificado como a conduta da Administração Pública capaz de, por algum modo, condicionar sua atuação posterior, de modo a que casos similares sejam tratados de modo semelhante¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶. No caso da celebração de um negócio jurídico processual, percebe-se que, diante de uma situação concreta, avaliando as consequências extraíveis do negócios a ser celebrado e em que medida esse negócio promove, satisfaz ou recupera o interesse público, a Administração Pública decide se deve ou não celebrá-lo e em que termos. Assim agindo, o Poder Público faz nascer um precedente administrativo.

A pergunta que se segue a tal conclusão é se este precedente revela-se, em alguma medida, capaz de vincular a Administração Pública, impondo-lhe a mesma conclusão (celebração de negócio processual) quando diante de uma situação similar. Em outros termos: exercida a competência fundada em poder-dever discricionário pelo ente público, ficará ele vinculado à solução adotada, de modo a ter que observar o mesmo padrão de conduta em casos futuros, envolvendo outros administrados?

O exame da resposta a tal questionamento pressupõe, como premissa, que seja avaliada a teoria dos precedentes administrativos. Por se encontrar mais bem sistematizada no direito espanhol, adotar-se-á como parâmetro a teoria espanhola, fazendo-se a devida adaptação à realidade brasileira.

2. TEORIA ESPANHOLA DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS E SUA ADAPTAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

Buscando delinear os parâmetros necessários para a aplicação de um precedente administrativo a um caso concreto, a doutrina espanhola, tomando por base construção teórica esboçada pela jurisprudência do país, sistematizou a chamada teoria do precedente administrativo. Silvia Sastre, fazendo a compilação desses parâmetros, aponta,

- 14 DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 07. Dissociando os precedentes administrativos das práticas administrativas, José Ortiz Díaz esclarece que enquanto as práticas possuem eficácia interna para a Administração, consistindo nas regras seguidas pelos funcionários para desenvolvimento de sua atividade, os precedentes atinam a decisões da Administração acerca de questões capazes de gerar direitos e interesses para os particulares (DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 24, set.-dez./1957, p. 79-80).
- 15 Silvia Díez Sastre conceitua o precedente administrativo como sendo a decisão tomada pela Administração para solucionar um caso antecedente e que poderá servir de base ou influenciar futuro posicionamento decisório seu em caso similar (SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 265).
- 16 José Ortiz Díaz conceitua o precedente administrativo como norma de direito objetivo extraível de, ao menos, duas decisões proferidas pela Administração no exercício do poder-dever discricionário. A acepção ampla de precedente adotada neste trabalho prescinde da reiteração apontada por José Ortiz Díaz, reputando-se possível identificar como precedente uma única decisão administrativa. Há de se enfatizar que o próprio autor, em trecho posterior no mesmo artigo, reconhece que a aplicação do princípio da igualdade de relação ao precedente não depende de critério quantitativo, mas, sim, qualitativo, pelo que seria possível invocar a autoridade de uma única decisão precedente para resguardo daquele princípio (DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 24, set.-dez./1957, p. 103).

nesse sentido, nove critérios para viabilizar essa utilização¹⁷. Os cinco critérios reputados aplicáveis no ordenamento jurídico nacional serão apresentados conjuntamente com as críticas a eles formuladas pela doutrina espanhola e com as ponderações concernentes às suas utilizações no sistema jurídico-administrativo pátrio.

O primeiro critério para a aplicação de um precedente administrativo a um caso concreto consiste na identidade objetiva entre ambos, caracterizada pela similitude entre as circunstâncias de fato relevantes extraídas do precedente e da situação concreta a demandar solução, além da identidade de norma aplicável aos dois casos¹⁸. Onde se revele aplicável a mesma *ratio*, há de se ter, a princípio, a mesma atuação administrativa¹⁹.

Sobre tal critério, Silvia Sastre soergue a crítica de que, no âmbito judicial espanhol, é comum os juízes não fazerem a distinção entre as circunstâncias fáticas determinantes para o alcance da decisão e as acidentais, exigindo, ao revés, uma identidade fática absoluta para aplicação do precedente administrativo, o que desvirtua a sua utilização²⁰.

O direito brasileiro, examinado sob perspectiva histórica, aponta para a existência de uma tradição marcada pelo respeito aos precedentes judiciais, de que é exemplo a utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de precedentes norte-americanos, nos primeiros anos da República. Ainda quando se reconhecesse aos precedentes apenas efeito persuasivo (buscando-se evitar suposta usurpação da função legislativa e a violação à liberdade de interpretação dos juízes), houve a preocupação em lhes conferir eficácia mais ampla, prevendo-se, desde a Constituição Federal de 1934, a possibilidade de o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso²¹⁻²².

- 17 O texto cuidará apenas dos cinco critérios aplicáveis (com ou sem ajustes) ao direito brasileiro. Para a consulta a todos os critérios apresentados pela autora, ver: SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 267-271..
- 18 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 267. A autora esclarece que a mudança legislativa superveniente ao surgimento do precedente descaracteriza-o enquanto tal para aplicação às novas situações ocorridas sob a égide do novo regramento legal.
- 19 DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 21-22.
- 20 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 267-268.
- 21 DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de processo comparado*, São Paulo, ano 01, v. 02, jul.-dez./2015, p. 108-111. O artigo citado contempla uma análise histórica do direito brasileiro desde o período imperial até os dias atuais, demonstrando como o fenômeno recente de valorização dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio revela, em verdade, a culminância (até o momento) de um delongado avançar histórico, construído sob as bases de um direito sempre voltado, em maior ou menor escala, à consideração aos precedentes. Outras demonstrações desse fenômeno são apresentadas pelos autores quando aludem à tradição de publicação dos acórdãos e de estabelecimento de repositórios autorizados de precedentes pelos tribunais, a valorização da jurisprudência, a edição de súmula da jurisprudência dos tribunais, a possibilidade de interposição de recursos especial e extraordinário fundados em divergência jurisprudencial, dentre outros (*idem, passim*).
- 22 Há, por exemplo, notícia histórica da existência, no Império, do Decreto nº 2.684 de 23/10/1875, que atribuiu força de lei a assentos da Casa da Suplicação de Lisboa e, ainda, concedeu ao então Supremo Tribunal de

A despeito de tal circunstância, a crítica apresentada por Silvia Sastre apresenta-se, em grande medida, compatível com a atual realidade jurisprudencial brasileira. No Brasil, o julgamento de causas converte-se, no mais das vezes, em julgamento de teses²³; sob a justificativa de concretização do princípio da isonomia, julgam-se casos distintos como se iguais fossem.

No entanto, tal crítica revela uma desconsideração ao critério doutrinário de aplicação do precedente, a ser superada culturalmente, o que não infirma a compatibilidade do critério com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo ele inerente à sistemática de aplicação de precedentes (judiciais ou administrativos).

Há de se esclarecer que o ordenamento jurídico brasileiro confere relevância, na caracterização do precedente, a três distintos elementos: além dos fatos relevantes e da norma geral do caso concreto extraível da fundamentação do julgado (*ratio decidendi*), também a argumentação jurídica conducente ao alcance daquela decisão íntegra do precedente²⁴.

Não por outra razão, aliás, o art. 966, §6º, do CPC/2015 prevê a possibilidade de a ação rescisória fundar-se em *distinguishing* não realizado pela decisão transitada em julgado, tendo ela aplicado precedente judicial sem

Justiça brasileiro a competência para utilizá-los como precedentes (“art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada”). No entanto, essa função não foi efetivamente exercida pelo Supremo Tribunal de Justiça no período imperial, prevalecendo o entendimento de que competia ao Poder Legislativo proceder à interpretação autêntica das leis. Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, n. 220, p. 407-421, jun./2013. Reconhece-se que a produção legislativa brasileira recente reflete uma clara intenção de fortalecer o papel dos precedentes no direito pátrio, conferindo-lhes, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, maior força no país (pela previsão de institutos como a súmula vinculante, dos precedentes com poder obstativo de recursos ou de remessa necessária e, ainda, de precedentes com carga persuasiva, tais como aqueles que justificavam, naquele diploma legislativo, a improcedência *prima facie*). No particular, o Código de Processo Civil de 2015 contempla regramento ainda mais inovador na temática dos precedentes judiciais, prevendo, inclusive, uma sistematização geral para o instituto, extraível, por exemplo, dos seus arts. 926 a 928. Busca-se superar, inclusive culturalmente, o uso aleatório, improvisado e descontextualizado de precedentes para solução de casos concretos (realidade examinada por: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31).

23 STRECK, Lênio Luiz. À guisa de prefácio. In: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-12.

24 Francisco Rosito afirma que o conceito de *ratio decidendi* contempla os três elementos apontados no texto: os fatos relevantes ao deslinde da causa (*statement of material facts*), a argumentação jurídica conducente ao alcance da decisão (*legal reasoning*) e a decisão propriamente dita (*judgement*) (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.107). Em perspectiva diferente, Fredie Didier Junior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga afirmam que o precedente (em sentido amplo) seria composto das circunstâncias fáticas, da argumentação jurídica e da norma geral do caso concreto, esta última intitulada de *ratio decidendi* (precedente em sentido estrito). (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.2, p. 455). Este último posicionamento doutrinário é o adotado neste texto.

examinar questão jurídica particularizada capaz de impor outra solução ao caso. A mesma tríade estrutural dos precedentes pode ser transposta para a esfera administrativa.

O segundo critério consiste na identidade subjetiva entre o precedente e o caso concreto (ou seja, que o precedente tenha advindo do mesmo ente público envolvido no caso concreto – ainda que por órgãos diversos – e não de outro distinto)²⁵. Sobre o ponto, Silvia Sastre aponta que haveria uma má importação dos requisitos atinentes ao precedente judicial, tendo em vista que, no âmbito administrativo, apenas seria considerado o autprecedente, desconsiderando-se o princípio de hierarquia inerente à estrutura administrativa. A autora defende que os precedentes de autoridades superiores vinculem os órgãos inferiores que lhes sejam hierarquicamente subordinados²⁶.

No direito brasileiro, a identidade subjetiva exigida para aplicação do precedente administrativo deve estar vinculada à pessoa jurídica de quem emanou. Havendo divergência entre precedentes advindos de órgãos distintos integrantes da mesma pessoa jurídica, dever-se-á promover a sua harmonização²⁷, seja pela prevalência do de maior hierarquia, seja pela uniformização de jurisprudência administrativa, levada a efeito pelo órgão competente para tanto. Reputa-se possível, inclusive, a utilização das câmaras de mediação e conciliação a que se refere o art. 174 do CPC/2015 também para desempenho dessa função uniformizadora, tendo em vista a competência que lhe foi atribuída pelo inciso I do referido artigo, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, bem como o caráter exemplificativo do rol de atribuições estabelecido naquele dispositivo legal.

O terceiro critério a que alude a doutrina espanhola para aplicação do precedente administrativo diz respeito à sua conformidade com o Direito. Não se admite que, a pretexto de concretização do princípio da igualdade, seja perpetuado um erro, uma conduta contrária ao direito vigente²⁸. Sobre a temática, Silvia Sastre pondera que o critério envolve questão prévia concernente à natureza jurídica e aos efeitos

25 DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 19-20.

26 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 268.

27 A coerência que se exige do ente público em sua atuação não se excepciona pelo fato de o mesmo se estruturar de modo compartimentalizado para o exercício de suas atividades. Tal circunstância não o autoriza a agir de modo contraditório perante os administrados (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de direito do Estado*, ano 01, n. 04, out.-dez./2006, p. 237).

28 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 270; DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 25-26.

atribuíveis ao precedente. Por outro lado, aponta que esse critério não deve redundar na substituição, pelo parâmetro tido judicialmente como correto, de um critério também adequado eleito pela Administração no âmbito de sua discricionariedade. Por fim, salienta a necessidade de resguardo dos direitos decorrentes do precedente que atinem ao particular que, de boa-fé, agiu tomando por base o precedente, com base na proteção da confiança²⁹.

Adota-se, neste trabalho, quanto ao terceiro critério apontado, o posicionamento segundo o qual a conformidade exigida do precedente é com o Direito e não com a lei, sendo imperioso o respeito, acima de tudo, à Constituição Federal. Além disso, sendo legítimo o exercício de um poder-dever discricionário, descabe a substituição dos parâmetros adotados pelo administrador por aqueles eleitos pelo órgão jurisdicional, sob pena de desconsideração ao princípio da independência e harmonia entre os poderes, consagrado no art. 2º da CF/1988.

Quanto à possibilidade de se tutelar situação jurídica alcançada por particular que atuou de boa-fé em respeito ao precedente posteriormente reputado contrário ao Direito, a situação há de ser examinada à luz dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé (proteção da confiança)³⁰. Ainda que se vislumbre na hipótese a possibilidade de aplicação de precedente contrário ao Direito³¹, trata-se de exceção incapaz de infirmar a regra aposta no critério apresentado, sobretudo porque decorre ela – a exceção –

29 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 270.

30 O princípio da segurança jurídica exige conhecimento da regra reguladora da ação (cognoscibilidade do direito) e possibilidade de o cidadão minimamente prever as consequências jurídicas atribuídas à conduta (calculabilidade do direito), além, é claro, de confiabilidade no direito. Vindo o particular a atuar tomando como base um determinado precedente administrativo posteriormente reputado contrário ao direito e superado, a valoração de sua conduta pelo precedente modificador pode acarretar violação à segurança jurídica, por estarem ausentes, no momento da prática do ato a ser valorado, a cognoscibilidade e a calculabilidade do direito. Nesse ponto, revela-se importante, para exame da premissa fática apresentada, o exame da protetividade da confiança à vista de mudança de precedente. A tutela da confiança, nessa hipótese, pressupõe quatro fatores: a) que exista uma base da confiança (precedente tido como contrário ao direito, desde que eficaz); b) que exista a confiança do cidadão na decisão orientadora (conhecimento ou potencialidade de conhecimento de fato acerca da decisão que afirma ter seguido); c) que essa confiança tenha sido exercida (prática de atos concretos baseados no precedente); d) que essa confiança tenha sido frustrada (precedente modificador do qual advenha decisão desfavorável a quem atuou com base no precedente superado). Presentes tais requisitos, pode-se impor restrição de conteúdo ou de efeito ao novo precedente, de modo que ele não incida sobre o caso concreto (aplicando-se a este o precedente superado) ou que ele incida de modo parcial. Os efeitos a serem atribuídos a uma decisão modificadora não podem ser fixados *a priori*, sendo imprescindível a análise particularizada de cada caso concreto. O afastamento do precedente novo ou sua aplicação dependeria, assim, de se perquirir, antes de mais nada, se presentes os requisitos justificadores da proteção da confiança (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 484-502).

31 Admite a hipótese, expressamente, quanto aos precedentes administrativos ilegais: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 59.

de ponderação da juridicidade com outros princípios regedores da aplicação dos precedentes judiciais (segurança e boa-fé).

O quarto critério para a aplicação do precedente é a sua anterioridade em relação ao fato a ser apreciado³². Trata-se de premissa inerente à própria ideia de precedente e, portanto, aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina espanhola concebe a possibilidade de uma decisão posterior (envolvendo outra parte) alterar a solução dada um caso anterior, denominando essa decisão, reversa à figura do precedente, de “consequente”³³. Não se trata, porém, propriamente, de exceção à ideia consignada no quarto critério sob exame. Essa decisão denominada de “consequente” servirá como base para a revisão de uma decisão anterior, qualificando-se, em relação à decisão revisora, como precedente. Além disso, o seu surgimento que faz nascer, *ex nunc*, o direito ao tratamento isonômico.

Por fim, o quinto critério apontado pela doutrina espanhola para a aplicação de precedente administrativo é a sua prova. Silvia Sastre aponta a dificuldade inerente ao atendimento desse critério, ante a ausência de repositórios de precedentes administrativos, diferentemente do que sucede com os precedentes judiciais³⁴. Cuida-se de crítica extensível ao direito brasileiro e para o qual há de se buscar solução, consentânea, inclusive, com o dever de publicidade dos atos administrativos.

Destaque-se, por fim, que Luís M^a. Díez-Picazo e José Ortiz Díaz apontam um outro critério (limite negativo) para aplicação do precedente: o atendimento ao interesse público. Ao dissociar-se dos princípios da igualdade, da segurança e da boa-fé em razão da necessidade de resguardo de um específico interesse público, a Administração assume a carga argumentativa e probatória de demonstrar a efetiva existência desse interesse público, que não se presume³⁵.

Firmada a noção de precedente administrativo e delineada a estruturação de uma teoria desse precedente à luz do direito brasileiro, resta indagar sobre a sua eficácia: em que medida o precedente administrativo autolimita a atuação administrativa? É possível falar-se em precedente administrativo vinculante?

32 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 271.

33 DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 24, set.-dez./1957, p. 101; SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 271.

34 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 271.

35 DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 22-23; DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 24, set.-dez./1957, p. 99.

3. VINCULATIVIDADE DO PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

A doutrina controverte quanto ao caráter vinculante do precedente administrativo. Há posicionamento doutrinário que recusa ao precedente administrativo a vinculatividade, buscando distingui-lo do precedente judicial anglo-saxão. Há quem admita a vinculatividade daquele precedente, conferindo-lhe a natureza consuetudinária ou, por outro viés, a natureza de norma jurídica diversa do costume³⁶.

Há de se reconhecer a força normativa do precedente, decorrente não de seu enquadramento como costume, mas, sim, como norma geral do caso concreto. A atribuição de caráter vinculante ao precedente administrativo prescinde da existência de uma específica previsão, nesse sentido, no Direito positivo. Trata-se de conclusão que se atrela à ideia de respeito aos princípios da igualdade e da segurança jurídica³⁷.

O ordenamento jurídico pátrio não se furtou ao reconhecimento da existência de precedentes administrativos dotados de caráter vinculante, a exemplo do que se observa no art. 496, §4º, IV, do CPC, que trata da inaplicabilidade da remessa necessária quando a sentença adotar posicionamento consentâneo com precedente administrativo vinculante ou, ainda, no art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)³⁸, cujo parágrafo único atribui caráter vinculante a determinadas normas administrativas.

O sistema de precedentes, de caráter dinâmico, estrutura-se com vistas a resguardar, empiricamente, a igualdade, vinculando o aplicador da norma às suas decisões anteriores, sem desconsiderar, logicamente, fatores que conduzam à evolução

36 A resenha doutrinária é apresentada por SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 274-275. A autora dedica-se, em seguida, a enfrentar cada um dos argumentos concernentes à natureza jurídica do precedente, concluindo que ele não é fonte do direito, mas que é dotado de força vinculante indireta, haurida de princípios como os da igualdade, da boa-fé (proteção da confiança) e da segurança jurídica. Essa força vinculante indireta não seria capaz de obrigar a Administração a agir tal como o fez no passado, dando ensejo, quando muito, ao dever de ressarcimento, pelo Poder Público, dos danos causados por eventual mudança irregular de critério de atuação (*idem*, p. 275-290).

37 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 76 (a afirmação feita pelo autor e aqui adaptada refere-se ao precedente judicial). Segundo o autor: “A força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente, portanto, resulta da consideração do *ordenamento jurídico como um todo* e, especialmente, do valor que deve ser dado à *igualdade e à segurança jurídica*”.

38 “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

social e peculiaridades que diferenciem os casos confrontados³⁹. Independentemente de um dado ordenamento jurídico haver se comprometido com determinada doutrina de precedentes, o respeito às decisões anteriores e a atuação coerente na solução de casos similares são condutas que decorrem do respeito ao princípio da justiça formal⁴⁰.

A doutrina do precedente administrativo funciona como técnica para controle da discricionariedade administrativa, resguardando a igualdade, a segurança jurídica e a boa-fé na atuação do Poder Público, por meio da autolimitação de sua esfera de opção⁴¹.

É possível defender, portanto, que o precedente da Administração tenha caráter vinculante para esta, buscando resguardar não apenas o princípio da igualdade, mas, também, princípios outros, como os da segurança jurídica e da boa-fé, bem como servindo de vedação à atuação estatal arbitrária⁴². A vinculatividade não afeta a esfera de liberdade do particular.

Exercida a competência fundada em poder-dever discricionário pelo ente público, fica ele vinculado à solução alvitrada, devendo observar o mesmo padrão de conduta em casos futuros. Note-se, porém, que embora se defenda que toda decisão administrativa de celebração de negócio processual origina um precedente, a igual conclusão não se pode chegar quando se trata de conferir a esse precedente a força vinculante.

Será dotada de vinculatividade a decisão administrativa de celebração de negócio(s) jurídico(s) processual(ais) proferida pelos órgãos superiores da advocacia pública de cada ente federado. Um negócio jurídico processual celebrado por um advogado público não detém, *ipso facto*, caráter vinculante, cabendo-lhe, ao revés, quando

39 MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: compreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 165.

40 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 171. Chaïm Perelman, refletindo acerca das concepções de justiça tidas por ele como as mais correntes (cita o autor as seguintes: a cada qual a mesma coisa, a cada qual segundo seus méritos, a cada qual segundo suas obras, a cada qual segundo suas necessidades, a cada qual segundo sua posição, a cada qual segundo o que a lei lhe atribui), conclui que todas resultam da aplicação da mesma ideia: a de que a noção de justiça sempre se relaciona, em alguma medida, com a de igualdade. Partindo dessa constatação, apresenta a concepção de justiça formal ou abstrata, que consistiria em um princípio de ação que obrigaria a conferir, aos seres enquadrados na mesma categoria essencial, o mesmo tratamento. Referida definição apresenta um denominador comum a todas as concepções de justiça antes mencionadas. A justiça formal é, pois, conceito que se sobrepõe às ideias particulares de justiça, às justizas materiais concretas extraídas dos diversos sistemas jurídicos, desempenhando verdadeiro papel conciliatório entre as diversas concepções de justo (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 09-19).

41 DIEZ-PICAZO, Luis M^º. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 43. Trata-se de aplicação da teoria das autolimitações administrativas, que objetiva resguardar a coerência e a razoabilidade na atuação do Poder Público, bem como a igualdade de tratamento destinado aos particulares pela Administração (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de direito do Estado*, ano 01, n. 04, out.-dez./2006, p. 232).

42 DIEZ-PICAZO, Luis M^º. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 09-15.

inexistente autorização específica prévia para a sua prática, informar a realização do acordo ao órgão de direção da Advocacia Pública que integra, que poderá conferir à prática caráter geral.

Há de se esclarecer, porém, que essa vinculação do Poder Público aos seus precedentes não é absoluta, hipótese que, se admitida, acarretaria um engessamento da atuação administrativa. À Administração Pública deve remanescer sempre a possibilidade (sem violação a direitos adquiridos e a atos jurídicos perfeitos) de modificação de posicionamento, revisando-se o precedente que se revelou ineficiente ou incapaz de atender à finalidade pública para a qual se destinou ou superando-se o que se tornou ultrapassado.

Essa alteração de posicionamento, porém, impõe ao Poder Público a exigência de apresentação de fundamentação adequada e específica para a prática do *overruling* (superação do precedente), resguardando-se os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da igualdade. Além disso, a depender do precedente a ser superado, revela-se recomendável que a modificação seja precedida de ampla participação dos administrados na rediscussão da tese, inclusive com a possibilidade de a alteração ser modulada no tempo. Aplicam-se, no particular, por analogia, os §§2º a 4º do art. 927 do CPC/2015, concernentes ao precedente judicial e de observância obrigatória pelo Poder Judiciário.

4. AUTOLIMITAÇÃO NEGOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O EQUILÍBRIO ENTRE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVO-CONSENSUAL E IGUALDADE

Já foram estabelecidas as premissas de que o negócio jurídico processual celebrado pelo Poder Público é antecedido de uma decisão administrativa de celebração e de que esta tem eficácia de precedente, inclusive dotado, em certos casos, de vinculatividade.

A ideia de vinculatividade do precedente administrativo concretiza, em certa medida, o princípio da igualdade, já que, apesar de limitar futura margem de “liberdade” para a celebração de convenções processuais pelo Poder Público, fá-lo em consideração ao direito do administrado de receber da Administração Pública tratamento não discriminatório e consentâneo com o comportamento ordinariamente por ela adotado em casos semelhantes. A mesma lógica que rege a aplicação dos precedentes judiciais (*treat like cases alike*) também deve se estender à seara administrativa, tributária que é do princípio da isonomia.

A ideia de que a celebração de uma convenção processual pela Administração Pública (sobretudo aquelas atípicas, fundadas no art. 190 do CPC/2015) poderá conduzir a uma futura autolimitação de sua esfera liberdade negocial (leia-se, de sua discricionariedade administrativa negocial) pode, a princípio, apresentar-se como pouco afeita à noção de atuação consensual do Estado.

No entanto, é preciso não perder de vista, ainda uma vez, que o Poder Público, ao celebrar convenções processuais, não se vincula apenas às normas processuais, mas, também, àquelas oriundas do Direito Administrativo. A ideia de liberdade que subsidia a atuação privada não pode ser simplesmente transportada à esfera pública. E a discricionariedade administrativa (espaço de atuação no qual se praticam os atos negociais) não confere ao agente público margem ampla e aberta de liberdade para atuar, em cada concreto, como melhor o aprouver. O autorregramento da vontade do Poder Público no processo é revelado, portanto, por uma conjunção indissociável de elementos processuais e administrativos.

Ao celebrar um determinado negócio jurídico processual com um administrado, o Poder Público deve adotar postura consequencialista, ou seja, sopesar, concretamente, os efeitos de sua decisão, inclusive diante da possibilidade de vir a ser aquela decisão replicada em outros casos. A preocupação com a celebração de convenções processuais não deve, portanto, estar adstrita ao caso concreto, mas, também, estender-se à possível formação de precedente invocável e aplicável em casos futuros. Trata-se de aplicação responsável do instituto em apreço.

Não se deve concluir, porém, que a vinculatividade do precedente extraível da decisão de celebração de um negócio processual acabaria por engessar o Poder Público, inibindo a utilização do instituto das convenções processuais pela Administração Pública. Existe, para os negócios processuais considerados mais “simples”, corriqueiros, uma tendência à generalização, havendo, inclusive, atos normativos que regulamentam essa possibilidade⁴³⁻⁴⁴.

No entanto, ainda haverá espaço para que o Poder Público possa celebrar negócios processuais específicos, os quais, por suas peculiaridades fáticas (que deverão estar minudentemente explicitadas no instrumento contratual), não são facilmente replicáveis. Assim como ocorre com o precedente judicial, também no âmbito administrativo pode ser invocado o *distinguishing* como técnica de aplicação de precedente, demonstrando-se a ausência de similitude fática entre o caso paradigma e o caso concreto no qual o administrado pretende convencionar.

Assim, por exemplo, se o Poder Público decidir celebrar uma convenção processual atípica para aceitar a apresentação, no âmbito administrativo pré-processual (antes do ajuizamento da execução fiscal), de seguro garantia de crédito inscrito em dívida ativa, nos termos do art. 9º, II, da Lei nº 6830/1980 (Lei de Execução Fiscal), deve

43 Citem-se como exemplos a Portaria PGFN nº 742, de 21/12/2018 e a Portaria nº 70, de 16/09/2020, da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco, além das Resoluções da PGE/RJ e da AGE/MG, já mencionados em nota precedente deste trabalho.

44 Janaína Noleto defende, inclusive, que a regulamentação, em abstrato, pelos órgãos de advocacia pública, das hipóteses em que se revela possível a celebração de convenções processuais pelo Poder Público serve ao propósito de superar a barreira que possa ser soerguida pelos advogados públicos à prática de tais atos, conferindo-lhes maior margem de segurança em sua atuação (BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 165.

estar ciente de que tal decisão possui uma forte aptidão para ser generalizada, podendo outros contribuintes exigir que semelhante negócio seja com eles celebrado, respeitando-se, obviamente, os critérios administrativos preestabelecidos para a aceitação da garantia.

No exemplo mencionado, cuida-se de hipótese em que a garantia apresentada (seguro garantia) é equiparável a dinheiro, nos termos do art. 835, §2º, do CPC e, portanto, revela-se capaz de tutelar adequadamente o interesse do erário a ser perseguido em juízo. Poder-se-ia, inclusive, adotar uma interpretação ampliativa do precedente administrativo (por semelhança de *ratio*) para aceitação, nas mesmas circunstâncias, de fiança bancária.

O mesmo não se poderá dizer, por exemplo, no caso de o Poder Público, em hipótese específica, firmar um negócio processual em que o administrado defina previamente um bem sobre o qual a penhora haverá de recair preferencialmente. As peculiaridades do caso concreto que conduziram à celebração de tal negócio (e, obviamente, sua excepcional vantagem ao interesse público) deverão estar minudentemente explicitadas no acordo a ser celebrado e poderão ser invocadas como base para o necessário *distinguishing* que afaste sua aplicação generalizada.

O maior desafio para a aplicação da teoria dos precedentes administrativos reside na ausência de ampla publicidade desses precedentes. Ao contrário do que se possa pensar, os negócios processuais envolvendo o Poder Público são uma realidade inexorável. Que o digam os já mencionados diplomas normativos que explicitam os tipos de negócios previamente autorizados no âmbito de cada pessoa jurídica de direito público. Tomando-se como exemplo o Estado de Pernambuco, consta a informação, em seu *site*, de que 25 (vinte e cinco) negócios processuais foram celebrados no ano de 2019⁴⁵.

O que se observa, porém, é que, na grande maioria dos sítios eletrônicos de órgãos de advocacia pública, o administrado não encontrará, com facilidade, informações acerca dos negócios processuais que estão sendo celebrados pelo ente público respectivo, de modo que, embora lhe seja resguardado o direito ao tratamento isonômico também nessa seara, seu direito se transforma em letra morta ante a dificuldade de conhecer o teor do que vem sendo decidido/negociado pela Administração Pública.

Nota-se que o respeito ao princípio da publicidade é premissa indispensável à concretização do princípio da isonomia no presente caso, garantindo-se ao administrado o acesso aos precedentes administrativos em matéria negocial. Desse modo, o Poder Público deverá manter base de dados de fácil acesso (que poderá ser estabelecida não apenas em meio físico, mas, especialmente, disponibilizada na rede mundial de

45 Informação encontrada em: <<http://www.pge.pe.gov.br/negociosjuridicosprocessuais.aspx>>. Acesso em 16/08/2021.

computadores⁴⁶) contendo a listagem dos precedentes administrativos em matéria de negociação processual⁴⁷.

Adotando-se como parâmetro o art. 927, §4º, do CPC, essa publicidade deverá, tanto quanto possível, ser temática, organizando-se os precedentes pelo objeto do negócio celebrado. Poderão, inclusive, ser disponibilizados modelos de acordos processuais, previamente aprovados pelo órgão de direção da advocacia pública correspondente, a serem oferecidos aos litigantes⁴⁸, como modo de divulgação do precedente e garantia de respeito à igualdade.

É possível, ainda, que o Poder Público celebre com o Poder Judiciário um protocolo institucional que tenha por objeto justamente a divulgação, já no momento do ajuizamento da demanda, de modelos de acordos processuais compatíveis com a ação proposta, facultando-se a sua celebração com a simples anuência da parte autora, uma vez que a aprovação do modelo pelo ente público já corresponderia à sua manifestação de vontade formadora do negócio.

Essa postura de publicidade proativa do Poder Público não afasta, obviamente, a publicidade reativa que é seu dever, consistente no atendimento a consultas feitas pelos administrados, no exercício do seu direito de solicitar informações, inclusive com a obtenção de certidões pertinentes aos atos consultados⁴⁹.

Superado que venha a ser o óbice da deficiência de publicidade desses atos administrativos (inclusive com vistas a se evitar a incidência do art. 11, IV, da Lei nº 8429/1992, que qualifica como ato de improbidade administrativa a negativa de publicidade a atos oficiais), remanesce, ainda, ao menos uma questão adicional a ser debatida: como poderá o administrado fazer valer o seu direito de ver aplicado ao seu caso concreto o precedente administrativo por ele invocado?

Em primeiro lugar, caber-lhe-á a busca, na esfera administrativa, da celebração do negócio processual pretendido, podendo valer-se para tanto, inclusive, de requerimento administrativo indicando a situação concreta em que deseja ver aplicado o negócio formulado e o precedente no qual lastreia o seu pedido. Caberá ao órgão de advocacia pública, neste caso, avaliar o pleito formulado, seja para acatá-lo, seja para refutar a pretensão formulada, neste caso apontando os fundamentos da distinção realizada e/ou a eventual superação do precedente.

46 A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) iniciou a etapa de publicização dos negócios processuais por ela celebrados, os quais podem ser encontrados em: < <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/termos-de-negocio-juridico-processual>>. Acesso em 16/08/2021.

47 Na linha do quanto explicita o Enunciado nº 573 do FPPC: “As Fazendas Públicas devem dar publicidade às hipóteses em que seus órgãos de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar autocomposição”.

48 Solução engendrada por: SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 507-519.

49 RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. *Revista de direito administrativo*, n. 266, maio-ago./2014, p. 108-109.

Caso, no entanto, a parte entenda que os fundamentos apresentados pelo órgão de advocacia pública não se adequam ao caso concreto (o que ocorreria, por exemplo, na hipótese de ter sido indevidamente realizado o *distinguishing*), não se lhe pode tolher a possibilidade de buscar a tutela judicial do seu direito ao tratamento isonômico perseguido. Neste caso, a tutela a ser perseguida poderá ser similar àquela destinada a suprir vontade não manifestada (a exemplo do que ocorre na adjudicação compulsória, art. 16, §2º, do Decreto-Lei nº 58/1937), impondo a decisão judicial, neste caso, que sejam produzidos os efeitos do negócio jurídico que deveria ter sido celebrado pelo Poder Público e não o foi.

Volvendo-se ao exemplo anteriormente apresentado (celebração de convenção processual atípica para aceitar a apresentação, no âmbito administrativo pré-processual, de seguro garantia de crédito inscrito em dívida ativa), o comando sentencial determinaria a produção dos efeitos decorrentes do negócio processual não celebrado (ter-se como válida e aceita a garantia, determinar-se que aquele débito tributário não obste a emissão de certidão positiva com efeito de negativa, conforme o art. 206 do CTN etc.).

Soluções de tal natureza (judicialização da possibilidade de celebração de negócio processual com o Poder Público) haverão, obviamente, de ser excepcionais. O gerenciamento de um sistema de precedentes administrativos, sobretudo em matéria consensual (como é o caso, especificamente tratado neste artigo, das convenções processuais) pressupõe, em um primeiro momento, a formação consciente e responsável dos precedentes, atentando o Poder Público para o potencial efeito multiplicador daquela solução engendrada.

Em um segundo momento, deve ser estruturada uma base de dados consistente e organizada, com o escopo de divulgar aos administrados os precedentes de que poderão se valer em seus casos concretos (não apenas por intermédio de regimentos gerais, como as Portarias e Resoluções, mas, também, pela própria criação de um banco de precedentes).

Por fim, em um terceiro momento, a aplicação dos precedentes deve atentar ao máximo respeito ao princípio da isonomia e à eficiência administrativa, na medida em que o uso sistemático de soluções consensuais (ainda que de cunho processual) integra-se no escopo maior de solução adequada de controvérsias, prevenindo-se a excessiva judicialização de controvérsias e promovendo-se uma gestão processual mais racional. Trata-se, em suma, de se aperfeiçoar uma nova cultura jurídica de tratamento de conflitos pelo Poder Público⁵⁰.

CONCLUSÃO

A substituição do paradigma da legalidade administrativa pelo da juridicidade administrativa conduz, necessariamente, à ressignificação do processo de densificação

50 FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 215.

da normatividade. A constatação de que a Administração Pública está submetida ao Direito (e não apenas à lei) e de que, ao interpretar o texto normativo, produz norma, enseja maior preocupação com o produto dessa construção normativa: a decisão administrativa.

O respeito, pelo Poder Público, ao princípio da igualdade está intrinsecamente relacionado com o fortalecimento da ideia de precedente administrativo e com a estruturação, no direito brasileiro, de uma teoria desses precedentes. Nessa linha, é possível, inclusive, defender-se a vinculatividade dos precedentes administrativos, ainda que à míngua de texto legal expresso que nesse sentido disponha. Tal conclusão decorre de interpretação sistemática do ordenamento pátrio, como forma de resguardar a igualdade, a segurança jurídica e a boa-fé na atuação do Poder Público, que, ao decidir, autolimita a sua esfera de opção para decisões futuras.

Ao celebrar uma convenção processual, típica ou atípica, o Poder Público profere uma decisão administrativa de celebração que, se for endossada por um órgão superior da advocacia pública (ou se for por ela proferida), torna-se vinculativa. Por consequência, a Administração Pública, nesses casos, autolimita-se em sua esfera discricionária, fazendo surgir, ao administrado que se encontre em condições fáticas similares à do precedente criado, o direito de exigir que a mesma solução seja adotada no seu caso.

Além disso, caber-lhe-á manter uma acessível base de dados em que seus precedentes estejam acessíveis e organizados por matéria, garantindo-se, assim, a concretização da necessária publicidade de seus atos administrativos, para que estes possam produzir sua eficácia social. Já o respeito à isonomia será garantido com a aplicação, quando for o caso, do precedente invocado pelo administrado, o qual poderá buscar a tutela do direito tanto na esfera administrativa, como regra, quanto, excepcionalmente, no âmbito jurisdicional.

Naturalmente, a vinculação do Poder Público ao precedente administrativo formado não impede o seu afastamento diante do caso concreto (*distinguishing*) nem sua superação (*overruling*). A teoria do precedente judicial afigura-se como ferramenta útil à consecução de tais objetivos. Há de se ter em mente, porém, que o maior legado haurido da ideia de vinculatividade do precedente administrativo é a exigência de uma atuação administrativa mais democrática e responsável, na medida em que o afastamento – pontual ou definitivo – do precedente formado exigirá do Poder Público um compromisso inarredável com a motivação adequada e específica de seus atos.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de direito do Estado*, ano 01, n. 04, p. 231-244, out.-dez./2006.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira. *Revista digital de direito administrativo*, v. 03, n. 01, 2016, p. 133-149. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda/article/download/102556/107562>. Acesso em: 16/08/2021.
- BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 743-780.
- BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 24, p. 75-115, set.-dez./1957.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. Salvador:Juspodivm, 2016, v.2.
- _____; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, n. 220, p. 407-421, jun./2013.
- _____; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de processo comparado*, São Paulo, ano 01, v. 02, p. 99-120, jul.-dez./2015.
- DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, p. 07-46, maio-ago./1982.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Londrina: Thoth, 2021.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, RT, ano 10, v. 39, p. 132-144, abr.-jun./2002.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- _____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: RT, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.

- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. *Revista de direito administrativo*, n. 266, p. 89-123, maio-ago./2014.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 507-519.
- SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 263-294.
- SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Maio/2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em: 16/08/2021).
- _____. Precedente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49-86.
- STRECK, Lênio Luiz. À guisa de prefácio. In: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-20.
- WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction*. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

Gerenciamento de casos e cooperação na europa: uma abordagem moderna sobre a litigância cível¹

Case management and co-operation in europe: a
modern approach to civil litigation

C.H. van Rhee

Universidade de Maastricht, Países Baixos

Resumo: O Modelo Europeu de Regras de Processo Civil do *European Law Institute* (Instituto de Direito Europeu) e do UNIDROIT propõe uma abordagem moderna do processo civil que, de acordo com os seus redatores, pode ser qualificada como a melhor prática. Toma-se como ponto de partida o princípio da cooperação e o gerenciamento de casos, apresentando um modelo processual que se adequa às principais ideias políticas da União Europeia sobre o papel do Estado (a exemplo do Poder Tribunal). As Regras-Modelo refletem a ideia de que o Estado existe para proteger seus cidadãos e que deve garantir que seus serviços, a exemplo da

1 Tradução e revisão Hermes Zaneti Jr. (Professor de Teoria do Processo e Processo Civil na graduação e pós-graduação em direito da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, líder do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo – FPCC, grupo fundador da Rede Internacional de Pesquisa ProcNet - Justiça Civil e Processo Contemporâneo); Daine Gonçalves Ornellas Lima (mestre em Direito pela UFES) e Luana Cabral Mendes Gontijo (mestranda em Direito Processual pela UFES, pós-graduanda em Direito Processual Civil pela FDV, graduada em Direito pela FDV, membro do grupo de pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo – FPCC e advogada).

administração da justiça, sejam prestados de maneira eficiente e proporcional. *É esperado que as Regras-Modelo sejam adotadas por várias instituições da UE e Estados-Membros.*

Palavras-chave: princípio da cooperação; gerenciamento de casos; processo proporcional de resolução de litígios.

Abstract: The Model European Rules of Civil Procedure of the European Law Institute and UNIDROIT provide a modern approach to civil procedure which, according to its drafters, may be qualified as best practice. They take as their starting point the principle of co-operation and case management, and provide a procedural model that fits the leading political ideas in the European Union about the role of the state (such as the judiciary). The rules reflect the idea that the state is there to protect its citizens and that it should make sure that its services (here, the administration of justice through the state courts) are provided efficiently and proportionately. It is to be expected that the Model Rules will be embraced by various EU institutions and Member States.

Key-words: principle of co-operation; case management; proportionate dispute resolution process.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um modelo processual baseado no princípio de cooperação. 3. O Modelo Processual do Modelo de Regras Europeias. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A terminologia “gerenciamento de casos” entrou em voga nos estudos de direito comparado na Europa em decorrência da chamada *Woolf Reforms*, de 1998, na Inglaterra². Essas reformas atraíram a atenção do meio acadêmico. Observou-se que, algumas décadas antes, muitas das jurisdições de *Civil Law* do continente europeu e grande parte das jurisdições de *Common Law* estavam se afastando de uma ideia que, por um longo período, dominou o processo civil nos estados não-Socialistas da Europa, qual seja: as partes são livres para modelar seus procedimentos cíveis da maneira que consideram adequada, já que o processo civil (*Civil Litigation*) visa (em regra) a proteção de direitos e obrigações de índole privada dos quais podem livremente dispor. Essa ideia é fortemente representada por um princípio fundamental do processo civil que foi formulado, pela primeira vez, no início do século XIX, pelo jurista bávaro Nikolaus Thaddäus von Gönner (1764-1827): o *Verhandlungsmaxime*, que pode ser traduzido livremente como o princípio do dispositivo (em inglês, *adversarial principle*)³. Dar tônica ao conteúdo do princípio do dispositivo no processo é prejudicial à justiça, uma vez que

2 Ver Lord Woolf, *Access to Justice. Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales* (1995), disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213222829/http://www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm>, e, também, *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales* (1996), disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm> (ambos acessados em Outubro de 2021).

3 C.H. van Rhee, Case management in Europe: A modern approach to civil litigation, *International Journal of Procedural Law*, vol. 8, no. 1, 2018, 65-84. N.T.: bávaro que se refere à região do reino da Bavaria do século XIX e que, atualmente, corresponde ao estado federal da Baviera, um dos dezesseis *Länder* da República Federal da Alemanha.

apenas permite enxergar o processo civil da perspectiva dos interesses privados das partes (ou, melhor, dos interesses privados da parte mais forte).

Esse princípio estava em conformidade com o papel do Estado na Europa do século XIX, que oferecia proteção limitada aos seus cidadãos, mas ampla proteção às suas propriedades. No entanto, contradiz a visão política majoritária sobre o papel do Estado na Europa continental atualmente, segundo a qual o Estado tem a obrigação de intervir ativamente quando os interesses de grupos mais fracos da sociedade estão sendo postos em risco (ou seja, o Estado do bem-estar social).

Assim, é surpreendente que o *Verhandlungsmaxime* tenha permanecido como um princípio central nos manuais de processo civil na Europa ao longo dos séculos XIX e XX. Muito provavelmente, isso se deve às muitas exceções ao princípio que foram admitidas na Europa desde a sua “criação” por von Gönner, o que tornou o seu conteúdo, em grande medida, insignificante para a compreensão do processo civil. Isso também é observado em muitas jurisdições europeias, em que um novo equilíbrio entre elementos mais e menos privatistas no processo civil tem sido buscado desde o final do século XIX, e que resultou em um novo princípio de processo civil formulado pela primeira vez no final do século XX.

Esse princípio pode ser denominado “princípio da cooperação”, ainda que a nomenclatura “princípio da cooperação” seja usada apenas em algumas jurisdições, especialmente na França (*principe de coopération*)⁴. Embora não conste nos “*Principles of Transnational Civil Procedure*” de 2005 do *American Law Institute* e UNIDROIT⁵, parece que o princípio da cooperação também passou a integrar as “*Model European Rules of Civil Procedure*” de 2020 do *European Law Institute* e UNIDROIT⁶:

Regra 2 (Geral): As partes, seus advogados e o tribunal⁷ devem cooperar para promover a resolução justa, eficiente e rápida do litígio⁸.

4 C.H. van Rhee, Principe de coopération - Co-operation principle, in: E. Jeuland and S. Lalani (eds.), *Recherche lexicographique en procédure civile - Lexicographical research in civil procedure* (Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Vol. 85), Paris: IRJS Editions, 2017, 207-214.

5 Confira <https://www.unidroit.org/work-inprogress-studies/studies/civil-procedure/1346-study-lxxvi-principles-of-transnational-civil-procedure-2> (acessado em Outubro de 2021).

6 Confira <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects-old/completed-projects-sync/civil-procedure/> (acessado em outubro de 2021). Abaixo, as Regras-Modelo e os Comentários são citados. As partes citadas serão indicadas no texto principal ou em notas de rodapé. Aspas nem sempre serão usadas quando for evidente que é feita referência às Regras-Modelo ou aos Comentários.

7 As Regras-Modelo europeias não parecem fazer uma distinção expressa (apenas, às vezes, implícita) entre “tribunal” e “juiz”, embora tal distinção tenha sido sugerida por um dos grupos de trabalho que prepararam as Regras-Modelo, qual seja, o Grupo de Trabalho sobre Obrigações das Partes, Advogados e Juizes (doravante “GT Obrigações”). No preâmbulo do projeto deste Grupo de Trabalho, lemos: “Deve-se notar que as regras referentes ao tribunal (em oposição aos juizes) incluem os poderes e responsabilidades de todas as estruturas judiciais existentes que garantem a boa administração da justiça em casos concretos”. N.T. (nota dos tradutores): o termo original “*court*” foi substituído ora por “tribunal”, ora por julgador. Segue-se a mesma linha da nota do autor e explica-se que onde está referido “tribunal” a mesma lógica se aplica ao juiz singular, quando couber.

8 No que diz respeito à terminologia “justo”, “eficiente” e “rápido”, encontramos as seguintes observações no relatório do GT Obrigações (Regra 1, Comentários): “Uma definição precisa desta terminologia é difícil de

Regra 6 (Papel das partes e seus advogados): As partes e seus advogados devem cooperar com a justiça para promover um processo de resolução de litígios proporcional⁹.

Neste trabalho, o modelo processual proposto pelas Regras-Modelo será discutido, especialmente no que concerne aos efeitos do princípio de cooperação e ao gerenciamento de casos (Seção 2). Contudo, primeiramente, algumas breves observações serão feitas sobre o contexto histórico do princípio de cooperação (Seção 1).

2. UM MODELO PROCESSUAL BASEADO NO PRINCÍPIO DE COOPERAÇÃO

O ponto de partida de um modelo processual civil baseado no princípio da cooperação é uma ideia política. É a ideia de que o processo civil deve ser analisado a partir de várias perspectivas: não apenas a partir da perspectiva dos litigantes, mas também da sociedade como um todo.

Obviamente, essa ideia política não é nova, pois encontra suas raízes nos estudos de acadêmicos do Direito, como Anton Menger (1841-1906), professor austríaco do século XIX, e Franz Klein (1854-1926), reformador do Direito austríaco do início do século XX¹⁰.

Reconhecidamente, o processo civil visa a solução de controvérsias sobre direitos e deveres privados entre particulares, acontece que essas soluções e a forma como são alcançadas também podem impactar outros membros da sociedade. Por exemplo, a solução alcançada em um processo pode gerar jurisprudência que poderá influenciar o comportamento de terceiros; a própria forma como a solução é alcançada também poderá impactar terceiros, a exemplo do que ocorre quando o uso ineficiente do tempo do Tribunal, em um caso particular, resulta na limitação de meios para decidir outros casos.

fornecer e pode, em qualquer caso, até mesmo ser perigosa. A terminologia é flexível e deve ser interpretada à luz dos paradigmas processuais modernos. Deve ser lida à luz do modelo processual a que essas normas visam. (1) “Justo” inclui a observância de princípios processuais modernos, como o dever das partes de cooperar entre si e com o tribunal e a prevenção de procedimentos manifestamente infundados ou o abuso das regras processuais para fins ilegítimos, (2) “eficiente” refere-se, entre outras coisas, ao uso de recursos da forma menos dispendiosa, e (3) “rápido” inclui um período de tempo que é razoável dada a natureza, valor e complexidade do caso concreto”.

9 No que diz respeito à terminologia “proporcional”, encontramos as seguintes observações no relatório do GT Obrigações (Regra 1, Comentários): “[P]roporcional” em certa medida abrange ideia similar às das terminologias “eficiente” e “rápido” em conjunto. “Proporcional” é adicionado [ao projeto de regra original do Grupo de Trabalho Obrigações] para enfatizar que diferentes tipos de casos podem exigir diferentes usos de recursos e tempo”.

10 Anton Menger, *System des oesterreichischen Civilprocessrechts: in rechtsvergleichender Darstellung*, Vienna: Hölder, 1876; F. Klein, *Pro futuro: Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Österreich*, Vienna: Deuticke, 1891. Cf. C.H. van Rhee, *European Traditions in Civil Procedure* (Ius Commune Europaeum, 54), Antwerp: Intersentia, 2005.

As várias perspectivas a partir das quais o processo civil pode ser visto servem como justificativa para um modelo processual: (1) que facilite a resolução de conflitos baseada em fatos que se aproximem tanto quanto possível dos fatos reais, (2) que contribua para que o tribunal leve em consideração o direito aplicável ao caso e (3) que possua garantias para uma utilização eficaz e eficiente dos escassos recursos disponíveis para o desenvolvimento do processo.

Tal modelo não pode existir se as funções dos participantes do processo civil (juízes, partes e seus advogados) forem definidas uniformemente tendo como base o princípio do dispositivo. É necessária uma abordagem equilibrada das questões processuais, definindo os vários papéis dos atores nas diferentes fases de tramitação do processo e enfatizando a cooperação entre esses atores para que se possa atingir os três objetivos gerais ora apontados.

3. O MODELO PROCESSUAL DO MODELO DE REGRAS EUROPEIAS¹¹

O modelo processual das “*Model European Rules of Civil Procedure*” parte do princípio que todos os participantes num processo civil (o tribunal, as partes e os seus advogados) partilham a responsabilidade de pôr fim ao litígio de forma justa, eficiente e rápida¹². O Grupo de Trabalho ELI/UNIDROIT, encarregado de apresentar

11 A seguir, não discutirei as sanções pelo não cumprimento das várias obrigações das partes e dos advogados que são mencionadas nas Regras-Modelo Europeias. Deve-se, no entanto, notar que, ao contrário da minuta fornecida pelo Grupo de Trabalho de Obrigações, as Regras-Modelo não regulam sanções para os juízes caso eles descumpram suas funções de gerenciamento de casos. As Regras 11 (3) e (4) elaboradas pelo Grupo de Trabalho não foram incluídas nas Regras Europeias Modelo. As Regras anteriores têm a seguinte redação: “11 (3) Uma parte pode solicitar que uma autoridade competente transfira seus processos para outro juiz, quando houver uma falha por parte do juiz no cumprimento do dever geral de gerenciamento de processos. 11 (4) As partes podem queixar-se aos órgãos competentes por conduta judicial e disciplinar para investigação de suposta falha judicial em gerir o caso de forma adequada”. Os comentários a essas Regras são os seguintes: “A terceira e quarta subsecções tratam de algumas das consequências de um julgador não cumprir adequadamente com a sua função de gerenciamento de processos. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando o magistrado não emitiu qualquer ordem necessária para a gestão do caso ou se, devido à má gestão do caso, a questão submetida ao Tribunal não for resolvida dentro de um prazo razoável. Na verdade, de acordo com o princípio da cooperação leal [o projeto refere-se consistentemente a “cooperação leal” para enfatizar qual comportamento é esperado dos participantes em um processo judicial], a parte ou as partes devem discutir abertamente o gerenciamento das questões com o magistrado e estimulá-lo a agir. A transferência de um caso para outro juiz e, especialmente, as reclamações para os órgãos disciplinares competentes são apropriadas apenas se a falha em gerir adequadamente o processo for de natureza mais grave. Deve-se notar que em alguns países a transferência de casos pode ser difícil devido aos conceitos de “jurisdição natural” [N.T. juiz natural] e à falta de competência da administração do tribunal [court management] para transferir casos (o que, ainda assim, pode ser inevitável se o juiz for incapaz de continuar seu trabalho, por exemplo, devido a doença ou outros motivos)”. O Grupo de Trabalho também declarou (Regra 4, Comentários): “... [I]sanções, quando impostas aos juízes, não afetam a sua independência, uma vez que a independência deve ser entendida como independência em decidir o mérito do litígio entre as partes e não como independência para o gerenciamento procedimental do processo”.

12 Regra 2 das Regras-Modelo Europeias. No projeto de Regra 2 do Grupo de Trabalho, afirma-se que os advogados devem auxiliar as partes no cumprimento de suas obrigações processuais. Nos comentários a esse projeto de Regra, lemos: “Assistir as partes no cumprimento das suas obrigações processuais significa, entre

um primeiro esboço das regras sobre as obrigações das partes, advogados e juízes (doravante denominado “Grupo de Trabalho de Obrigações”)¹³, afirmou o seguinte:

“As regras [elaboradas pelo Grupo de Trabalho de Obrigações] fornecem uma abordagem moderna para o processo civil, na medida em que colocam a ênfase na cooperação leal entre o juiz, as partes e seus advogados. As regras são redigidas na perspectiva de que os juízes, as partes e seus advogados compartilham a responsabilidade de pôr fim aos litígios de maneira justa, eficiente, rápida e proporcional, seja por meio de acordo, seja por meio de uma decisão judicial com base nos fatos verdadeiros e no direito aplicável. Isso significa que a dicotomia entre dispositivo e inquisitorial é intencionalmente rechaçada. A ideia subjacente às regras é que não há divisão mútua e exclusiva de trabalho entre os vários participantes de uma ação civil; existem apenas obrigações compartilhadas. Isso significa que, além das partes, o Tribunal também tem certas obrigações em relação aos fatos e às provas, ao passo que as partes compartilham com o juiz a responsabilidade pela avaliação das questões jurídicas pertinentes. É dever dos advogados apoiar as partes no cumprimento de suas obrigações. Os deveres dos advogados, no entanto, vão além disso, pois eles também têm que observar os deveres profissionais normalmente encontrados nos códigos de conduta, aos quais as presentes regras se referem, quando necessário”.

A fim de atingir esse objetivo e promover “um processo de resolução de litígios proporcional”, o tribunal, as partes e seus advogados precisam cooperar¹⁴. É o tribunal que deve se certificar que o processo de resolução de litígios é, de fato, proporcional. Para isso, deve não só considerar “a natureza, importância e complexidade” da demanda individualmente considerada, mas também o seu acervo (quantitativo de outros processos), para garantir que a justiça pode ser administrada em todos eles de forma adequada¹⁵. Essa questão é expressa na Regra 5 (2):

“Para identificar se um processo é proporcional, o tribunal deve observar ... a necessidade de cumprir sua função de gerenciamento geral em todos os processos, com o devido respeito pela administração adequada da justiça”¹⁶.

outras coisas, que os advogados devem informar as partes das obrigações processuais expressas nas Regras e das consequências do descumprimento. Os advogados não devem conscientemente cooperar com qualquer descumprimento dessas obrigações. Se necessário, eles devem estimular ativamente o seu cumprimento pelas partes. Se uma parte persistir em não cumprir suas obrigações, isso pode significar, em última análise, que um advogado deve encerrar o patrocínio dessa parte”.

13 Este Grupo de Trabalho do *European Law Institute* e UNIDROIT foi presidido pelo Professor Alan Uzelac e pelo autor do presente artigo. Os membros do Grupo de Trabalho foram Emmanuel Jeuland (Paris), Bartosz Karolczyk (Varsóvia), Walter Rechberger (Viena), Elisabetta Silvestri (Pavia), John Sorabji (Londres) e Magne Strandberg (Bergen). As regras do Grupo de Trabalho sobre Obrigações serviram de base para parte das Regras-Modelo de Processo Civil Europeu que, em breve, será publicado com a *Oxford University Press*. Deve-se observar que nem todas as sugestões do Grupo de Trabalho sobre Obrigações foram adotadas.

14 Regras 2 e 6.

15 Regra 5.

16 Confira-se Comentários à Regra 5.

O tribunal deve se certificar que os métodos menos complexos e caros sejam escolhidos para resolver disputas, se possível fora do tribunal adotando métodos adequados de solução de conflitos¹⁷.

De acordo com as Regras-Modelo Europeias, a cooperação é necessária antes do conflito ser levado ao tribunal, ou seja, na fase pré-processual. Nos Comentários que acompanham o projeto da Regra 1 sobre as Obrigações, consta:

“As partes devem cumprir suas obrigações não apenas durante o processo, mas ainda antes do conflito ser levado ao tribunal (fase pré-processual) ... Na fase pré-processual, as partes devem cooperar de tal maneira que os fatos e o direito que sustentam a controvérsia sejam suficientemente expostos, que as provas disponíveis sejam apresentadas e que sejam realizadas tentativas suficientes de composição do litígio antes do início da ação judicial. Obviamente, não há sanções pelo não cumprimento dessas obrigações na fase pré-processual, mas elas podem ser aplicadas quando o caso chega ao tribunal (cf. os protocolos pré-processuais ingleses)”.

Na fase pré-processual, as partes devem cooperar com o objetivo de evitarem “embates e custos desnecessários, a fim de facilitar a resolução consensual precoce de seu conflito e, quando o consenso não for possível, o gerenciamento proporcional do futuro processo ...”¹⁸. A cooperação na fase pré-processual sugere: que as partes devem se certificar que seu oponente receba resumos detalhados das teses e defesas que podem ser utilizadas caso o conflito seja levado ao tribunal; que as questões jurídicas e fáticas controvertidas estejam apontadas e, se possível, delimitadas e; que as provas relevantes estejam indicadas¹⁹. Na fase pré-processual, as partes também podem discutir um cronograma para os atos subsequentes, fazer uma estimativa dos custos potenciais do litígio e se atentar para os prazos prescricionais, bem como para jurisdição, tutelas provisórias e “qualquer outra questão processual”²⁰.

Tentar a autocomposição é tarefa central para as partes e seus advogados²¹. A cooperação para resolver o litígio consensualmente é necessária tanto na fase pré-processual quanto quando o caso é levado ao tribunal²². Para garantir que as partes considerem uma solução amigável, seus advogados devem informá-las sobre os métodos consensuais de resolução de conflitos. Eles também devem auxiliar

17 Ver Regra 22, Comentários do Grupo de Trabalho de Obrigações para uma definição da “fase pré-processual”: “... a noção de “fase pré-processual” refere-se ao período após o surgimento do litígio, mas antes da propositura da ação judicial”.

18 Regra 51(1).

19 Regra 51(2).

20 Regra 51(3). Na Regra, lemos: “(c) considere questões de limitação”. Um público de direito civil pode ter preferido a terminologia “considerar questões de prescrição”.

21 Regra 3(a).

22 No preâmbulo do Grupo de Trabalho de Obrigações, lemos: “A regra principal é que as partes devem cooperar ativamente entre si na busca pela resolução consensual do seu litígio, antes e depois do início do processo”.

na seleção do método consensual mais adequado e encorajar o seu uso quando apropriado²³.

Depois que o conflito chega ao tribunal (portanto, após a fase pré-processual), este também tem certas responsabilidades no que diz respeito à solução consensual dos conflitos. As Regras-Modelo estabelecem que “o tribunal deve facilitar o acordo em qualquer fase do processo” (nos Comentários, afirma-se que a “Avaliação Neutra e Precoce” do tribunal pode aumentar as possibilidades de composição do litígio)²⁴ e, assim como os advogados, informar as partes sobre os diferentes métodos de solução consensual de conflitos que podem ser usados, além sugerir ou recomendar o uso de tais métodos. O tribunal também pode designar audiências de conciliação, auxiliando as partes a alcançarem a resolução consensual do conflito e a elaborarem propostas de acordo²⁵. A assistência de advogados e do tribunal é importante, pois frequentemente as partes podem não estar cientes dos métodos consensuais mais adequados para a solução de litígios e de seus benefícios.

A abordagem acima exposta provavelmente resultará em menos demandas chegando ao tribunal. Ainda quando as demandas forem propostas, aquelas questões sobre as quais as partes alcançaram acordo não serão mais objeto da ação. Em outras palavras, a demanda é condensada; conseqüentemente, o tribunal terá que julgar apenas as questões que as partes não foram capazes de solucionar na fase pré-processual²⁶.

Quando no tribunal, as partes e seus advogados também devem ostentar uma atitude cooperativa: eles devem “contribuir para o gerenciamento adequado do processo”. Isso significa que eles devem apresentar suas teses e defesas, incluindo fatos e provas, e auxiliar o juiz na delimitação dos fatos relevantes e do direito aplicável “o mais cedo e do modo mais completo possível, bem como com observância de uma conduta escorreita a fim de garantir a celeridade do trâmite processual”²⁷.

Diferentemente do disposto no projeto de Regras do Grupo de Trabalho de Obrigações, as Regras-Modelo não exigem que “as afirmações de fato levem em consideração os pontos de vista contrários [da parte oponente], ainda que tenham sido levadas ao conhecimento do demandante”²⁸. As Regras-Modelo preveem, na Regra 53

23 Regra 9.

24 Ver Regra 10, Comentário 1.

25 Regras 10 e 49(1).

26 Regra 9 (4). O Grupo de Trabalho de Obrigações mencionou em seus comentários ao projeto de Regra 22: “Quando um acordo não é alcançado, essas etapas podem ajudar na melhor gestão dos processos judiciais subsequentes”.

27 Regras 3, 47, 52ss e 87ss.

28 Comentários ao esboço da Regra 12 do Grupo de Trabalho. O Projeto de Regra 12 (1) diz: “As partes têm o dever de identificar a questão controvertida o quanto antes, levando em consideração os pontos de vista da outra parte, se estes forem conhecidos por elas”.

(6): “O requerente *pode* se manifestar sobre a defesa do requerido antes do início do processo, como ocorre em qualquer outra ocasião de troca de argumentos” (destaque no original). As partes e seus advogados devem se abster de condutas processuais abusivas e agir de boa fé²⁹. Em todas as fases do processo, o tribunal deve monitorar se as partes e seus advogados efetivamente estão cooperando³⁰.

A gestão efetiva do processo é responsabilidade do tribunal³¹, ainda que com a ajuda das partes³². Compete especificamente ao tribunal assegurar que o processo seja conduzido em conformidade com o que está em jogo. Isto significa que o tribunal deve se certificar que o procedimento adotado é proporcional à “natureza, importância e complexidade do caso concreto e da necessidade de cumprir a sua função de gestão geral do acervo, atentando-se para a administração adequada da justiça”³³. Como afirmado anteriormente, o tribunal não deve apenas considerar a proporcionalidade a partir da perspectiva do processo individualizado, mas também deve considerar as questões a partir da perspectiva da integralidade de seu acervo. Deve-se notar aqui que, salvo algumas exceções, o Modelo de Regras Europeias não fornece modelos procedimentais especiais para tipos específicos de casos³⁴. Modelos procedimentais

29 Regra 3.

30 Regras 4 e 48. Ver também Regra 47, Comentário 4: “Para garantir que as partes cumpram seu dever de cooperar adequadamente, o Tribunal deve monitorar a conduta delas ao longo do processo. Deve exigir que as partes tomem as medidas que considere necessárias para a devida cooperação, quando considerar que essas medidas são necessárias para um bom gerenciamento do processo”. Confirmam-se os Comentários do Grupo de Trabalho sobre Obrigações que acompanham seu projeto de Regra 3: “Além disso, o tribunal deve monitorar se os outros participantes no processo cumprem suas obrigações. A fiscalização é um dever permanente, na medida em que cabe ao magistrado zelar pelo cumprimento das obrigações processuais e pelo cumprimento voluntário das obrigações profissionais ao longo de todo o processo. É claro que a fiscalização contínua não significa que o tribunal precise verificar o andamento do caso diariamente. Significa apenas que, ao longo do processo, deve averiguar se os calendários processuais e as etapas e atos processuais, que foram acordados ou determinados pelo tribunal, estão sendo cumpridos, adotando medidas coercitivas adequadas que visem o seu cumprimento, se necessário. ... Em casos individuais, os deveres do tribunal devem ser implementados por juízes singulares ou conjunto de juízes. Este é um aspecto da função de gerenciamento de casos judiciais. Sugere-se que, no cumprimento dessa função, os juízes sejam fiscalizados pelo tribunal: a fiscalização do adequado desempenho dessa função não afeta a independência e a imparcialidade dos juízes na tomada de decisões. Os próprios tribunais podem ser fiscalizados por um Conselho do Judiciário ou um órgão semelhante que seja independente do Ministério da Justiça”. [N.T.: No Brasil o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) cumpre essa função].

31 Regra 4.

32 No Preâmbulo do Grupo de Trabalho de Obrigações, lemos: “O gerenciamento ativo dos processos sob a direção do tribunal também inclui o dever de consultar as partes e, sempre que possível, garantir o seu acordo sobre a forma, o conteúdo e o momento de determinadas etapas do processo. O dever do tribunal de gerenciar ativamente os processos autoriza os juízes a encorajar as partes a identificar os verdadeiros problemas em litígio e a discutir abertamente com elas as etapas e métodos apropriados para lidar com esses problemas. Uma audiência de gerenciamento do processo destina-se a tratar, com as partes e seus advogados, sobre tais assuntos”. Parte do Comentário ao projeto de Regra 5 do Grupo de Trabalho diz: “Como o gerenciamento de casos é um aspecto *ex officio* ou dos poderes inerentes do tribunal, o papel das partes e de seus representantes é, principalmente, cooperativo. As partes têm o direito de ser ouvidas antes que o tribunal exerça seus poderes de gerenciamento do caso”. O projeto de Regras do Grupo de Trabalho de Obrigações contém uma Regra 10 intitulada “Cooperação na Emissão e Alteração de Ordens de Gerenciamento de Casos”. Confira-se Regra 50(1) das Regras-Modelo Europeias.

33 Regra 5.

34 Regra 49, Comentário 4.

especiais são dispensáveis, vez que, pelas Regras-Modelo, o juiz e as partes podem adaptar o procedimento às necessidades individuais do caso concreto. O autor do presente artigo é da opinião que a proposição de modelos procedimentais especiais iria na contramão do fino ajuste procedimental necessário em cada demanda.

Uma audiência de gerenciamento do caso (ou sessão de gerenciamento de caso)³⁵ deve ser realizada o quanto antes. Em relação a tais audiências, o Grupo de Trabalho de Obrigações estabeleceu em seu projeto a Regra 6: “... Se os requisitos forem preenchidos, o tribunal deve proferir sentença de mérito na audiência de gerenciamento³⁶ do caso ou imediatamente após³⁷. Na prática, isso pode significar que o mérito seja enfrentado (e, portanto, o caso extinto) na primeira audiência de gerenciamento de caso agendada. Parece que a possibilidade de tal resolução antecipada de mérito também pode ser encontrada nas Regras-Modelo, onde os redatores afirmam em seus Comentários: “Muitas vezes, os processos podem ser extintos com julgamento antecipado, sem que haja necessidade de instrução processual”³⁸.

Se necessário, outros atos processuais de gerenciamento do processo podem ser realizados, seja mediante designação de nova audiência com a presença das partes (pessoalmente ou por meio eletrônico), seja por meio de intimação para manifestações por escrito³⁹. A estrutura do processo, conforme prevista pelas Regras-Modelo, é descomplicada: há uma fase postulatória por escrito (destinada à apresentação das alegações de cada parte), uma fase intermediária que vai até o início do julgamento e uma fase final para a audiência de instrução e julgamento⁴⁰. O Comentário 3 que acompanha a Regra 61 dispõe:

A estrutura do modelo processual que fundamenta este Regulamento representa uma clara rejeição de procedimentos descontínuos ou parcelados, que envolvem uma longa sequência de audiências e que resultam em custos e atrasos desnecessários. Como consequência, o fato dessas Regras fornecerem discricionariedade para o tribunal realizar mais de uma audiência de gerenciamento de caso (ver Regra 61) não deve ser entendido como um convite para se adotar uma abordagem descontínua e fragmentada para os procedimentos. O arbítrio de realizar mais de uma audiência de gestão do caso só deve ser exercido em circunstâncias apropriadas, como em casos complexos ou quando houver uma

35 Regra 61. N.T.: entre nós, a audiência para saneamento do feito prevista no §3º do art. 357, do CPC, que serviu de provável inspiração às ERCP.

36 O Grupo de Trabalho de Obrigações definiu uma audiência de gerenciamento de caso da seguinte forma: “Uma audiência de gerenciamento de caso é a arena na qual as partes podem exercer o seu direito de serem ouvidas, em particular em relação a questões relevantes para a organização do processo” (projeto de Regra 6, Comentários).

37 No Comentário a esse projeto de Regra, o Grupo de Trabalho declara: “Se o caso for suficientemente claro, o juiz pode julgar imediatamente o mérito na audiência de gerenciamento do processo”.

38 Regra 61, Comentário 1. Confira-se Regra 65.

39 Regra 61.

40 Regra 61, Comentário 1.

mudança inesperada nas posições originais das partes durante o curso do processo. Nesses casos, outras audiências de gerenciamento podem ser necessárias para gerir adequadamente os procedimentos.

As determinações de gerenciamento de caso podem ser feitas de ofício pelo tribunal (geralmente após ouvir as partes) ou a pedido de uma das partes. Também podem ser feitas imediatamente após a audiência inicial de gerenciamento de caso. Se as partes não forem ouvidas antes de a determinação ser expedida, elas podem solicitar sua reconsideração oralmente (em uma audiência) ou por escrito. Normalmente, o tribunal deve adotar as medidas de gerenciamento com as quais as partes concordem. A modificação ou revogação de uma ordem de gerenciamento de caso pode ser feita por iniciativa das partes, ou mesmo por iniciativa do tribunal⁴¹.

As medidas de gerenciamento de caso incluem:

- aconselhar as partes na preparação do caso e implementar medidas de gerenciamento do caso;
- agendar audiências (ou sessões) de gerenciamento de caso;
- determinar o tipo e a forma do procedimento;
- estabelecer um cronograma ou calendário processual com prazos para as providências processuais a serem tomadas pelas partes e/ou seus advogados;
- limitar o número e a duração das manifestações futuras;
- determinar a ordem em que as questões devem ser julgadas e se os processos devem ser agrupados ou separados;
- determinar a separação das questões relativas à jurisdição, tutelas provisórias e prazos de prescrição para julgamento antecipado em audiências especiais;
- considerar alterações necessárias em relação à representação adequada das partes, as consequências de mudanças relacionadas às partes em litígio e a participação de terceiros ou outros sujeitos processuais;
- considerar emendas às peças postulatórias ou aos requerimentos de provas com base nas alegações das partes;
- determinar o comparecimento, em audiência, da parte ou de seu preposto, o qual deve estar plenamente informado de todos os assuntos relevantes para o processo;
- abordar a disponibilidade, admissibilidade, forma, divulgação e troca mútua de provas e, se adequado ao estado do processo: (a) determinar a admissibilidade de provas e/ou (b) ordenar sua produção; ou
- definir cronograma para a audiência de instrução e a possível data em que o processo será sentenciado⁴².

41 Regra 50. Ver também Regra 61.

42 Regras 49 e 61.

A Regra 11 prevê que o gerenciamento pelo tribunal implica que este deve se certificar que as partes não apenas tenham justa oportunidade de apresentar o seu caso e provas, mas que também seja dada oportunidade de responderem às respectivas alegações e defesas ou a quaisquer ordens judiciais ou questões levantadas pelo tribunal.

Incumbe às partes apresentar os fatos relevantes, mas o tribunal “pode convidar as partes a esclarecer ou complementar esses fatos”. Fatos que não tenham sido apresentados pelas partes só podem ser considerados pelo tribunal se forem relevantes e “necessariamente implícito(s) em questões de fato apresentadas pelas partes ou que estejam contidas nos autos do processo”. Se tais fatos forem considerados, às partes, deve ser dada oportunidade razoável para manifestação⁴³.

Cabe às partes apresentar provas dos fatos relevantes. Isso significa que as partes devem, em regra, produzir provas embasando os fatos por elas apresentados. Quando apropriado, “partes e não-partes devem contribuir para a descoberta (“*disclosure*”) e produção de provas”, mesmo que tais provas sejam vantajosas para a parte contrária ou para outras partes (a regra *nemo contra se edere tenetur* não é acobertada pelas Regras-Modelo)⁴⁴.

O tribunal pode determinar que as partes complementem as provas apresentadas e até mesmo sugerir a produção de outras provas. Também pode ordenar a produção de provas relevantes indicadas por uma das partes sempre que necessário e apropriado e, excepcionalmente, o tribunal pode determinar a produção de provas *ex officio*. O tribunal pode, entre outras coisas, decidir sobre “a sequência e o momento de produção das provas” em uma decisão de gerenciamento do caso. Também pode determinar a forma em que as provas serão produzidas. Quando atua *ex officio*, o tribunal ainda deve ofertar às partes a oportunidade de se manifestarem; também deve dar às partes justa oportunidade e prazo razoável para se manifestarem quanto às provas produzidas⁴⁵.

São medidas de gerenciamento de caso apropriadas para a identificação e obtenção de provas antes da audiência final:

- (a) a produção e troca mútua de documentos;
- (b) pedidos de declarações escritas de testemunhas e sua troca mútua;

43 Regra 24. Ver também o Preâmbulo do Grupo de Trabalho de Obrigações: “Além das partes, o tribunal tem certas responsabilidades em relação aos fatos ...: as regras [do Grupo de Trabalho] estabelecem que o tribunal pode considerar os fatos apresentados no processo, mesmo que tenham sido usados pelas partes para construir sua argumentação, podendo, ainda, determinar a produção de provas por sua própria iniciativa, se isso for necessário para o julgamento adequado do caso. Esta posição segue a tradição, comum a muitas jurisdições europeias, de garantir que em exercício de um juízo de discricionariedade o julgador intervenha ativamente em questões fáticas ... a fim de eliminar a injustiça ou o uso abusivo dos processos judiciais. No entendimento dos redatores, esses poderes serão usados apenas excepcionalmente. Portanto, o tribunal só pode solicitar ou permitir fatos adicionais excepcionalmente ... necessários para esclarecer as respectivas posições das partes”.

44 Regra 25, Comentário 5.

45 Regras 25 e 92.

- (c) a nomeação de perito judicial e a realização da perícia, oportunizando-se seu acompanhamento pelos assistentes técnicos indicados pelas partes;
- (d) requisição de informações a terceiros, incluindo autoridades públicas; e
- (e) inspeção pessoal pelo tribunal⁴⁶.

Embora a regra “*iura novit curia*” seja observada, as partes podem apresentar argumentos jurídicos que embasem a sua pretensão ou defesa. O Grupo de Trabalho de Obrigações destacou isso vigorosamente em relação às partes representadas por advogado. No Preâmbulo do Grupo de Trabalho, lê-se:

“As regras [do Grupo de Trabalho] estabelecem que tanto o tribunal quanto as partes devem contribuir para a identificação do fundamento jurídico mais adequado para embasar o julgamento. As partes *têm a obrigação* de apresentar as questões de direito, o que deve ser feito com um detalhamento razoável. O tribunal pode adotar fundamentos jurídicos diversos daqueles indicados pelas partes, se isso for necessário para o adequado julgamento” (destaque nosso).

Em seu comentário ao projeto de Regra 17, o Grupo de Trabalho declara:

“... geralmente não é adequado limitar as alegações das partes à mera apresentação dos fatos na expectativa de que o tribunal irá identificar de forma simples e passiva as disposições legais pertinentes ao caso concreto e aplicá-las. Conseqüentemente, a abordagem antiga e ainda influente em algumas jurisdições, conhecida pelo brocardo latino “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, não é acolhida por esta regra, pelo menos quando as partes estiverem representadas por advogados qualificados. No entanto, quando as partes não estiverem representadas por advogados, o tribunal é obrigado a agir de forma mais ativa e auxiliar as partes a identificarem e esclarecerem seus argumentos jurídicos”.

Embora as Regras-Modelo difiram das do Grupo de Trabalho de Obrigações por não introduzirem um dever para as partes de apresentarem argumentos jurídicos⁴⁷, é difícil imaginar uma situação em que as partes não os apresentem, especialmente quando representadas por um advogado. Afinal, a seleção e introdução de fatos relevantes não é viável sem levar em consideração os argumentos jurídicos utilizados no caso.

Assim que o tribunal estiver convencido de que ambas as partes tiveram oportunidade razoável de apresentarem seu caso, ele encerrará a fase postulatória, momento a partir do qual, como regra, não serão permitidos mais requerimentos, argumentos ou provas⁴⁸. O processo estará, então, pronto para a audiência final⁴⁹. A audiência final é um evento concentrado e ocorre perante o juiz ou juízes que decidirão o feito. A obtenção de provas ainda é permitida, embora com algumas restrições. O

46 Regra 62.

47 Regra 26(1): “... as partes *podem* apresentar argumentos jurídicos que apoiem a sua petição inicial ou defesa” (destaque no original).

48 Confira-se Regra 16(1) do Grupo de Trabalho de Obrigações.

49 Regra 63.

tribunal define a ordem em que as questões serão julgadas durante a audiência final e é responsável por conduzir os atos processuais. As partes devem ter a oportunidade de apresentar suas razões finais, incluindo manifestações sobre as provas obtidas⁵⁰.

4. CONCLUSÃO

As Regras-Modelo de Processo Civil Europeu do *European Law Institute* e do UNIDROIT propõem uma abordagem moderna do processo civil que, de acordo com os seus redatores, pode ser qualificada como a melhor prática. Tomam como ponto de partida o princípio da cooperação e o gerenciamento de casos e fornecem um modelo processual que se adequa perfeitamente às principais ideias políticas da União Europeia sobre o papel do Estado e dos seus órgãos (como o judiciário). Esta abordagem do litígio está muito distante da perspectiva liberal, *laissez-faire*, das questões processuais comum ao século XIX, e se encaixa perfeitamente aos modelos europeus dos séculos XX e XXI do Estado (liberal) de bem-estar social.

As regras refletem a ideia de que o Estado existe para proteger seus cidadãos e deve garantir que seus serviços (aqui, a administração da justiça por meio dos tribunais estatais) sejam prestados de maneira eficiente e proporcional. Neste contexto político, é esperado que as Regras-Modelo floresçam e sejam adotadas por várias instituições da UE e Estados-Membros. Dadas as diferenças políticas na Europa, entretanto, também pode-se esperar que as Regras-Modelo não sejam igualmente populares em todo o continente.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anton Menger, *System des oesterreichischen Civilprocessrechts: in rechtsvergleichender Darstellung*, Vienna: Hölder, 1876.
- C.H. van Rhee, Case management in Europe: A modern approach to civil litigation, *International Journal of Procedural Law*, vol. 8, no. 1, 2018, 65-84.
- C.H. van Rhee, *European Traditions in Civil Procedure* (Ius Commune Europaeum, 54), Antwerp: Intersentia, 2005.
- C.H. van Rhee, Principe de coopération - Co-operation principle, in: E. Jeuland and S. Lalani (eds.), *Recherche lexicographique en procédure civile - Lexicographical research in civil procedure* (Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Vol. 85), Paris: IRJS Editions, 2017, 207-214.
- F. Klein, *Pro futuro: Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Österreich*, Vienna: Deuticke, 1891.
- Lord Woolf, *Access to Justice*. Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales (1995), disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213222829/http://www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm>.

⁵⁰ Regra 64.