

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
NÍVEL DE ENSINO

BRUNO RIBEIRO MARQUES

PROCESSO CIVIL DE CONTAS, PARA ALÉM DA SUBSIDIARIEDADE DO CPC
O ERÁRIO CONTRA SEUS CONTRATADOS ADMINISTRADOS E
JURISDICIONADOS

BRASÍLIA

2022

*Aos que não se cansam em navegar pelas águas
tortuosas do Direito Processual*

BRUNO RIBEIRO MARQUES

**PROCESSO CIVIL DE CONTAS, PARA ALÉM DA SUBSIDIARIEDADE DO CPC
O ERÁRIO CONTRA SEUS CONTRATADOS ADMINISTRADOS E
JURISDICIONADOS**

Tese de Doutorado, desenvolvida sob a orientação do
Dr. Luiz Rodrigues Wambier apresentado para
obtenção de Título de Doutor do Programa de Direito
Constitucional.

BRASÍLIA

2022

BRUNO RIBEIRO MARQUES

**PROCESSO CIVIL DE CONTAS, PARA ALÉM DA SUBSIDIARIEDADE DO CPC
O ERÁRIO CONTRA SEUS CONTRATADOS ADMINISTRADOS E
JURISDICIONADOS**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

20 dez 2022

BANCA EXAMINADORA

**Dr. Luiz Rodrigues Wambier
IDP**

**Dr. Osmar Paixão
PUCSP E IDP**

**Dr. André Macedo Oliveira
Membro Externo**

**Dr. Luiz Felipe Hadlich
Membro Externo**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. REPARTIÇÃO DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO.....	15
1.1 AS CORTES DE CONTAS E O EXERCÍCIO DE PARCELA DO PODER JURISDICIONAL.....	18
1.1.1 Jurisdição Administrativa.....	23
1.1.2 O Contencioso Administrativo Francês	27
1.1.3 O Contencioso Administrativo Italiano.....	29
1.1.4 O Contencioso Administrativo e o Processo de Contas.....	30
1.2 NOVAS DECISÕES (QUASE JURISDICIONAIS) DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	35
1.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	37
2. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E DECISÕES DAS CORTES DE CONTAS.....	40
2.1 PROCESSO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA	44
2.1.1 Uniformização de Jurisprudência: O Diálogo Dialético nos Firmamentos das Teses Jurisprudenciais Vinculantes.....	46
2.1.2 Negócios Processuais Típicos e Atípicos e a Confluência do Diálogo Cognitivo na Formação de Precedentes.....	55
2.2 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	57
3. AS AÇÕES COLETIVAS.....	60
3.1 AS AÇÕES COLETIVAS AMERICANAS.....	61
3.2 AS AÇÕES COLETIVAS EUROPEIAS.....	67
3.2.1 As Tutelas Coletivas no Modelo Italiano.....	72
3.2.2 O Novo Modelo de Ações Coletivas Alemão (<i>Musterverharen</i>).....	78
3.3 PROCESSOS ESTRUTURAIS.....	81
3.4 AS AÇÕES COLETIVAS NACIONAIS.....	86
3.4.1 Representação Adequada.....	95
3.4.2 Conexão e Litispendência entre colegitimados.....	98
3.4.3 Zonas de Interesse e Migração dos Polos da Lide.....	104
3.4.4 Transação nas Ações Coletivas e o Direito Indisponível.....	106
3.4.5 Fundo Coletivo.....	110
3.4.6 Intervenções de Terceiros em Tutelas Coletivas.....	113
3.4.7 Ações Coletivas Passivas.....	115
3.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	118
4. ADAPTAÇÃO DA TEORIA DO PROCESSO AOS PROCESSOS DE CONTAS.....	120
4.1 PARTES E TERCEIROS E O PROBLEMA DA SENTENÇA SEM O LITISCONSORTE NECESSÁRIO E UNITÁRIO: NULIDADE, INEXISTÊNCIA OU INEFICÁCIA: A OBRA	

DE CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, CALMON DE PASSOS E BARBOSA MOREIRA.....	122
4.1.1 Do Litisconsórcio Necessário Ativo e Passivo e o Litisconsórcio Unitário.....	127
4.1.2 Litisconsórcio Facultativo: a Conexão e a Afinidade: Temas já tratados na França, Áustria, Alemanha e Chile e o Problema do Foro e Procedimentos Dísparos.....	136
4.1.3 Os Principais Tipos e Estudos sobre Intervenção de Terceiros.....	144
4.1.4 A Insuficiência dos Meios Interventivos.....	149
4.1.5 Os Meios Típicos de Intervenção de Terceiros.....	152
4.1.6 Síntese do Tópico.....	165
4.2 PROVAS NO PROCESSO CIVIL DE CONTAS.....	166
4.2.1 Ônus Probatório e Presunções.....	178
4.2.2 Síntese do Tópico.....	183
4.3 ACORDOS PROCESSUAIS DE CONTAS.....	184
4.3.1 A Obra de Antônio do Passo Cabral e Henrique Nogueira, as Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros e os Poderes Instrutórios do Juiz de Contas.....	185
4.3.2 Os Acordos Processuais Formam Precedentes?.....	195
4.3.3 Síntese do Tópico.....	198
4.4 JUSTIÇA MULTIPORTAS DE CONTAS e PRESCRIÇÃO.....	199
4.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	202
5. ANÁLISE DOS CASOS DE CONTAS DE DIVERSOS ENTES FEDERADOS.....	207
6. CONCLUSÃO.....	213
7. REFERÊNCIAS.....	224
8. APENSO (CÓDIGO DE PROCESSO DE CONTAS)	243

*A TODOS OS APAIXONADOS PELAS
ESPECIFICIDADES DOS PROCESSOS
ADMINISTRATIVOS*

RESUMO

Este trabalho investiga o processo de Contas e sua discrepância em relação aos ideais de processo. Analisa os processos em que os Tribunais de Contas responsabilizam seus jurisdicionados. A hipótese é que os tribunais de Contas nacionais têm negligenciado questões importantes da dinâmica processual, dada singularidade de seu objeto que lida com direitos transindividuais, mas sem observar as características próprias das tutelas coletivas como legitimação prefixada em lei e coisa julgada apenas para beneficiar o autor, além da impossibilidade de tutelas coletivas negativas. Logo, a doutrina tradicional da tutela coletiva mostra-se insuficiente a responder o modelo processual de Contas. O estudo, contudo, é limitado os processos das Cortes nacionais pós publicação do CPC. A metodologia será a dialética indutiva de um comparativo entre as diversas teorias e o observado nos julgados. O estudo se inicia com um questionamento da jurisdição de Contas para, na sequência, adentrar no estudo das uniformizações de jurisprudências. Subsequentemente, o capítulo 03 trata das tutelas coletivas, o capítulo 04 trabalhará a modulação do processo de Contas. No capítulo 05 é realizado o estudo empírico da jurisprudência destas Cortes. Por fim, capítulo 06 demonstrará conclusões e achados subsequentes. A hipótese, por fim, foi confirmada.

Palavras-chaves: Tribunal de Contas. Tutelas Coletivas. Questões Sensíveis. Discrepância dos processos de Contas das vigas mestras do processo coletivo.

ABSTRACT:

This work investigates national accounting process and its discrepancy regarding its national peers. It investigates the processes in which the Courts of Auditors suit public agents and hired companies. The hypothesis is that national audit courts have neglected critical issues regarding procedural bases given the uniqueness of their object that deals with transindividual rights. Therefore, the traditional doctrine of class actions proved not to be sufficient to respond to the specific procedural model of the court of accounts' suits. The methodology used were inductive dialectic through the investigation of several contradictory theories and the several cases. The study is limited to national court's decision after CPC's publication. The research begins by questioning the concept of jurisdiction. Further, it enters the study of the repetitive demands. After, the study of class actions will be provided along with the modulation of what ought to be the ideal process for court of accounts. Subsequently, chapter 04 deals with sensitive issues related to the courts of courts: In chapter 05, the empirical study of their jurisprudence will be presented. Finally, chapter 06 will demonstrate the conclusions founded. The hypothesis has finally been confirmed.

Keywords: Court of Auditors. Collective Guardianships. Sensitive Issues. Discrepancy of the processes of accounts of the girders of the collective process.

INTRODUÇÃO

O estudo do direito processual nasce com Justiniano estando, em princípio, vinculado ao próprio direito material que pretendia regulamentar. Ação e processo assim se confundiam, sendo, o processo, somente o modo de se pleitear a lesão em juízo.

Será, assim, somente com Bulöw, que o processo passa a ter autonomia do direito material que se pleiteia. Isso não quer dizer que o processo tenha perdido sua essência –, modo, mecanismo – de se pleitear o direito material, agora denominado de ação.

Nestes termos, as condições da ação, que já eram tratadas no direito romano, passam a ter tratamento científico próprio, também, o pleito deixa de ser atribuição do pretor romano e passa a ser atribuição do estado e de um órgão – juízo – institucionalmente atribuído de dizer o direito face à lide posta e uníssono na posse de bem satisfazer o credor.

Questões como pedido, condições de ação, intervenção de terceiros, provas, ônus probatórios, uniformização de jurisprudência, incidentes prejudiciais de mérito, logo, foram possíveis de serem, cientificamente, estudados, desenvolvidos e debatidos, como ciência autônoma ao direito material, graças, em parte, a segregação de Von Bulöw.

Ocorre que, no ordenamento nacional, dois grandes códigos processualistas foram desenvolvidos ao longo dos anos. De um lado, o direito penal, institucionalmente incumbido de tutelar os ilícitos e cujo objetivo restaria na punição da liberdade do indivíduo, de outro, o código de processo civil, incumbido de regular as relações patrimoniais e familiares como a satisfação do credor e os meios de menos onerar a execução do devedor de forma a não se permitir um enriquecimento ilícito de quaisquer das partes.

Esse binômio pendurou por anos, haja vista que as relações de trabalho eram, em si, espécies de contrato. Contudo, a evolução da lei trabalhista, inserido ritos sumários e de alçada no direito material, tornaram a aplicação do CPC (Código de Processo Civil) insuficiente a regular as relações laborativas.

A solução do legislador, contudo, não foi a de criar um código específico para o processo trabalhista, mas inserir dispositivos específicos dentro das próprias leis trabalhistas constituindo um macro código que regulasse tanto as relações materiais quanto processuais laborativas. O CPC, então, passou a ter aplicação meramente subsidiária, sendo aplicável, somente, aos casos em que a CLT (Consolidação das leis trabalhistas) restasse omissa.

Nestes termos, incabível se falar em demandas repetitivas perante o STJ (Superior Tribunal de Justiça) para justiças laborativas, haja vista haver um Tribunal superior específico – TST (Tribunal Superior do Trabalho) – incumbido de editar normas vinculantes aos demais juízos *ad quo* a que lhe são subordinados.

No mesmo ideal, pode-se falar em norma específica laboral quanto ao número de testemunhas que passara a ter regulamentação própria na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), bem como na sobrevalorização da oralidade como forma prioritária de arguição nos tribunais laborais de alçada.

Por todo o exposto, se por um lado, a justiça trabalhista foi a primeira a se desvincular da rigidez privatista do *codex* processualista civil, não foi, por fim, a última.

A justiça administrativa fiscal demandava institutos tão singulares que tornaram o CPC inaplicável a maior parte dos casos previstos. A título de exemplo, a impossibilidade de penhora de bens públicos, a impossibilidade de execução satisfativa provisória, a remessa necessária e a satisfação do credor por meio de precatório ou requisições de pequeno valor fizeram com que se inserissem, a exemplo da CLT, diversos dispositivos processuais específicos no Código Tributário Nacional e mesmo nos regulamentos próprios de cada ente federal ao que se tem denominada processo administrativo fiscal.

Observa-se que o processo como meio de pleitear algo em juízo (o direito material – ação –) objeto do litígio foi sendo transmutado e ramificado com o objetivo de atender as especificidades de cada tipo de ação que viesse a ser pleiteada em juízo.

Ocorre que se a justiça trabalhista e a justiça fiscal possuem codificação específica, o mesmo não ocorre com o direito administrativo que conta somente como uma lei de processo administrativo de normas gerais – lei 9784 –.

Na verdade, nem sequer o direito material administrativo nacional encontra-se codificado, quanto mais, o processo administrativo poderia sê-lo. Nestes termos, o direito administrativo foi incapaz de adotar a solução da justiça laborativa e fiscal inserindo disposições processuais dentro do *codex* material porque, sequer, há codificação material, isto, por si, já justifica a importância do estudo em questão, assim, pondera-se como tratar questões sensíveis, nos processos de Contas, tido como uma ramificação – espécie – do direito processual administrativo que nem materialmente, nem processualmente, encontram-se, até então, sintetizados, mas antes, dispersos em uma multiplicidade de dispositivos.

Nestes termos, questiona-se como trabalhar, no direito administrativo de Contas, questões como:

- Quem deve compor o litisconsórcio?
- Sobre quem incidirá o ônus probatório?
- Como proceder a uniformização de jurisprudência de 27 Tribunais de Contas nos termos previstos no CPC?
- Como trabalhar, ainda, questões como intervenções de terceiros: denúncia a lide, chamamento ao processo ou mesmo oposição?

Ademais, importa ao processo de Contas uma espécie de tutela em que há uma cadeia sucessiva de atos de diversos agentes, todos concorrendo, em menor ou maior grau, para com o evento lesivo, logo questiona-se como separar a tutela ressarcitória da punitiva e como proceder a dosimetria da pena civil imposta e se determinar o *quantum* restitutivo de cada litisconsorte em cada caso específico.

O processo administrativo, portanto, torna-se indissociável da responsabilidade civil em concausalidade, tema que já levantava debates entre Caio Mario da Silva Pereira, Rui Barbosa e Clovis Beviláqua, dada a dificuldade de se apontarem os responsáveis pelo dano em multiplicidade causal.

O tema é intrigante porque impor-se a solidariedade a todos os agentes seria criar penas de caráter perpétuo, haja vista a imprescritibilidade da lesão estatal. A singularidade dos processos de Contas é, pois, evidente, por exemplo, no caso em há um garantidor fidejussório nos contratos administrativos que, pela teoria processualista, deveria ser chamado ao processo (de conhecimento) para nomear bens do devedor principal à penhora, sob pena de não mais pode ser executado, algo pouco visto na prática forense. Isto demonstra que um estudo mais profundo das bases do direito processual aplicado às Cortes de Contas faz-se singular.

Esse repertório de questões mostra a urgência de se estabelecer um *codex* de Contas, mas, até que o seja, é atribuição da doutrina e dos estudiosos do direito se debruçarem sobre estes institutos, tanto do ponto de vista dogmático, como prático, com o intuito de se modelarem alguns institutos sensíveis ao processo de Contas para que se possa ajudar legisladores e julgadores a melhor adequarem suas decisões de Contas às exigências da própria ciência do processo e, sobretudo, para que não se desvirtuem dos principais institutos de direito processual, notadamente, para que os julgadores de Contas não subvertam os arquétipos mais fundamentais da Teoria Geral do Processo.

Assim, a metodologia do presente trabalho é exploratória da jurisprudência nacional dos principais julgados dos tribunais de Contas, bem como faz uso da metodologia indutiva-dialética da principal doutrina nacional e internacional processualista.

É, assim, indutiva porque procura, dentre as diversas teorias, apontar aquelas que tem prevalecido no mundo prático, nos tribunais nacionais, notadamente, no que tange as divergências sobre os pontos mais sensíveis do processo de Contas como ônus probatório, *quantum debeatur*, uniformização jurisprudência, litisconsórcio e intervenção de terceiros.

A metodologia é também dialética porque objetiva apontar as diversas teorias favoráveis e contrárias sobre cada um dos pontos dogmáticos estudados.

Enfim, o objeto do presente estudo é elaborar um modelo de processo de Contas que contemple as questões mais sensíveis a este tipo peculiar de processo, sempre, fazendo-se uso da doutrina e jurisprudência internacional sobre Corte de Contas em dialogo de fontes com o direito processual sobre o tema, para melhor moldar o que se poderia conceber como um processo de Contas ideal (ou ao menos, esboçar algo próximo a isto) e que possa ajudar o legislador em uma futura codificação dos institutos tratados.

A singularidade do processo de Contas torna-o um caso tão *sui generis*, em que pese tratar de direitos difusos, que nem os estudos das *class actions* americanas, nem as ações coletivas nacionais promovem respostas suficientes a seus casos. No caso das *class actions*, diferentemente destas, nos processos de Contas, não há, sequer, certificação da ação por um dos colegitimados que deve bem representar os direitos dos lesados, também, não há possibilidade de fracionamento da lide em múltiplas classes.

Da mesma forma, o posicionamento dogmático nacional das tutelas coletivas de que as ações coletivas ocorrem *secundum eventos litis*, isso é, só são julgadas procedentes e fazem coisas julgadas, somente, quando favoráveis aos lesados não encontra respaldo nos processos de Contas.

Isto porque seria incabível considerar que os julgados de Contas apenas fariam títulos extrajudiciais, e logo, coisas julgadas administrativa, somente, quando encontrassem danos ao erário, devendo a ação ser repetida no judiciário quando os danos não fossem constatados ou mesmo quando os responsáveis se confundissem dentro da cadeia causal, impossibilitando-se a divisão ressarcitória equânime.

Ademais, se, nas ações coletivas, os legitimados estão pré-estipulados por lei, podendo quaisquer colegitimados adentrar na demanda como assistente litisconsorcial (porque não necessariamente defenderiam o mesmo posicionamento do autor inicial), nos TCEs (Tribunais de Contas), todos os agentes e administrados deveriam, em teoria, compor um litisconsórcio necessário com o intuito de se apurarem as responsabilidades e o *quantum debeatur* inerente a cada uma das partes que há de responder de forma proporcional a sua efetiva participação para com o evento lesivo.

Por estes termos, o processo de Contas é um caso *sui generis* que, em que pese relacionar-se com tutelas transindividuais, não pode valer-se dos estudos de ações coletivas ou *class actions* sem as devidas ponderações. Isto não quer dizer que o estudo desses institutos não seja importante.

Por exemplo, as ações injuntivas (de não fazer ou fazer) de origem nas *class actions* encontram semelhanças nas tutelas de urgência de Contas, quando a medida seja urgente a que se evite o dano ulterior, diferindo-se o contraditório, nos mesmos termos expostos das tutelas de urgência e evidência, inclusive com uso do *mandamus in alidita altera pars*.

O que se ressalva é o uso desmedido das ações coletivas aos processos de Contas que, assim, precisam ser modelados, lapidados, reformulados, às peculiaridades a que este tipo de processo pretende tutelar.

Desta feita, o problema de pesquisa é responder a seguinte pergunta de pesquisa: os Tribunais de Contas nacionais têm obedecido as regras da teoria geral do processo e a melhor doutrina processualista, atentando-se as peculiaridades deste tipo de processo quando responsabilizam seus agentes estatais e respectivos contratados com o poder estatal?

A hipótese confirmável é de que os Tribunais de Contas têm se desviado das diretivas da teoria geral do processo, não se atentando as necessidades mais fundamentais de organização processual, restando saber o quão distante do modelo ideal de Contas os julgados nacionais se encontram.

O Objetivo geral é evidenciar que as Cortes de Contas Nacionais, pós CPC, não têm procedido dentro das formas mais escorreitas estabelecidas pela doutrina processualista, nem tem se atentado para as peculiaridades deste tipo de processo, notadamente, no que tange ao ônus probatório, a composição do litisconsórcio, a uniformização da jurisprudência e a intervenção de terceiros.

Os objetivos específicos são, assim, os seguintes:

1. Observar como os Tribunais de Contas Nacionais tem se posicionado frente a formação do litisconsórcio;
2. Identificar como os Tribunais de Contas tem estabelecido o ônus probatório, notadamente no que tange a prova emprestada e a dinâmica probatória;
3. Averiguar como as Cortes de Contas têm permitido e trabalhado a intervenção de terceiros; e
4. Observar como as Cortes de Contas tem medido esforços para uma maior uniformização jurisprudencial, em especial, em relação aos tribunais europeus, em vista as diretivas da União Européia e as decisões e orientações e diretivas exaradas pelo Tribunal de Contas Europeu.

O Estudo é limitado a, aproximadamente, 30 casos pós CPC (de aplicação subsidiária às Cortes de Contas, nos termos dos respectivos Regimentos internos) como um mínimo necessário a se fazer inferências estatísticas e às Cortes de Contas nacionais em processos com uma pluralidade de agentes. Ademais, o novo CPC estabeleceu expressamente a possibilidade de convenções processuais atípicas, mesmo em tutelas transindividuais, (art. 190), pondo fim, assim, a discussão doutrinária do código anterior, razão pela qual as decisões estudadas tomarão este marco inicial, notadamente, para que se possa averiguar se estas fizeram uso dos acordos processuais previstos pelo legislador derivado.

A justifica prática advém da força probatória do julgado de Contas que, por constituir título extrajudicial, passa a fazer às vezes do processo de conhecimento, dispensando-se a homologação judicial e permitindo a imediata execução do *quantum* restitutivo por todos os meios cabíveis, inclusive via execução provisória. É, pois, um caso particular de processo inquisitivo em que o mesmo órgão faz a instrução, a acusação e apura o valor debitório, ainda que haja segregação entre julgadores (e relatores) e equipe técnica, esta, responsável pela apuração da acusação, das irregularidades e do levantamento do débito a se reaver.

Não sem razão, recentemente, um presidente da república teve mais de 20 processos anulados pela inobservância do rito processual estabelecido, logo, a modelagem adequada do rito processual passa a ser de tamanha importância que a mera desatenção na ordem dos atos processuais pode contaminar todo o direito material pleiteado (frutos da árvore envenenada), podendo, por lapso processual, falar-se em ulterior prescrição intercorrente, como se sucedeu, recentemente no caso concreto.

Já do ponto de vista teórico, o estudo se justifica em vista a pouca literatura produzida sobre o tema e a importância que o direito processual assume face ao direito material pleiteado.

Nestes termos, o estudo inicia com uma abordagem sobre o conceito de exercício administrativo de parcela da jurisdição, com o intuito de identificar se, e quais, tribunais de Contas tem possuído jurisdição e quais seriam as eficácias e os institutos jurídicos das decisões tomadas por estas Cortes.

Da mesma forma, será tratada a questão da coisa julgada administrativa e do contencioso administrativo visto que no modelo franco-italiano, as decisões administrativas e de Contas não são suscetíveis de revisão por parte do poder judiciário, o que demanda maior atenção por parte do julgador, posto que suas decisões serão terminativas e definitivas, insuscetíveis, portanto, de revisão jurisdicional.

No capítulo dois, será trabalhado o estudo das decisões e uniformização de jurisprudência com o intuito de esclarecer como são proferidos os efeitos vinculantes das Cortes de Contas.

Já no capítulo 03 se trabalhará o estudo das *class actions*. Isto porque as Cortes de Contas trabalham com direitos transindividuais e, assim, para que se possa entender as especificidades dos processos de Contas (espécie), antes, é preciso estudar as origens e modos de ações coletivas (gênero), bem como seus institutos correlatos: representação adequada, efeitos da coisa julgada, certificação das *class actions*, a coisa julgada inconstitucional, as ações estruturantes, entre diversas outras questões singulares.

O capítulo 04 trata das questões sensíveis as Cortes de Contas como o litisconsórcio, o ônus probatório, a justiça multiportas e a intervenção de terceiros, além do modo de repartição das tutelas punitivas e ressarcitórias entre os múltiplos codevedores e litisconsortes.

O capítulo 05 abordará os estudos de casos e a confirmação ou não da hipótese.

A intenção é selecionarem-se aproximadamente 30 casos dos mais diversos Tribunais de Contas nacionais que envolvam uma pluralidade de agentes com o intuito de se observar se a disposição das partes tem atendido a melhor literatura ou, inversamente, teriam comprometido toda a execução subsequente do título.

A escolha de 30 casos advém do Teorema da Estatística que preconiza ser este um valor razoável para poder-se avaliar tendências, como se propõe. Ainda que o enfoque não seja quantitativo, este valor será adotado por ser, usualmente, utilizado para inferências.

1. REPARTIÇÃO DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO

Que a função jurisdicional é una e indivisível no seu exercício de dizer o direito entre as partes litigantes parece ter sido há muito sedimentado. Também, que a competência é a o exercício efetivo da jurisdição territorial partilhada não parece encontrar dissenso na literatura. A questão posta seria: haveria jurisdição no poder administrativo? E mais, a jurisdição poderia ser partilhada, ou melhor, o poder judiciário poderia exercer somente parcela da jurisdição?

Evidentemente que os que aceitam a convenção de arbitragem como uma delegação de parte do poder jurisdicional responderão positivamente a esta questão, mas poderia o poder judiciário delegar parte de seu exercício jurisdicional à própria administração? Provar-se-á que sim, e quem o autorizou não seria ninguém menos que o constituinte, isto porque os processos de Contas fazem as vezes do processo de conhecimento, compondo um título extrajudicial que será objeto de imediata execução.

Provas e colheita de testemunhas serão objeto exclusivo do processo de Contas. Mais, em alguns casos internacionais, as decisões dos Tribunais de Contas se inseriram ora dentro do judiciário, como em Portugal, ora comporiam o contencioso administrativo, ou seja, não apenas formam títulos extrajudicial, como seus pronunciamentos seriam terminativos (definitivos), insuscetíveis à revisão jurisdicional, é o caso de França e Itália, enfim: não apenas o exercício da jurisdição poderia ser delegável quando se previra, o constituinte, como encontraria respaldos mais amplos no direito comparado, é o que se pretende demonstrar.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini a função jurisdicional tem por objetivo “a solução de conflitos (jurisdição contenciosa) ou o aperfeiçoamento de atos jurídicos (jurisdição voluntária) mediante a intervenção de um terceiro imparcial (o juiz) que atua no ordenamento jurídico”¹, logo a atividade jurisdicional é definida como a atribuição a um terceiro (juízo) circunscrito dentro de um determinado território (princípio da territorialidade) a que determinado Estado encontra-se soberano, o qual dita os órgãos capazes de dizer o direito ao caso concreto, bem como estabelece os meios de melhor satisfazer o credor, sem onerosidade excessiva ao devedor.

Nestes termos, esclarece, Kazuo Watanabe, que a jurisdição se encontra indissociada da cognição do juízo, seja ela precária (em tutela de urgência) ou exauriente.

¹WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil**: cognição jurisdicional (processo comum e de conhecimento). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. vol. 2. *E-book*. p. 13.

Para o autor, não se “pode negar, todavia, a utilidade da cognição como técnica para a concepção de diferentes tipos de procedimento, com vistas à instrumentalidade do processo, tanto que o legislador pátrio a levou em consideração em inúmeras oportunidades”²

O autor traz diversas classificações de múltiplos autores sobre cognição: Pontes de Miranda, Celso Neves, Chiovenda e Botelho de Mesquita. Aponta-se que a cognição faz parte da jurisdição, constituindo-se um binômio cognição-execução, ou seja, é por meio do conhecimento dos fatos alegados e provados pelo autor e contrapostos pelo réu que o juiz se convence quem há de ter o direito pleiteado e dita as formas de bem satisfazer o credor vencedor.

A cognição, como se sabe, pode ser precária, em tutela de urgência, ou exauriente, o que as difere não são os meios com que se permite ao juízo tomar conhecimento dos fatos e se convencer das alegações postas, mas antes, o fato de que, na tutela de urgência, há uma antecipação de tutela em favor do autor que depois haverá de emendar sua inicial para provar os fatos alegados, sem os quais, perderá as alegações em contraprestação ao réu.

Aponta, ainda, Barbosa Moreira, que nem sempre a cognição serviria para satisfazer o credor, posto que há sentenças meramente declaratórias em que a existência de legítimo interesse “econômico ou moral é necessário para que se possa propor ou contestar uma ação [...]. O interesse do autor poderá limitar-se à declaração de existência ou inexistência de relação jurídica ou a declaração de autenticidade ou falsidade do documento.”³

Pelo exposto, em uma conclusão preliminar, é possível constatar que a jurisdição é o poder conferido ao Estado (nos moldes de Hobbes e Locke) institucionalmente atribuído de declarar válida uma relação jurídica ou um documento, como nas ações de paternidade, ou, alternativamente, havendo lide, em analisando-se os pedidos de autor e réu, dizer a quem pertencerá o direito.

Há casos que nem autor nem réu são os detentores do direito pleiteado, como ocorre com a oposição, em que autor e réu passam a compor o polo passivo, bem como nas sentenças terminativas por ausência de interesse de agir, mas a não atribuição de um direito não retira a jurisdição, a competência, institucionalmente organizada, no direito, apta a eleger um órgão atribuído, unissonamente, de exercer o uso da força para satisfazer o credor e incumbido de afirmar, terminativamente, relações jurídicas, como paternidade, declaração de falência ou recuperação judicial.

²WATANABE, K. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29.

³MOREIRA, B. **Direito Processual Civil**: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 7.

Ocorre que a discussão que se trava seria se a jurisdição seria uníssona ao poder judiciário ou outros órgãos poderiam fazê-lo. Muito se discute, no direito administrativo, se as decisões técnicas das agências reguladoras seriam passíveis de revisão.

A discussão não é recente e retoma as novas atribuições da jurisdição do direito italiano debatidas na edição de 1979 da *Rivista do Diritto Processuale* em que Chioyenda, Carnelutti e Calamandrei discutiam a delegação das lides laborativas às atribuições da *Giustizia Amministrativa* (para empregados públicos) e, sobretudo, a mudança de rito ordinário para sumário na justiça laboral. Apontam, os autores, que: a tutela jurisdicional *differenziata* tem sido considerada:

Gli strumento del primo tipo consistono nel sottoporre i controversi che hanno ad oggetto diritti bisognosi di tutela differenziata che pur si montando nel 'ambito del 'ordinaria giurisdizione, a rito e speciali di svolgimento suo rapido e semplificando di quello ordinario descritto nel libro II del vigente cpc. e dei quali massimo esemplare e modello utilizzato di recente per altri riti speciali è quello che per i controversi di lavoro e di previdenza sociale ha creato la legge 11 agosto 1973 n. 533.

[...] La storia giuridica d'Europa ci disse che in ogni tempo la legge ha ritenuto, in genere, che per alcuni diritto valesse la pena di sacrificare, sia pure in parte, le garanzie di certezza e di paritaria difesa nel processo esigenze di rapida ed effettiva soddisfazione e, in specie, che in vari ipotesi giovassero a tal fine le tutele sommari non cautelari.⁴⁵

Enfim, a mera alternância de um procedimento comum para um ordinário tornou a jurisdição na Itália diferenciada do modelo exauriente tradicional, mas os autores concordam que esta mudança de procedimento, para o sumário, mais célere, não retiraria o caráter jurisdicional do estado, aliás, as alçadas laborativas nacionais, com ênfase em audiência una e prevaecimento da oralidade, tem por raízes os entendimentos desses autores, sem que a Suprema Corte Nacional tenha julgado a celeridade processual causa suficiente a inibir-se o contraditório ou meio de limitação da ampla defesa.

O que se impõe é que as partes sejam mais céleres e diligentes nas provas apresentadas e mais prudentes nas testemunhas a intimar. O mesmo ocorre com os juizados especiais, a ausência da ampla dilação probatória e do rol de testemunhas não tira o caráter de definitividade de suas decisões.

⁴CHIOYENDA, G.; CARNELUTTI, F.; CALAMANDREI, P. Luci ed ombre in leggi e proposte di tutele differenziate nei processi civili. **Rivista di Diritto Processuale**, Milão. vol. XXXIV n. II, p. 593-603, 1979. p. 594-595.

⁵Tradução livre: Os instrumentos do primeiro tipo consistem em submeter os litígios relativos a direitos que carecem de proteção diferenciada que, ainda que montados na 'esfera' da jurisdição ordinária, com procedimentos rápidos e especiais de sua execução e simplificando o ordinário descrito no livro II do atual c.pc. e de que o

Por todo o exposto, se a mudança de ritmo tradicional ordinário, para uns, mais céleres, tem sido reconhecido, notadamente, na justiça laboral, como insuficiente a se arguir limitação de defesa e desvirtuamento da jurisdição, resta saber se somente o poder judiciário seria incumbido das atribuições jurisdicionais ou se outros órgãos poderiam sê-lo, notadamente, as Cortes de Contas, objeto deste estudo.

1.1 AS CORTES DE CONTAS E O EXERCÍCIO DE PARCELA DO PODER JURISDICIONAL

Fábio Lima Quinta Quintas afirma que, pelo menos no Brasil, a litigiosidade de interesse “público tem-se mostrado, hoje, duplamente intrusiva à tradicional jurisdição, além de impor ao administrador uma forma para atender a determinada política pública, interfere na definição do modo de implementação da política pública.”⁶

Para o autor “entende-se que a prestação jurisdicional deve ser ampla, de modo a oferecer uma tutela jurisdicional irrestrita a todo aquilo que for jurisdicionalizado”⁷. De forma análoga, Luiz Guilherme Marinoni chega a resultados semelhantes quando defende que a função jurisdicional “impõe o dever de aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais [...] tutelar os direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante de situações concretas, a partir dos direitos fundamentais”⁸

Do mesmo entendimento, partilha, Mauro Capelletti, uma vez que a realidade da legislação social do *welfare* conduz, inevitavelmente, a necessidade de o estado superar os limites das funções tradicionais de proteção e repressão, “[...] deve [pois] fazer sua técnica de controle social que as ciências políticas chamam de promocional, [ou seja], prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhe a execução gradual” ao invés de escolher entre certo e errado.⁹

exemplo máximo e modelo recentemente utilizado para outros ritos especiais é o que criou a lei de 11 de agosto de 1973 n. 533 para conflitos trabalhistas e previdenciários [...] A história jurídica da Europa nos disse que em todos os tempos a lei geralmente sustentou que para alguns direitos valia a pena sacrificar, ainda que em parte, as garantias de certeza e defesa igual nas necessidades do processo de satisfação rápida e efetiva e, em especial, que em várias hipóteses as proteções sumárias não cautelares se beneficiariam para esse fim.

⁶QUINTAS, F. L. Juízes administradores: a intervenção na efetivação dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 53, n. 209. p. 31-51, jan./mar. 2016. p. 32.

⁷QUINTAS, F. L. Juízes administradores: a intervenção na efetivação dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar 2016. p. 35.

⁸MARIONI, L.G.B. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. Vol. I. p. 149.

⁹CAPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p 21

Outro autor que se debruçou sobre o mesmo tema foi Antônio do Passo Cabral, segundo este, o mundo tem se transformado radicalmente logo, tomando-se por base os ensinamentos do professor Nico Picardi, seria fácil concluir que *“há preso [erroneamente] corpo un’immagine dell’ attività giurisdizionale che si proietta fino ad oggi, un ‘idea che la giurisdizione attui solato rispettivamente, reagendo alle lesivo”*¹⁰¹¹

Para Antônio do Passo Cabral, a discussão processual entre privatismo e publicismo há muito perdeu o sentido de ser, devendo, o estado, portar-se mais como um indutor de comportamentos lícitos e menos como um sancionador de ilicitudes, também, a *giurisdizione “volontaria, come un’attività amministrativa semplicemente avrebbe esercitata anche se gli interessati sono concordanti. Per questo motivo alcune definisco come attività ‘just integrativa.”*¹²

Essa ideia de jurisdição integrativa são as bases do que hoje se tem considerado mediação e conciliação, ou seja, mais que sancionador, o estado bem promove a jurisdição quando incentiva a confluência de interesses das partes, quando permite que as próprias partes cheguem a um consenso, e, em especial, na via administrativa, ditando, em definitivo, a causa, ou homologando acordos.

Logo, a ratificação dos acordos das partes não pode ser sucedânea a excluir a capacidade jurisdicional estatal, que passa a ter contornos mais amplos e amplitudes mais abertas, propiciando, ainda que administrativamente, uma maior confluência de interesses das partes. Logicamente, essa abertura às partes não é desmedida, posto não ser suscetível de acordos leoninos nem serem cabíveis transações com direitos indisponíveis ou mesmo realizados por meio de absolutamente incapazes.

Pelo exposto, a tutela jurisdicional, pelos autores mais moderno, há de encontrar perspectivas mais amplas.

Assim, uma vez considerada a jurisdição como atribuição precípua do estado, como negar, por exemplo, o caráter impositivo, jurisdicional, às agências reguladoras, ou as autarquias que concretizam direitos fundamentais quando abrem processos administrativos, por exemplo, contra uma empresa de companhia aérea ou de telefonia?

Esse entendimento, contudo, não tem sido acompanhado pela Suprema Corte do país conforme se observa no julgado da ADI 4874/DF, rel. Min Rosa Weber.

¹⁰Tradução: A atividade jurisdicional deveria se desvincular da ideia de sancionamento do ato lesivo.

¹¹CABRAL, A. D. P Per un nuovo concetto o di giurisdizione. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, vol. 18. n. 35, p. 107-137, 2015. p.111.

¹²Tradução: para o autor a atividade administrativa deveria ser considerada jurisdicional sempre que atendessem os interesses em conflito que se convergiam.

[...] A função normativa das agências reguladoras não se confunde com a função regulamentadora da Administração (art., 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (art. 84, VI, 103-B, §4º, I e 237 da CF). A competência para editar atos normativos, visando a organização e fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder de polícia da administração sanitária. Qualifica-se a competência da ANVISA pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária de: (I) atos gerais e abstratos, (III) de caráter técnico, (IV) subordinados a observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional.¹³

Entendimento semelhante tem sido proferido pelo STJ no julgamento do Resp n. 1937891/ RJ em que se discutia a competência das agências reguladoras para alterar unilateralmente a taxa de água, o entendimento é sumarizado na sequência:

Definição da forma de cálculo da tarifa progressiva de fornecimento de água e de esgoto nas unidades compostas por várias economias e hidrômetro único. Definição da juridicidade do critério híbrido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, afetar o processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C). para delimitar a seguinte questão de direito controvertida: "Estabelecer a forma de cálculo da tarifa progressiva dos serviços de fornecimento de água e de esgoto sanitário em unidades compostas por várias economias e hidrômetro único, após a aferição do consumo, definindo-se a legalidade do critério híbrido, com a revisão do entendimento manifestado no tema 414/STJ."¹⁴

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4874/DF (Plenário). Rel. Min. Rosa WEBER EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº 14/2002. PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO TABACO CONTENDO ADITIVOS. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REGULAÇÃO SETORIAL. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA. RAZOABILIDADE. CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO – CQCT. IMPROCEDÊNCIA. 1. Ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Lei nº 9.782/1999 delinea o regime jurídico e dimensiona as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia especial. 2. A função normativa das agências reguladoras não se confunde com a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF). 3. A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (iii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (IV) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial. Precedentes: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro [...]. Recorrente: Confederação Nacional da Indústria. Requerido: DF e União. Brasília. Recorrido: DF e União. Rel. Min Rosa Weber, Brasília, 01 jan. 2019. **Diário Oficial da República Eletrônico**. Publicado no Diário Oficial da União em 01-02.2019.

¹⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DEFINIÇÃO DA FORMA DE CÁLCULO DA TARIFA PROGRESSIVA DE

Os julgados acima acabam por relativizar a amplitude da jurisdição defendida pelos doutrinadores. No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal – STF – pacificou o entendimento que a capacidade fiscalizatória das agências executoras e seu poder de polícia não se confundiriam com a atividade jurisdicional, isto é, se por um lado as agências teriam capacidade de elaborar normas técnicas sobre determinados assuntos e mesmo aplicar multa em face à ulterior descumprimento de suas decisões, estas não hão de serem desmedidas, sendo, sempre, passíveis de revisão pelo judiciário.

No segundo caso, uma prestadora de serviço público, (Águas do Imperador) por expressa determinação do STJ, teve que rever e adotar critérios mais objetivos e equânimes na repartição de conta de água, ou seja, ainda que arrimada pela agência reguladora, a palavra final sobre precificação de águas remanesce no judiciário, então inabalável e desvinculado das decisões das agências.

Ocorre que se não é possível, em uma primeira análise, afirmar a jurisdição administrativa no Brasil, é, ao menos, possível afirmar que para que o judiciário reveja os critérios técnicos exarados por especialistas das agências há de se impor ao autor um ônus a mais, uma certa inversão probatória, ou seja, presume-se lícita e tecnicamente adequada a decisão tomada pelos especialistas das agências a quem cabe ao autor da ação anulatória desconstituir (presunção da legalidade dos atos da administração).

Logo, as decisões administrativas presumem-se verídicas até que se prove o contrário, assim, se o autor quiser desconstituir uma decisão administrativa, no judiciário, mera revelia da administração não importará na sobre valorização automática das de suas alegações – efeitos da revelia – visto que influi sobre o réu (administração pública) uma presunção de veracidade de seus fatos exarados.

No caso, portanto, a presunção de veracidade e constitucionalidade dos atos administrativos das agências inverte o ônus probatório que passa ser do autor em desconstruir os critérios adotados pelas agências mostrando-lhes serem desmedidos ou desproporcionais.

FORNECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTO NAS UNIDADES COMPOSTAS POR VÁRIAS ECONOMIAS E HIDRÔMETRO ÚNICO. DEFINIÇÃO DA JURIDICIDADE DO CRITÉRIO HÍBRIDO. REVISÃO DO TEMA 414/STJ. ATO DE AFETAÇÃO AO RITO DOS REPETITIVOS PELO COLEGIADO DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. OBSERVÂNCIA DO ART. 1.036, § 5º, DO CPC/2015 E DOS ARTS. 256-E, II, E 256-I DO RISTJ. SUSPENSÃO DOS FEITOS EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. 1. Delimitação da tese: definir a forma de cálculo da tarifa progressiva dos serviços de fornecimento de água e de esgoto sanitário em unidades compostas por várias economias e hidrômetro único, após a aferição do consumo. 2. Recurso Especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (arts. 256-E, II, e 256-I do RISTJ). Recorrente: Águas Imperador S/A. Recorrido: Condomínio Itaipava All Suítes. Rel. Min. Manoel Erhart. 16 nov 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília 29 nov. 2021.

Essa afirmação um tanto abstrata ficará mais clara ao leitor nas decisões da ANAC, pós pandemia, que determinou a retirada das aeronaves por fileiras e o embarque por assentos certos evitando-se aglomerações.

Por certo que quaisquer tentativas de desconstituir os normativos internos da agência de aviação civil não lograrão efeito no judiciário, posto que, até que se prove inúteis ou insuficientes, estas medidas, para conter a propagação do vírus, refletirão no judiciário que considerará improcedente o pedido do autor, posto norma formulada por especialistas no assunto, ou seja, ainda que não definitivas, as decisões administrativas que resguardam direitos ou ampliam as garantias fundamentais exaradas de órgãos de *maitraïsse* do poder executivo gozam de certa quase jurisdição, porque são compulsórias e exaradas por especialistas do estado incumbidos, institucionalmente, de fazê-los.

Assim, se é possível afirmar uma quase jurisdição administrativa, resta saber o caso em que os países efetivamente a adotam, com o intuito de proceder-se um paralelo sobre se é possível, ao menos a nível internacional, identificar sistemas jurídicos em que as decisões administrativas são definitivas.

No caso das Cortes de Contas, a questão é ainda mais complexa, porque suas decisões não se baseiam, somente, em caráter técnicos, mas adentram na economicidade, eficiência e legalidade dos atos prolatados, tornando o título extrajudicial e suscetível de penhora dos bens dos contratados com o poder estatal, em eventual condenação administrativa de Contas.

A extrajudicialidade do título impõe, assim, uma força probante maior às suas decisões porque tem a mesma carga probante de um título de crédito, o que torna sua desconstituição mais árdua ao autor da ação anulatória, haja vista a presunção em favor da legalidade do julgado de Contas que o constituiu.

Nos títulos de crédito, a cartularidade e a desvinculação do título da dívida que os originaram torna-os exigíveis de pleno direito, logo, salvo questões como falsidade da assinatura, não será a ilicitude da dívida (o fato que o originou) suficiente a inibir a execução por falta de pagamento, ou seja, os títulos independem de homologação judicial e se desprendem da causa que lhes originou, o mesmo ocorre com as decisões das Cortes de Contas que passam a ser exigíveis de pleno direito por meio de automática constrição patrimonial (BACENJUD, penhora).

Ademais, acerta, Pontes de Miranda, que as decisões das Cortes de Contas, por comporem título extrajudicial, estariam insuscetíveis de revisão, podendo ser anuladas, excepcionalmente, pelo judiciário que, contudo, há de lhes oportunizar que outro acórdão seja

decidido pelo próprio órgão prolator (juízo de retratação), sob ofensa às próprias intenções do constituinte, ou seja, o judiciário, ao vendo o vício, há de determinar à Corte de Contas que outra decisão seja proferida em substituição a viciada, uma forma de se evitar uma supressão de instância administrativa prévia obrigatória, enfim: o judiciário não poderia reconstituir o título, apenas, declará-lo nulo, determinando que a Corte de Contas reproduza a decisão cassada, agora sem os vícios que a originaram.¹⁵ Este entendimento é partilhado por autores como Diel Murillo Cirqueira Alves, Leila Rufino Barcelos, Márcio Aluizio Moreira Gomes e Patrícia Alves Xavier (posicionamento que em que pese não ser unânime, é o majoritário na doutrina, conforme expõe os autores).¹⁶

Contudo, é de se ressaltar que há uma parte minoritária da doutrina, como expõe Carlos Ari Sunfeld, Jacintho Arruda Câmara, Vera Monteiro e André Rosilho, que considera possível que judiciário reveja autonomamente a regularidade das contratações, mas isso porque o controle sobre direitos indisponíveis de lesão coletiva é de competência concorrente entre TCEs (Tribunais de Contas), ação civil pública, ação popular e ação de improbidade, o que não desvirtua a imutabilidade das decisões do TCEs, apenas, atribui ao judiciário o caráter de colegitimado no julgamento das causas de dilapidação transindividual.¹⁷

1.1.1 Jurisdição Administrativa

Ricardo Pelingero afirma que a jurisdição administrativa não significa necessariamente um órgão incumbido de julgamento das causas que envolvam o direito administrativo a par do judiciário, assim, “nos EUA, a contrário [...] a tendência é compartilhar o exercício da atividade jurisdicional administrativa entre o Executivo e o Judiciário, não como nos primórdios da Justiça administrativa Europeia.”¹⁸

Nestes, os processos das agências executivas são tratados fora do judiciário em uma quase jurisdição que “são modificadas pelo Judiciário - não especializado - somente quando

¹⁵PONTES DE MIRANDA. F .C **Comentários à Constituição de 1967**. Com a Emenda 1, de 1969. Tomo III (arts. 32-117). 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 248-251.

¹⁶ALVES, D. M. C. et. *al.* Controle judicial das decisões exaradas pelos Tribunais de Contas. **Revista Controle**, Fortaleza, vol. 17, n. 01, p. 384-406, jan. jul., 2019. p. 384-385.

¹⁷SUNFELD, C. A. et. *al.* O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 13, n. 03, p. 866-890, set. dez. 2017. p. 866.

¹⁸PELINGERIO, R. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte americana. **Revista de investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 02, n. 01, p. 89-1135, jan. abr/2015. p. 92.

contrárias as razoabilidades, dificilmente adentrando-se no seu suporte fático (revisão judicial limitada).”¹⁹ Em outros termos, as decisões das agências reguladoras raramente são revistas pelo judiciário.

Aponta, o autor, que o único caso de um modelo de jurisdição administrativa híbrida, como nos países do *common law*, foi previsto na Constituição de Honduras de 1965 com a especialização de uma sala de contencioso administrativo na cote suprema, oportunidade em que também se optou pela criação do Tribunal Contencioso Administrativo que, pelo art. 210, não integrava o Judiciário, logo o Tribunal extrajudicial exercia jurisdição administrativa, sujeitando-se a revisão via cassação de uma Corte suprema.²⁰

Havia, pois, a possibilidade de o judiciário, indiretamente, rever as decisões do poder administrativo em uma câmara especializada em administração pública na suprema Corte.

Nestes termos, a partir do início do Século XX, algumas Constituições latino-americanas reconheceram o modelo dualista de jurisdição, com uma jurisdição especializada em direito e outra com uma jurisdição administrativa extrajudicial.²¹

Enfim, em que pese tradicionalmente atrelar-se a jurisdição administrativa ao modelo francês, com um *Conseil d'État*, institucionalmente, incumbido de apreciar as questões em última instância administrativa e com exclusividade sobre direito administrativo, há países que optaram por reinserir os contenciosos administrativos dentro do próprio judiciário, ou seja, criou-se uma justiça especializada, em descompasso ao modelo francês, incumbida apenas de apreciar questões atinentes ao direito administrativo, é o caso de Portugal.

Vê-se, pois, que o ideal de jurisdição como exercício único do poder judiciário não encontra adeptos no direito comparado, há múltiplas formas de o Estado dizer o direito:

a) ora segrega-se as decisões comuns e administrativas dentro do próprio judiciário, com uma justiça especializada, p.ex.: Portugal;

¹⁹PELINGERIO, R. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte americana. **Revista de investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 02, n. 01, p. 89-135, jan. abr./2015. p. 92.

²⁰PELINGERIO, R. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte americana. **Revista de investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 02, n. 01, p. 89-134, jan. abr./2015. p. 92.

²¹PERLINGEIRO, R. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte americana. **Revista de investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 02, n. 01, p. 89-134, jan. abr./2015. p. 101.

b) ora adota-se um modelo em que as decisões administrativas são irreversíveis pelo judiciário; p. ex: contencioso administrativo francês;

c) ora adota-se a tese de decisões administrativas dentro do judiciário e uma jurisdição paralela extrajudicial fora do judiciário, p. ex: Honduras;

d) ora adota-se o modelo americano de quase-jurisdição das agências reguladoras, que raramente são reformáveis; e

e) ora adota-se o ideal de que as decisões administrativas são reformáveis, em regra, apenas e, excepcionalmente, por parte da Suprema Corte, p. ex: Alemanha.

Para deixar mais palpável ao leitor, se as questões trabalhistas são tratadas por uma justiça especializada e, igualmente, procede-se com as questões eleitorais, em alguns países, existem ora decisões administrativas imutáveis pelo poder judiciário, ora justiças especializadas (como a trabalhista e a eleitoral) incumbidas apenas de analisar casos da administração, mas contidas na própria hierarquia do poder judiciário, é o que se faz em Portugal.

Logo, Bolívia, Panamá, República Dominicana e Colômbia optaram por um Tribunal administrativo nos moldes franceses, autônomo, independente em relação ao poder judiciário, e, no Século XX, foi a vez de Guatemala e o Equador e, novamente, Panamá. É o modelo mais adotado: contencioso administrativo no qual as decisões administrativas não são revistas por ninguém, nem pelo judiciário, nem pela Suprema Corte.

Já o sistema de jurisdição dualista “com uma Corte suprema específica, como hoje ocorre na Alemanha e Portugal, foi incorporado apenas na Colômbia onde vigora desde 1914.”²² Nestes, as decisões administrativas não são revistas pelo judiciário, mas apenas e, excepcionalmente, pela Suprema Corte específica neste assunto.

Assim, segundo o autor, o sistema judicial monista, muitas vezes, com única e exclusiva instância de contencioso administrativo, foi o único que a totalidade dos países latino-americanos, em certo momento de sua história constitucional, tiveram a oportunidade de exterminar.

²²PERLINGEIRO, R. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte americana. **Revista de investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 02, n. 01, p. 89-134, jan./abr. 2015. p. 107.

“Alguns deles assim o fizeram, ininterruptamente, desde o início da vigência da sua Constituição Republicada, como ocorre no Chile, Argentina, Venezuela, no Paraguai, desde 1813, México, desde 1818, Costa Rica, desde 1821 e El Salvador.”²³

Enfim, o que marca jurisdição administrativa é a existência de um órgão capaz de tratar questões atinentes ao direito administrativo (e em via reflexa, as questões atinentes ao Tribunal de Contas) em caráter de definitividade sem apreciação pelo poder judiciário não especializado no assunto, salvo casos excepcionais de recursos à Suprema Corte que em alguns casos tem uma câmara, ou um órgão específico, só para tratar de questões de direito administrativo.

Em resumo, é a definitividade da questão julgada no âmbito administrativo que marca a jurisdição administrativa cujo órgão prolator nem sempre se encontra dentro do judiciário, mas poderá sê-lo, como a justiça do trabalho e eleitoral são, no Brasil, uma justiça própria com caráter de definitividade paralela dentro judiciário, como se encontra no caso do Tribunal de Contas português (art. 209, 1 “a” da Constituição Portuguesa), logo, a decisão administrativa é tratada fora do judiciário (ou numa justiça especializada dentro dele) e passa a ser insuscetível de revisão (contencioso administrativo, modelo mais comum) ou, para alguns ordenamentos, apenas e, excepcionalmente, revista pela Corte Suprema como em Honduras, em 1965, e na Alemanha.

Nestes termos, o modelo idealizado na França é de que as decisões administrativas são exaradas por juízes especializados na área e submetidas aos Tribunais Regionais administrativos com recursos cabíveis ao *Conseil d’État*. Em simetria, também, é este o modelo italiano, insuscetível de revisão jurisdicional comum e arquétipo mais replicado nas Cortes latino-americanas.

Isto porque atribuírem-se questões da administração a juízes não familiarizados com questões administrativas, nos casos em que o contencioso integra a própria estrutura do judiciário (como em Portugal), tem-se provado temerário, conforme aponta Ricardo Perlingeiro, posto que o nível de especialização “do Judiciário [nas áreas do contencioso] deve

²³PERLINGEIRO, R. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte americana. **Revista de investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 02. n. 01, p. 89-134, jan./abr. 2015. p. 107.

ser proporcional às habilidades das autoridades para cumprirem adequadamente o seu papel,”²⁴ ademais, quanto mais efetiva a atuação administrativa na proteção dos direitos fundamentais, maior confiança dos cidadãos nas autoridades e maior a deferência judicial em favor das autoridades.

Sabendo-se que o contencioso (justiça administrativa) é a aptidão de existir um órgão extrajudicial ou dentro do judiciário com justiça especializada com decisões sobre direito administrativo insuscetíveis de revisão, resta saber quando a coisa julgada administrativa passa a ter caráter de imutabilidade, ou seja, passa-se poder arguir de coisa julgada.

1.1.2 O Contencioso Administrativo Francês

Todo grande estudo sobre contencioso não poderia deixar de fora os modelos italianos e francês, posto serem os arquétipos que deram origem aos demais sistemas, em especial ao Tribunal de Contas. Não sem razão, esses dois modelos foram os mais estudados por Rui Barbosa e Pontes de Miranda, são os arquétipos sobre os quais todos os demais modelos foram desenvolvidos.

A ideia de contencioso na França nasce com dois propósitos, a anulação de atos subjetivos de interesse direto do jurisdicionado, como uma portaria autorizativa ou uma concessão e a anulação de atos de interesses difusos.²⁵²⁶

Logo, interesse legítimo a se pleitear a anulação é tanto aquele que afeta diretamente o indivíduo, como aquele que o afeta reflexamente, de maneira difusa, como o decreto que deixa de declarar determinado bem de patrimônio histórico.

A função do contencioso não é apenas punitiva e anulatória, é antes, preventiva, consultiva, notadamente, como órgão de consulta do executivo, em especial do prefeito, quando há dúvida sobre a legalidade e/ou legitimidade em exarar ou não determinado ato, expõe-se:

Le consulat crée par ailleurs des conseils de préfecture charges, sous la direction du préfet, de régler un certain nombre de litiges. Ces organismes reçoivent ainsi une

²⁴PERLINGEIRO, R. M. D. S. Desafios Contemporâneos da Justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 04, n. 01, p. 167-201. jan./abr. 2015. p. 201.

²⁵ No original : *Naturellement le délai ne court jamais à l'égard des actes inexistants. Enfin, l'expiration du délai du recours en annulation laisse subsister la possibilité d'utiliser à l'encontre des actes réglementaires l'exception d'illégalité.*

²⁶ROUSSET, M. **Droit Administratif II** : Le contentieux administratif. Grenoble, France : Presses Universitaires de Grenoble, 2004. p. 52.

*mission consultative en un double sens ; ils sont charges de donner des avis aux administrateurs actifs à propos des affaires administratives mais aussi à propos des affaires contentieuses. Le pouvoir de juger demeure dans les mains de l'administration, mais on voit se dessiner l'amorce d'une séparation au moins fonctionnelle, entre l'administrateur actif et l'administrateur.*²⁷

No contencioso, o processo seletivo dos juízes que analisarão a causa administrativa é idêntico da justiça comum, sendo admitidos por concursos e gozando das garantias de inamovibilidade, irredutibilidade dos vencimentos e vitaliciedade.

Ademais, desde 1982, as Cortes de Contas e suas subsidiárias regionais passaram a fazer parte da justiça administrativa contenciosa, tendo o *Conseil d'État* como cúpula superior e uniformizadora da chamada jurisprudência financeira. Expõe-se:

*La juridiction administrative se compose d'un assez grand nombre de tribunaux que l'on peut classer en deux grandes catégories ; il existe d'une part des **juridictions administratives spécialisées** dans certains types de contentieux : par exemple la cour des comptes qui est une juridiction financière coiffant d'ailleurs, depuis 1982, les chambres régionales des comptes, la cour de discipline budgétaire, les organes disciplinaires des ordres professionnels ou bien encore le conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche lors qu'il siège comme instance d'appel des sections disciplinaires des universités, etc. [negritos não constam no original]*²⁸.

Ademais, o *Conseil d'État* é órgão superior da justiça administrativa, mas existem tribunais regionais, especializados em jurisdição administrativa em: Bordeaux, Nantes, Nancy, Lyon e Paris que auxiliam a revisão dos atos caçados em segunda instância administrativa, sempre observando a jurisprudência fixada pela cúpula superior.²⁹³⁰

Ou seja, o modelo contencioso francês é um modelo que tem no *Conseil d'État* sua cúpula máxima, mas com múltiplas jurisdições especializadas, como a financeira contábil de Contas. Assim, não é incomum, dada a função de fixação de jurisprudência vinculante, o *Conseil d'État* ratificar (homologar) as decisões dos tribunais de Contas que passam a ser vinculativas em todo o território francês e extra mar.

²⁷ROUSSET, M. **Droit Administratif II** : Le contentieux administratif. Grenoble, France : Presses Universitaires de Grenoble, 2004. p.17.

²⁸ROUSSET, M. O. **Droit Administratif II** : Le contentieux administratif. Grenoble, France : Presses Universitaires de Grenoble, 2004. p.23.

²⁹No original : *Il existe actuellement sept cours administratives d'appel dont le ressort et l'organisation sont fixés par décret en Conseil d'État : elles sont respectivement établies à Paris, Nancy, Lyon, Bordeaux, Nantes, Marseille et Douai. Une huitième cour a été créée à Versailles et commencera à fonctionner en septembre 2004*

³⁰ ROUSSET, M. **Droit Administratif II** : Le contentieux administratif. Grenoble, France: Presse Universitarie de Grenoble, 2004. p. 34.

Outro sistema parecido ao francês é o italiano, tema do próximo tópico.

1.1.3 O Contencioso Administrativo Italiano

O modelo italiano é bem próximo ao francês com um conselho superior institucionalmente incumbido de resolver as controvérsias entre cidadãos e a administração pública, logo há um “*Consiglio di Stato in appello, chiamati a risolvere le controversie tra amministrazione e cittadino in tema di appalti e forniture, imposte, tasse, impiegati comunali, confini comunali, etc.*”³¹ Também, em auxílio ao conselho superior administrativo, existem tribunais regionais incumbidos de apreciar as múltiplas questões em segundo grau recursal:

*Il vuoto lasciato dalla dichiarazione di incostituzionalità delle GPA fu colmato, nel 1971, dai Tribunali amministrativi regionali. In ossequio ad un'indicazione della Costituzione che aveva previsto in ciascuna regione organi di giustizia amministrativa di primo grado (art. 125 Cost.), furono istituiti i **TAR (abbreviazione di Tribunale amministrativo regionale, poi entrata nell'uso corrente)** con la stessa competenza del Consiglio di Stato, che diventava così giudice d'appello. Il parallelismo era in qualche modo imposto da un altro articolo della Costituzione (art. 103 co. 1) secondo cui il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi³²[negritos não constam no original].*

Da mesma forma, o Conselho de Estado tem por função a uniformização da jurisprudência das mais diversas tutelas administrativas, cabendo-lhe, inclusive, uniformizar e fixar, via homologação, a jurisprudência dominante fixada pela Corte de Contas em seu nível hierárquico mais elevado:

Della legge abolitiva (negli «affari non compresi») e l'annullamento disposto dal Consiglio di Stato in base alla legge Crispi vi è, agli occhi degli autori di quest'ultima, piena continuità: proprio dove noi, considerando pacifico il carattere giurisdizionale del Consiglio, avvertiamo una rottura.

[...] Nato nel 1830 nello Stato sabaudo come organo di consulenza del sovrano, munito di competenze contenziose amministrative ad esso sottratte dalla legge abolitiva, il Consiglio di Stato aveva conservato il ruolo di giudice dell'impugnazione contro le decisioni della Corte dei conti ed acquisito (sino al 1877) la funzione di risoluzione dei conflitti. Sempre come organo consultivo, il Consiglio di Stato esprimeva pareri obbligatori sui ricorsi straordinari al re, e quindi già partecipava del sistema di giustizia amministrativa. [negritos não constam no original].

³¹CORSO, G. **La Giustizia amministrativa**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2010. *E-Book*. 35.

³²CORSO, G. **La Giustizia amministrativa**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2010. *E-Book*. p. 35.

Ademais, outras semelhanças entre os dois sistemas podem ainda serem levantadas:

- a) Ambos possuem Tribunal Administrativo de cúpula fixadora e uniformizadora da jurisprudência;
- b) Ambos possuem meios de acesso dos juízes administrativos por concurso;
- c) Os Tribunais Superiores são acessados via promoção de juízes concursados, reservando-se, contudo, uma espécie de quinto aos tribunais inferiores ou especialistas com notórios saberes jurídicos;
- d) O judiciário não pode chamar a depor agentes estatais ligados a assuntos atinentes ao contencioso sobre pena de prevaricação;
- e) Ambos contam com tribunais regionais de 2ª instância; e
- f) O Contencioso de ambos os sistemas exerce função anulatória e consultiva, além da preventiva de exarções de atos do executivo eivados de nulidade que poderiam ser evitados mediante consulta prévia pelo gestor público.

Logo, o ideal de que o Tribunal italiano exerce controle mais preventivo e o francês atuaria mais repressivamente, tese defendida por parte considerável da doutrina, há muito perdeu a razão de ser posto que ambos fazem auditoria preventiva e concomitante, sempre com olhos a orientar o jurisdicionado na prolação do ato administrativo, evitando-se, assim, que um ato nulo acabe produzindo efeitos jurídicos quando poder-se-ia evitá-lo desde seus estágios embrionários.

Estudados os dois principais modelos que geravam discussões entre Pontes de Miranda e Rui Bosa, resta saber como funciona o contencioso administrativo, em especial, as Cortes de Contas, dos demais ordenamentos.

1.1.4 O Contencioso Administrativo e Processo de Contas

Fábio Lins Lessa Carvalho e Ricardo Schneider Rodrigues apontam que, de uma forma geral, é possível observar Tribunais de Constas sem função jurisdicional, como o europeu, e com jurisdição, como o modelo franco já relatado, mas não só.

O Tribunal de Contas Espanhol “segundo a redação do artigo 15 da lei orgânica 02/98 presta, dentre outras atividades de fiscalização, uma função jurisdicional, no caso, a jurisdição contábil, que se exerce [...]”³³

Assim, existiriam tribunais com função jurisdicional na: “França, Bélgica, Portugal, Espanha, Itália e Grécia, b) estruturas colegiadas sem função jurisdicional nos países baixos, Alemanha, República Checa, Luxemburgo e o Tribunal de Contas Europeu.”³⁴

Contudo, alguns modelos de controle externo seguem o modelo de Controlador Geral com poderes quase jurisdicionais, mas sem formação colegiada. Assim, em “diversos países [o controle externo] dá-se de forma unipessoal pelo Auditor-Geral ou Presidente da ISC, como na Letônia, Chipre, Irlanda, Suécia, Finlândia. Reino Unido.”³⁵

Também não será em todos os países que o Controle Externo está atrelado ao legislativo, “alguns integram o poder judiciário como Grécia e Portugal.”³⁶

Mas, como se demonstrou, o modelo de Auditor Geral não quer dizer que suas decisões careçam de força, nem que sejam revistas pelo judiciário.

Como se demonstrou, os processos de Contas, como das agências reguladoras americanas, é bem detalhado e a admissão recursal é excepcionalíssima, sendo admitida apenas nos casos em que há erro *in judicando* ou *in procedendo* grave, como recusa injustificada de provas ou limitação do direito de defesa, ademais, a regra é que o judiciário não adentre nas questões técnicas determinando-se, tão só, que outra decisão seja prolatada pela própria Corte de Contas em substituição a anterior eivada de nulidades (retratação).

De fato, os estudos internacionais têm reforçado, em especial, na França, Itália, Portugal, o caráter contencioso da jurisdição de Contas, é o que expõe Mário Sinopoli, posto que, ao fim e ao cabo, sempre se tutelam direitos difusos ligados a atos administrativos, cabendo a um órgão especializado analisar as questões atinentes aos administrados, reproduzem-se as palavras do autor italiano.

³³CARVALHO, F. L. D.L.; RODRIGUES, R. S. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo, **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, [S.I], v. 18, n. 71, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/844>. Acesso em 15 abr. 2022. p. 237.

³⁴CARVALHO, F. L. D.L.; RODRIGUES, R. S. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo, **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, [S.I], v. 18, n. 71, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/844>. Acesso em 15 abr. 2022. p. 241.

³⁵CARVALHO, F. L. D.L.; RODRIGUES, R. S. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo, **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, [S.I], v. 18, n. 71, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/844>. Acesso em 15 abr. 2022. p. p. 242.

³⁶CARVALHO, F. L. D.L.; RODRIGUES, R. S. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo, **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, [S.I], v. 18, n. 71, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/844>. Acesso em 15 abr. 2022. p. 242.

Indipendentemente dal problema, invero assai complesso, della legittimazione ad agire di singoli o associazioni spontanee (problema al quale dà forse una risposta l'art. 47 del regolamento per i giudizi innanzi alla Corte dei conti, che prevede la possibilità per « chiunque » di intervenire nel processo di responsabilità amministrativa), si è scoperto che lo stesso ordinamento prevede un organo dello stato cui compete questa legittimazione, e questo è un organo del pubblico ministero, cioè il procuratore generale della Corte dei conti. E vengo al secondo profilo: quello delle potenziali capacità della giustizia amministrativa di tutelare anche gli interessi generali della collettività [negritos nossos].³⁷

Mesmo entendimento acabou sendo constatado por Juan Abad no que tange ao Tribunal de Contas Espanhol, segundo o autor, o Tribunal de Contas é o órgão máximo no que tange as regras de controle externo, devendo o poder executivo acatá-las sem questionar, haja vista seu caráter de “instituição independente [...] constituindo-se em um Tribunal administrativo-judicial ao qual corresponde a superior fiscalização dos gastos públicos, de caráter econômico, fiscal com qualificação suprema e independente.”³⁸³⁹(tradução nossa).

Outro sistema jurídico que adota o contencioso administrativo e, em especial, o contencioso de Contas, é Portugal, sendo que, no caso do país lusitano, o Tribunal de Contas faz parte do próprio poder judiciário.

O Tema é objeto de Dissertação de Mestrado de Maria Cristina Simões da Rocha, a autora expõe que, atualmente, assumem-se como óbvias as diferenças entre os dois sistemas “apresentando-se o brasileiro como representativo do sistema de jurisdição única, por influência anglo-americana, enquanto o Português autonomiza a jurisdição administrativa comum,

³⁷ SINOPOLI, M. Rapporti fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione contabile. **Il Foro Italiano**, [S.I.], Vol. 103, Parte Quinta, p; 165-168, 1980. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2317168>. Acesso em: 09 fev.2022. p. 166.

³⁸ABAD, A. D. J. El Tribunal de Cuentas en España. **International Review of Administrative Sciences**. [S.I.], vol. 34, n. 03, p. 268-272, set. 1968. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/002085236803400306?journalCode=rasb>. Acesso em: 12 fev. 2022. Acesso em: 12 fev. 20220. p. 269.

³⁹Original: *primeiro de forma fragmentaria y provisional más tarde, de forma definitiva. Un Decreto Ley dc 25 de octubre de 1946 reagrupa y reorganiz6 el Tribunal de Cuentas como instituci6n independiente. Se dictaron normas de actuaci6n por Decretos de 14 de febrero de 1947 y 28 de abril de 1949, en los que se regulaban el examen y juicio de las cuentas. Posteriormente y por Ley de 3 de diciembre de 1953 se estructura, ya de manera definitiva, el Tribunal de Cuentas de la Naci6n. Es un Tribunal administrativo-judicial. Seg6n el art. 1 ° de esta Ley Org6nica: «El Tribunal de Cuentas es el organismo a quien corresponda la superior fiscalizaci6n econ6mica de los hechos realizados en la ejecuci6n de la Ley de Presupuestos y dem6s de car6cter fiscal ~. Tene categoria de Supremo e Independiente.*

instituindo um modelo judicialista de contencioso integralmente jurisdicionalizado,”⁴⁰ ou seja, “uma ordem judicial autônoma, embora de competência especializada.”⁴¹”

Ademais, “O Tribunal de Contas e o Tribunal Administrativo e os demais tribunais fiscais, no art. 209 [da Constituição Portuguesa determina] irão corresponder a diferentes órgãos de gestão e disciplinas [próprias].”⁴²

Em que pese a ausência de caráter jurisdicional, a Alemanha também adota o sistema de contencioso administrativo, logo, neste sistema, as decisões das Cortes de Contas não tem caráter de definitividade, mas estão sujeitas a revisão, antes, pelo próprio contencioso e, em último caso, pelo judiciário, quando o erro não for ou não puder ser sanado pela própria administração, conforme expõe Carl Hermann (há um benefício de ordem que impõe a atuação do judiciário, apenas, na impossibilidade da autotutela dentro do próprio contencioso administrativo).⁴³

No modelo alemão, é importante que a pessoa lesada pela administração tenha acesso a meios mais fáceis, garantindo-se, na via administrativa, diversos mecanismos que permitam uma tutela administrativa efetiva como direito de objeção e acesso recursal⁴⁴. Logo, o ato administrativo perfeito (*rechtsgestaltende Verwaltungsakte*) tem força executiva imediata, mas, também, oferece ao cidadão todos os meios impugnáveis na própria via administrativa para que se evite a lentidão judicial.

⁴⁰ROCHA, M.C.S.D.A **Justiça administrativa numa perspectiva multidisciplinar: um olhar português no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012. p. 30.

⁴¹ROCHA, M.C.S.D.A **Justiça administrativa numa perspectiva multidisciplinar: um olhar português no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012. p. 30

⁴²ROCHA, M.C.S.D.A **Justiça administrativa numa perspectiva multidisciplinar: um olhar português no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012.p. 69.

⁴³ HERMANN, C. German Administrative Jurisdiction, **International Review of Administrative Science** [S.l.], vol. 25, n. 02, p. 173-183, jun. 1959. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/002085235902500208?journalCode=rasb>. Acesso em: 12 fev. 2022. p. 182.

⁴⁴No original: *Regarding the efficacy of legal protection through administrative jurisdiction, it is not only important that the person injured by an administrative act should take advantage of the facilities to sue in a court and that provision should be made for a procedure offering sufficient legal safeguards, but it is equally so that decision-making administrative agencies should be prevented from establishing accomplished facts before a case is legally decided, and that implementing agencies should be urged to take provisional measures. Furthermore, the question whether an administrative court's decision is enforceable. According to a principle applied in all German administrative legislation, the remedies of the preliminary administrative proceedings (defence, complaint, or objection) and the action for annulment have a dilatory effect. For obvious fiscal reasons, this becomes void about disputes on rates, taxes, and costs. Hence, in all other cases, the execution of the administrative act is impossible as soon as it is contested by a preliminary administrative proceeding or by an action for annulment. If the administrative agency wishes to perform the administrative act despite the contestation*

Por fim, o Canadá, como cópia do modelo francês, seguiu a linha do contencioso, administrativo inclusive com competências atribuídas para apreciação de questões constitucionais, o que tem sido alvo de severas críticas, haja vista que, mesmo no modelo francês, a questões constitucionais estão fora da alçada do *Conseil d'État*, cabendo recurso extraordinário nos casos esporádicos em que a questão chegar a ser debatida, conforme esclarece Denis Nadeau:

« *C'est sûrement à l'égard de cet important sujet de la portée des pouvoirs des tribunaux administratifs que l'ouvrage du professeur Ouellette peut surprendre. Sans remettre ouvertement en question l'orientation prise par la Cour suprême du Canada au cours des dernières années relativement à la compétence des tribunaux administratifs de décider de questions constitutionnelles* »⁴⁵⁴⁶ [negritos não constam no original]).

Resta, assim, demonstrada a quantidade de ordenamentos que optaram pelo contencioso administrativo, sendo que França e Itália, expressamente, designaram o Tribunal de Contas como espécie do gênero contencioso.

Ademais, como se mostrou, nos países que seguem o modelo anglo saxão, as decisões dos Tribunais de Contas são quase jurisdicionais, posto que a revisão do judiciário só há de ter espaço para casos excepcionalíssimos quando o erro *in judicando* ou *in procedendo* não puder ser objeto de correção pela auto tutela administrativa, da mesma forma, as questões técnicas das agências reguladoras, raras vezes, são revistas, invertendo-se o ônus probatório ao autor que passa a ter de demonstrar que a medida técnica encontra-se equivocada na ação anulatória que venha postular.

Ressalta-se que nesse sistema saxão, as provas e o ônus são incumbências da parte, logo, a produção de perícia e provas técnicas que desafiem nova revisão de uma decisão de uma agência há de ser muito bem fundamentada, sob pena de a parte vencida arcar com os altos custos processuais e sucumbenciais.

Nestes termos, Alexandre Amorim Rocha traz o estudo de Renato Jorge Brwown que demonstra a multiplicidade de modos de controle externo com certa predominância de órgãos colegiados e de jurisdição contenciosa.

⁴⁵NADEAU, D. Les tribunaux administratifs au Canada : Contentieux et réflexion. *Revue générale de droit*. [S./], vol. 29, n. 03, p. 337-343, 1998. Disponível em. <https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1998-v29-n3-rgd02416/1035670ar.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2022. p.338-339.

⁴⁶Tradução: É certamente em relação a este importante tema do alcance dos poderes dos tribunais administrativos que o trabalho do professor pode surpreender. Sem questionar abertamente a direção tomada pela Suprema Corte do Canadá nos últimos anos no que diz respeito à competência dos tribunais administrativos para decidir questões constitucionais.

Figura 01: Modelos de Controle Externo⁴⁷

PAISES	DECISÃO COLEGIADA	PODER JUDICANTE	a Priori	a Posteriori	da Adm. Indireta	de Legalidade	de Gestã
Alemanha	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>		<input checked="" type="checkbox"/>		<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Austria	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>		<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Bélgica	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Brasil ¹	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
País Verde	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Canadá				<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Chile				<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Dinamarca				<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Espanha	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>		<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Estados Unidos				<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Finlândia	<input checked="" type="checkbox"/>			<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Frância	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>		<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Irécia	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Itália				<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Japão	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Luxemburgo	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Países Baixos	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Portugal	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Reino Unido				<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Suécia				<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>

Fonte: ROCHA, 2002, p.8

Demonstrando-se a tendência dos principais e mais importantes ordenamentos em se adotar o contencioso, mesmo na América Latina, como ocorre com a Colômbia e Uruguai, resta, contudo, saber se a relutância dos tribunais superiores nacionais em conferir jurisdição às Cortes de Contas Nacionais tem sido, ao menos, relativizada, nos últimos anos, tema do próximo tópico.

1.2 AS NOVAS DECISÕES (QUASE JURISDICIONAIS) DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Como se demonstrou nos julgados anteriores, tanto STJ quanto STF têm refutado qualquer caráter de jurisdição fora do poder judiciário. Nestes termos, Cristiane Rodrigues Iwakura traz o conceito de Chiovenda para o qual a característica marcante da Jurisdição é a substitutividade, ou seja, a presença de um terceiro alheio às partes que ditará o direito ao caso concreto.⁴⁸

⁴⁷ROCHA, C. A. A. O modelo de controle externo exercido pelos tribunais de Contas e as proposições legislativas sobre o tema. **Biblioteca Digital do Senado Federal**, Brasília, 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/156>. Acesso em: 14 abr. 2022. p. 8

⁴⁸IWAKURA, C. R. Em busca de um novo conceito de jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S.], vol. 16, p. 112-132, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19963/14304>. Acesso em: 16 dez. 2022. p. 113.

Na mesma linha, a autora traz o posicionamento de Humberto Theodoro Jr.⁴⁹⁵⁰ para o qual a marca da jurisdição é a presença de um terceiro imparcial.

Logo, para que a tutela jurisdicional seja fornecida ao cidadão da melhor forma possível, “o conceito moderno de jurisdição deve acompanhar as mudanças comportamentais e legislativas, que revelam uma constante tendência de se outorgar a órgãos não estatais parcela de seu exercício.”⁵¹

Da mesma forma, a autora sugere como novo conceito de jurisdição: a função exercida “por um órgão imparcial e independente, com escopo principal de fazer atuar a vontade da lei ao caso concreto, mediante tutela de pretensões, direitos e relações jurídicas contenciosas ou não, mediante provocação das partes e inafastável por previsão legal.”⁵²

Esse conceito elástico de Jurisdição é partilhado ainda por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, José Roberto dos Santos Bedaque, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim para os quais a noção de expansão de processualidade e da própria abrangência da Teoria Geral do Processo são úteis porque “servem para alargar o âmbito de aplicação da garantia constitucional do devido processo legal. Tutelam-se situações, antes, inteiramente desprotegidas [...] é o caso do processo administrativo.”⁵³

O judiciário, em que pese negar o caráter jurisdicional às Cortes de Contas, tem reafirmado, conforme aponta Júlia Venzo Gonçalves Guimarães, ao menos, o caráter punitivo, inclusive com *astreintes*, destas aptas a impor ao jurisdicionado, unilateralmente, as penas ressarcitórias e punitivas, ulteriormente, prolatadas, o que realça a tese de exercício do poder jurisdicional administrativo de Contas, ao menos, nas ações injuntivas (mandamentais de fazer).⁵⁴

Ademais, se por um lado é negado o caráter jurisdicional ao Tribunal de Contas, os estudos de André Garcia Xerez Silva demonstram que, ao menos, é possível se falar que as

⁴⁹THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**, 48 ed. Forense, 2008. Vol. I. p. 40;

⁵⁰THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. I. p. 45.

⁵¹IWAKURA, C. R. Em busca de um novo conceito de jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S.l], vol. 16, p. 112-132, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19963/14304>. Acesso em: 22 dez. 2022 p. 130.

⁵²IWAKURA, C. R. Em busca de um novo conceito de jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S.l], vol. 16, p. 112-132, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19963/14304>. Acesso em: 22 dez. 2022 p. 130.

⁵³MENDES, A. G.D. C. et. Al. **O Novo processo civil brasileiro: temas relevantes- estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018. p. 417.

⁵⁴GUIMARÃES, J.V.G. O Entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do poder punitivo do Tribunal de Contas da União. **Revista Caderno Virtual**. [S.l], vol., 1, n. 50, n.p. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5367/2139>. Acesso em: 12 fev. 2022. p.1-3.

decisões do TCU (Tribunal de Contas da União) integram a coisa julgada administrativa, ou seja, seus julgados em definitivo são insuscetíveis de reforma pela administração, compondo-se coisa julgada que resta somente passível de revisão por erro grave perante o judiciário determinando-se um juízo de retratação à Corte contábil-financeira prolatora, expõe o autor:

A possibilidade de se submeter as decisões dos Tribunais de Contas ao Poder Judiciário, em função do princípio da inafastabilidade, não descaracteriza sua função jurisdicional, ainda que administrativa, visto que a coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade que a reveste e seus efeitos. Decorre do regime republicano, a ideia de controle, na qual o poder controla o poder, justificando a existência da separação de funções típicas e atípicas. Mesmo que o Poder Judiciário possa examinar, a priori, o exercício da função jurisdicional desempenhada por outros Poderes, como é o caso do julgamento do Presidente da República, pelo Senado Federal, e das decisões dos Tribunais de Contas, não lhe é dado substituir a competência nuclear do órgão controlador.⁵⁵

Conforme expuseram os autores, o Tribunal de Contas é um órgão técnico, e a possibilidade de revisão de seus julgados pelo poder judiciário só há de encontrar respaldo em casos excepcionais não havendo de se adentrar nas questões técnicas, sendo mais comum que se declare nula a decisão, determinando-se que outra seja proferida pelo mesmo órgão prolator.

Este poder revisional das decisões de Contas, segundo o autor, não retira o caráter semi- jurisdicional de seus julgados, podendo-se, ao menos, falar em imutabilidade da decisão na via administrativa, ou seja, coisa julgada administrativa, uma vedação ao poder de autotutela quando já houver julgado em definitivo pela Corte de Contas. Assim, é importante fazer um resumo dos achados na conclusão do capítulo que se segue, para que se evitem equívocos conceituais.

1.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Conforme se mostrou, os sistemas têm adotado diversas formas de controle externo, desde os modelos centrados no controlador geral (*general Attorney*) até modelos colegiados.

Nesses, alguns tribunais como o espanhol, italiano e francês optaram por colocar o Tribunal de Contas como parte do contencioso administrativo, haja vista tratarem de atos da administração, sendo subordinados, somente, ao conselho de estado e tendo suas decisões

⁵⁵SILVA, A.G.X. Os Tribunais de Contas e a coisa julgada administrativa. **Revista Controle Doutrinas e Artigos**. [S.], vol. 11, n. 02, p. 80-99, 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6167706>. Acesso em: 22 fev. 2022. p. 97-98

imutáveis perante o poder judiciário. Outros sistemas, como o alemão e português, reconhecem o contencioso administrativo, mas segregaram as decisões de Contas que passaram a ser revisáveis, excepcionalmente, pelo poder judiciário nas instâncias superiores.

De toda forma, de um modo geral, quer por meio de órgão colegiados, quer por meio do arquétipo anglo-saxão, as decisões técnicas, nos demais ordenamentos, só são revistas quando o erro for grosseiro ou um direito de defesa restar violado, impondo-se um ônus maior ao autor da ação anulatória de demonstrar o equívoco da administração (presunção de veracidade dos atos).

O modelo brasileiro, assim, não fugiu muito a essa regra de quase jurisdição (semi-jurisdição), isto porque, os títulos dos Tribunais de Contas compõem títulos extrajudicial ou seja: a) dispensam o processo de conhecimento que se subentende exaurido na própria Corte de Contas, b) torna líquida e certa a dívida, exigível de pleno direito.

Portanto, é possível falar em uma quase jurisdição de Contas, razão pela qual o processo de formação do título, o processo de Contas, com seu contraditório, acaba por merecer especial atenção, haja vista que a decisão tomada poderá ensejar a penhora do devedor inadimplente até que se quite a obrigação para com o erário.

Mais, o processo de Contas brasileiro é inquisitivo, realizado pelo próprio órgão cuja fase saneadora, probatória e instrutória resta exaurida no próprio órgão que aponta a acusação (levanta as irregularidades) e as julga, imputando os débitos a quem lhes der causa, o que ocorre é que os agentes administrativos que levantam as irregularidades são díspares dos membros do colegiado que as julgam, mas o título constituído em toda a fase acusatória, instrutória e saneadora resta inserida a cargo da fase inquisitiva pertencente ao mesmo órgão que aponta as irregularidades (acusação), levanta as prova e apura o débito, cabendo ao judiciário, somente, prover o credor (Estado) dos meios executórios de reaver o que indevidamente se exauriu dos cofres do estado.

Logo é possível concluir, em definitividade, para o caso nacional:

- a) Os Tribunais de Contas não têm jurisdição, mas exercem parcela desta porque seus julgados exaurem a fase de conhecimento, logo, seus julgados compõe um título extrajudicial que não mais será objeto de processo de conhecimento no judiciário, sendo exequível de imediato por constrição patrimonial, enfim: as decisões dos TCEs seguirão no judiciário na fase de execução, sendo revistas por este apenas quando afrontarem dispositivos constitucionais assecutórios;

- b) Em regra, havendo nulidade no julgado, o judiciário determinará ao TCE que outra decisão seja proferida e, logo, que outro título extrajudicial seja constituído para que se dê prosseguimento a execução (é a regra mais aceita, juízo de retratação);
- c) Em alguns ordenamentos que não o nacional, as decisões dos TCEs (Tribunais de Contas Estaduais) são até mesmo irreversíveis perante o judiciário ou, quando muito, são reversíveis apenas pela Suprema Corte, não é o caso nacional que possibilita aos juízes de primeiro grau determinar que outra sentença de Contas seja proferida em substituição a viciada a nível estadual, mas não lhes cabe reapreciar provas nem adentrar no *quantum* apurado, somente, determinar ao TCE que reaprecie o processo e emita novo título, não cabendo ao juiz reformar a decisão, somente anulá-la com determinação de que outra seja proferida sem vícios (posicionamento que em que pese não ser unânime, é o majoritário na doutrina).

Resta, contudo, saber quais decisões seriam vinculantes dentro dos próprios tribunais de Contas, uma vez que lhe foram atribuídas competência para editar súmulas e como haveria de se dar o processo de uniformização dessa jurisprudência existente entre 27 TCEs pelo país, ou seja, é preciso entender as decisões proferidas, tema do próximo capítulo, para que se possa adentrar na tutela dos direitos, tema do capítulo 03 (tutelas transindividuais).

2. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E DECISÕES DAS CORTES DE CONTAS

No direito Europeu, como se observou, o Tribunal de Contas é tratado, em diversos países, como subespécie do contencioso administrativo cuja compilação de seus julgados está submetido ao Conselho de Estado ou, no caso de Portugal e Grécia, à cúpula do poder judiciário que, na maioria das vezes, homologam, ratificam, as decisões técnicas proferidas pelas Cortes de Contas.

Cada Estado europeu tem seu próprio Tribunal de Contas, mas a União Européia conta, ainda, com um Tribunal de Contas europeu (conjunto), sem efeito jurisdicional, incumbido de fiscalizar os gastos dos entes que usam recursos da União.⁵⁶

O Tratado de Funcionamento da União Européia estabelece:

Art. 263

O Tribunal de justiça da união europeia fiscaliza a legalidade dos atos legislativos, dos atos do conselho, da comissão e do banco central europeu, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos atos do parlamento europeu e do conselho europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.

O Tribunal fiscaliza também a legalidade dos atos dos órgãos ou organismos da união destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. Para o efeito, o Tribunal é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um estado-membro, pelo parlamento europeu, pelo conselho ou pela comissão.

O Tribunal é competente, nas mesmas condições, para conhecer dos recursos interpostos pelo Tribunal de Contas, pelo banco central europeu e pelo comité das regiões com o objetivo de salvaguardar as respetivas prerrogativas. Qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução. Os atos que criam os órgãos e organismos da união podem prever condições e regras específicas relativas aos recursos interpostos por pessoas singulares ou coletivas contra atos desses órgãos ou organismos destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a essas pessoas.

Art. 287

O Tribunal de Contas examina as Contas da totalidade das receitas e despesas da união.

O Tribunal de Contas examina igualmente as Contas da totalidade das receitas e despesas de qualquer órgão ou organismo criado pela união, na medida em que o respetivo ato constitutivo não exclua esse exame.

⁵⁶União Européia. [Tratado de Funcionamento – TFUE (2016)]. Tratado de Funcionamento da União Européia. **Diário Oficial da União Européia**. Bruxelas 07 jun. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b49701aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 14 fev. 2022

O Tribunal de Contas envia ao parlamento europeu e ao conselho uma declaração sobre a fiabilidade das Contas e a regularidade e legalidade das operações a que elas se referem, que será publicada no jornal oficial da união europeia.

Essa declaração pode ser completada por apreciações específicas sobre cada domínio importante da atividade da união.

O Tribunal de Contas examina a legalidade e a regularidade das receitas e despesas e garante a boa gestão financeira. Ao fazê-lo, assinalará, em especial, quaisquer irregularidades.

A fiscalização das receitas efetua-se com base na verificação dos créditos e dos pagamentos feitos à união. A fiscalização das despesas efetua-se com base nas autorizações e nos pagamentos. Estas fiscalizações podem ser efetuadas antes do encerramento das Contas do exercício orçamental em causa.

O Tribunal de Contas Pode Ainda, em qualquer momento, apresentar observações, nomeadamente sob a forma de relatórios especiais, sobre determinadas questões e formular pareceres a pedido de uma das outras instituições da união.

Enfim, o Tribunal de Contas Europeu é competente para fiscalizar apenas os órgãos da União e que utilizem recursos da União. O Regime é, pois, colaborativo, entre o Tribunal de Contas da União Europeia e os Tribunais de Contas Nacionais sem que um se sobressaia a seus pares.

Ocorre que na uniformização de jurisprudência, o Tribunal (“de Justiça”) Europeu poderá propor relatório a ser enviado ao comitê ou conselho europeu com proposta de uniformizar a jurisprudência e os entendimentos da União.

Ademais, a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu forma pareceres vinculantes, logo se uma questão sobre direito financeiro, da zona do euro, vier a ser questionada, esta será julgada pelo Tribunal de Justiça Europeu que tem composição paritária de todos os entes, assim como o tem, o parlamento, a comissão e o comitê. Esse “*case*” do Tribunal “de justiça” Europeu, ao contrário do Tribunal de Contas Europeu, será sim, vinculante. Há, pois, duas hipóteses de efeitos vinculantes: julgados dos Tribunal “de justiça” Europeu e proposta do Parlamento Europeu ou da comissão de normativos com efeitos vinculantes sobre direitos financeiros a todos os estados membros.

Enfim, quer por meio de relatório do Tribunal Europeu com proposta de regulamentos ou diretivas enviado ao parlamento, quer por meio da jurisprudência do Tribunal Europeu, a consolidação de entendimentos jurisprudenciais na União é, sempre, paritária e vinculativa, permitindo-se um debate plural e a participação conjunta de todos os membros e nações em pé de igualdade nas decisões vinculativas de precedentes.

Paralelamente a isto, o Tribunal de Contas do Paraná veio ratificar a súmula 12 com a abertura de um incidente de uniformização de jurisprudência em que se decidiu que o rol de doenças aptas a ensejar a aposentadoria por invalidez não seria taxativo, mas, meramente, exemplificativo.⁵⁷

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Piauí instaurou 03 processos de uniformização de jurisprudência, em especial, sobre a análise de cálculo dos índices de aplicação em saúde e educação⁵⁸ e sobre o subsídio dos agentes políticos.⁵⁹

Também, o Tribunal de Contas de Minas Gerais abriu um incidente para uniformizar o entendimento sobre as vagas de PNE (portadores de necessidades especiais).⁶⁰

De forma análoga a estes incidentes, o TCU (Tribunal de Contas da União) elaborou a súmula 222, conforme se demonstra:

Súmula 222 do TCU⁶¹

As decisões do Tribunal de Contas da união, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à união legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios

O primeiro questionamento que se a coloca seria se estes normativos teriam validade, posto que até recentemente, apenas e, tão somente, as súmulas vinculantes tinham poderes

PARANÁ. Tribunal de Contas do Paraná. (Tribunal Pleno). Acórdão n. 3412/10-TP. Aposentadoria por invalidez, Lei Estadual nº 12.398/98, proventos integrais ou proporcionais. Rel. Com. Fernando Augusto Mello Guimarães. Curitiba 11 nov 10. **Diário Oficial do Estado**, Curitiba 03 dez. 10.

⁵⁸PIAUÍ. Tribunal de Contas do Estado do Piauí. (Tribunal Pleno). Decisão 1015/18. Cálculo de índices para efeitos de comprovação do mínimo Constitucional em saúde e educação. Rel. Cons., Olavo Rebelo de Carvalho. Teresina, 13 set 2018. **Diário oficial do Estado**, Teresina, 13 set. 2018.

PIAUÍ. Tribunal de Constas do Estado do Piauí (Tribunal Pleno). Processo TC 014023/2018. Rel. Cons. Lilian de Almeida Veloso Nunes Martins. Teresina 19 set. 2019. **Diário Oficial do Estado**, Teresina de 19 set. 2019.⁵⁹

⁶⁰MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado (Plenário). Jurisprudência n. 862652. incidente de uniformização de jurisprudência. reserva de vagas para portadores de deficiência em concursos públicos. decisões divergentes sobre percentual de reserva de vagas fixado em lei. ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo consubstanciado na inexistência de processo principal no qual se discuta a matéria controvertida. arquivamento do feito sem resolução de mérito é de a própria natureza do incidente desenvolver-se no curso de um processo principal que versa sobre um caso concreto, a exemplo do que ocorre no incidente de inconstitucionalidade ou de falsidade, expressamente previstos no código de processo civil atualmente em vigor. o presente processo foi autuado com base em estudo apresentado pela antiga coordenadoria e comissão de jurisprudência e súmula, não estando vinculado a nenhum processo que versa sobre caso concreto submetido à apreciação desta Corte, estando, assim, ausente um dos pressupostos de constituição do incidente de uniformização de jurisprudência, devendo o processo ser arquivado, sem resolução de mérito, nos termos do art. 176, iii, do regimento interno. Rel. Min, Claudio Terão. 17 fev. 2016. **Diário Oficial do Estado**, Belo Horizonte, MG, 04 mar. 2016.

⁶¹BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 222. **Diário Oficial da União** de 20 mai. 92.

impositivos. O Novo Código de Processo, contudo, mudou a dinâmica ao tratar do tema no art. 927.⁶²

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados

Logo, com essa nova leitura, observa-se que não somente as súmulas vinculantes, mas as súmulas comuns passaram a ter caráter vinculante, assim como os repetitivos (uniformização de jurisprudência) proferidos pelos Tribunais, ainda que a nível estadual.

Resta então pacificada que as súmulas dos TCEs vinculam seus entes federados e o mesmo ocorre com o TCU, cujos entendimentos a nível nacional passam a ter caráter ainda mais impositivo, a nível nacional, com a nova redação do CPC c/c súmula 222 TCU que determina que seus entendimentos deverão ser observados por todos os demais entes federados.

Contudo, há uma diferença entre a forma de uniformização europeia e a nacional. No velho continente, as decisões do Tribunal são tomadas de forma paritárias e as propostas de normativos do Tribunal de Contas Europeu só passam a ter caráter vinculante após aprovados pelo parlamento de forma paritária e por um único órgão ou por meio de jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu após proposta do TCU europeu, ademais, tanto Tribunal de Contas quanto Tribunal de Justiça europeus são sempre paritários com todos os membros da União.

Há, assim, um debate democrático na formação, tanto de precedentes, quanto de uniformização de jurisprudência (formação paritária do parlamento europeu e no Tribunal de Contas e Tribunal de Justiça Europeu). Em oposição a este, a nível nacional, há uma multiplicidade de incidentes de diversos entes, isto porque o artigo 926 do CPC determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

⁶²BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o novo código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, D.F, de 17 mar. 2015.

Assim, em vista a própria imposição do CPC, as Cortes de Contas passaram a uniformizar seus entendimentos dissonantes de órgãos fracionários (Câmaras e Turmas) de forma aleatória e dispersa, a pergunta que se faz é: essa multiplicidade de repetitivos de 27 entes federados dispersos atende a melhor técnica processual? Não deveriam os Tribunais uniformizarem-se em um debate mais ordenado e centralizado em um único órgão, a exemplo do que se tem adotado no modelo europeu?

Imagine um servidor que tenha contribuído para 4 regimes de previdência de 4 entes diferentes, cada qual com um entendimento diferente na contagem do tempo. Qual deve prevalecer? E se a contagem da contribuição de um ente for contatada da posse, retroativamente, e outro do exercício e a diferença acabar por impor-lhe a perda da qualidade de segurado? Resta clara a necessidade de uniformização dos 27 entes federados, a questão seria como fazê-lo.

Assim, para que se responda a pergunta da introdução é preciso que se compreenda o processo de uniformização de jurisprudência do judiciário visto que o processo nas Cortes de Contas há de seguir o mesmo procedimento por simetria obrigatória de imposição constitucional.

2.1 PROCESSO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

O ordenamento nacional é dotado de expressões vagas. Termos como funções sociais do contrato, função social da propriedade, interesses difusos e supremacia do interesse público, acabam por despertar vozes mais dissidentes que confluentes na doutrina e jurisprudência nacional.

Aliado a este cenário, a relutância do legislador derivado em regular disposições constitucionais, como o direito de greve aos servidores públicos, têm conferido certo aplauso social ao que, ordinariamente, concebeu-se como ativismo judicial, ou seja, uma resposta do judiciário às incrementais demandas sociais postas, ainda que com certo relativismo à independência dos três poderes.

O judiciário, portanto, parece aportar-se como última *ratio* dos cidadãos a conferindo-lhes direitos constitucionais carentes de regulação há mais de 30 anos.

Ocorre que este incremento de pronunciamentos jurisprudências, por parte do poder judiciário (e por simetria, dos Tribunais de Contas) dos 27 entes federados, tem-se mostrado, não raras vezes, incompatível entre si.

Este cenário, ainda, agrava-se, exponencialmente, em entendimentos sobre dispositivos de competência legislativa partilhada, como questões atinentes ao meio ambiente, à cultura e ao lazer. Resta evidente que esta multiplicidade interpretativa acaba por subverter os alicerces do próprio Estado Democrático de Direito.

Nestes termos, não restam dúvidas que um mínimo de homogeneidade interpretativa deveria ser imputado às diversas interpretações jurídicas estaduais dissidentes. Não sem outro motivo, o legislador processualista civilista previu, expressamente, no inciso II, do art. 976 do Código de Processo Civil (CPC) ser: cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: (...) II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica –. Portanto, o novo *codex* processualista previu diversas técnicas de julgamento com o intuito de harmonizar a jurisprudência pátria, dentre os quais: os incidentes de demandas repetitivas, assunções de competências e recursos especiais e extraordinários repetitivos.

No caso dos recursos submetidos às Cortes superiores, o dispositivo processual previu que no julgamento da causa, sequer, exija-se sucumbência da parte, em nítida relativização das condições da ação (nos arquetipos de Bülow) e da inércia do judiciário, inescapáveis, assim, as mais acirradas críticas entre dos principais processualistas.

Essa uniformização jurisprudencial, contudo, oculta uma outra instrumentalidade latente: desafogar o poder judiciário, sobretudo, em face de múltiplas causas singulares embasadas em uma mesma interpretação jurisprudencial.

Portanto, o legislador pátrio, diferentemente dos sistemas *opt-in*⁶³ e *opt-out*⁶⁴ previstos para o *common law*, não previu, em um primeiro instante, formas de aglutinação de demandas similares em um único processo coletivo.

Em consequência, no ordenamento nacional, instrumentos processuais como conexão e inafastabilidade de jurisdição acabam por resultar na dispersão, perante o mesmo juízo, de diversas questões que poderiam ser tratadas em um único caso paradigma que lhe fosse submetido à apreciação (caso piloto, nos termos de Fredie Didier).

Em resposta à multiplicidade de ações quase idênticas, o legislador derivado passou a conferir caráter vinculante aos casos paradigmas julgados pelos colegiados, com o intuito de se

⁶³*Opt in*: Modelo Britânico de demandas repetitivas em que um julgado será vinculante a todos os membros de classe, após a expressa adesão singular ao caso coletivo a ser analisado perante o judiciário.

⁶⁴*Opt out*: Modelo norte-americano em que o julgado de um *case* terá eficácia, necessariamente, *erga omnes*, salvo expressa manifestação singular contrária por parte de um dos legitimados, diretamente interessados no caso.

evitarem múltiplos julgamentos discrepantes fundados em uma mesma causa de pedir próxima (embasados no mesmo argumento jurídico).

Ocorre que, se por um viés, os meios de unificação jurisprudencial atendem a um certo desafoamento do poder judiciário, por outro, não deixam de colocar o poder judiciário numa posição de legislador positivo, com nítida relativização reflexa das separações dos poderes e da participação plural de todos os membros da sociedade nas decisões que lhes possam vincular.

A problemática, portanto, ocorre na forma de se compatibilizar os dois institutos dissonantes: de um lado, o desafoamento do poder público, via julgamentos repetitivos (e via reflexa, mesmo na via administrativa) e, de outro lado, a pluralidade democrática de manifestação de pensamento dos cidadãos nas causas que lhes dizem respeito.

Nestes termos, nesta parte da tese, parte-se de uma metodologia dialética com intuito de averiguar as formas que se tem abordado, na academia e nos fóruns de processualistas, esta inevitável incompatibilidade dos institutos mencionados, notadamente, nas formas com que o poder judiciário e os Tribunais de Contas possibilitariam conferir vozes às múltiplas singularidades regionais.

Com este intuito, a ideia central deste capítulo é que a participação do *amicus curiae* nos incidentes e precedentes vinculantes deveria conferir uma arena de debate amplíssima (quer no judiciário, quer nas Cortes de Contas) a que todas as especificidades de causas possam ser, devidamente, sopesadas, sob pena de ofensa ao pacto democrático.

Da mesma forma, verificar-se-á como as reformas processualistas atinentes aos acordos endo e exoprocessuais impoariam um dever do judiciário a se portar de forma mais colaborativa para com as partes, em vista a uma solução que maximize os múltiplos interesses debatidos.

Por fim, se analisará um meio de conferir homogeneidade as mais de 27 jurisprudências dos Tribunais de Contas estaduais.

2.1.1 Uniformização de Jurisprudência: O Diálogo Dialético nos Firmamentos das Teses Jurisprudências Vinculantes

O incidente de demandas repetitivas (IDR) é um instituto previsto no art. 976 e 977 do atual Código de Processo Civil, cujo objetivo é uniformizar a jurisprudência dos Tribunais de Justiça com eficácia *ultra partes* e mesmo *erga omnes*, capaz, assim, de irradiar efeitos vinculantes sobre todos os demais juízos subordinados ao respectivo Tribunal, objetiva-se,

portanto, garantir segurança jurídica às causas similares, nos termos previstos no § 1º, do art. 103-A, da Constituição Federal de 1988.

O pedido de instauração do incidente deve ser dirigido ao presidente do Tribunal de Justiça, a ser proposto pelo: juiz ou relator, de ofício, ou pelas partes, através de petição específica, ou ainda, pelo Ministério Público ou mesmo por meio da Defensoria pública.⁶⁵

A atuação do Ministério Público é ampla, pois, no caso, atua como *custus legis* (fiscal da ordem jurídica). Contudo, a atuação da Defensoria Pública resta condicionada à influência temática da repercussão reflexa sobre os direitos dos incapazes ou hipossuficientes⁶⁶.

Objetiva-se, portanto, impedir o tratamento jurisdicional desigual. O mencionado “incidente objetiva fixar, em discussão colegiada qualificada, com a multilateralização do contraditório, o exame de todos os argumentos jurídicos determinantes para a tese a ser fixada.”⁶⁷

As diversas teses e argumentações devem ser debatidas de forma mais ampla possível, cujo objetivo é refinar um posicionamento que restará vinculante a todos os demais juízos e jurisdicionados. Esta é a razão pela qual a eventual desistência das partes não impede a prolongação do feito, hipótese em que restará ao Ministério Público assumir a ulterior titularidade.

Contudo, como as questões de direito não são totalmente dissociáveis das questões fáticas, a doutrina converge que não caberia ao Tribunal adentrar em discussões superficiais fáticas – *obter dictum* –, mas, tão só, conferir vozes às diversas teses jurídicas que lhe serão apresentadas. Nestes termos, o enunciado n. 305, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, concluiu que: “no julgamento de casos repetitivos, o Tribunal analisará todos os argumentos contrários e favoráveis à tese discutida.”

Há, assim, uma instrumentalidade dialética na análise das teses jurídicas conflitantes a se debater, haja vista, a necessidade de se analisarem os múltiplos argumentos de todos aqueles que possam ser, direta ou indiretamente, afetados pelo caso paradigma (*case*).

⁶⁵OLIVEIRA, V. D. S. O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido n Direito brasileiro pelo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 210, p. 63-80, abr./jun. 2016. p. 68.

⁶⁶MARIONI, L. G.B. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora RT, 2016. p. 81.

⁶⁷DRESCH, R. L.; FREITAS, P. A. S. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a possível solução das crises jurídicas contemporâneas. **Publicações da Biblioteca Digital do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Escola Judicial: Desembargador Edésio Fernandes. [S./], 31 ago. 2017. Disponível em: Biblioteca Digital do TJMG. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 3

Neste incidente, portanto, prejudicial de mérito, não haverá propriamente partes, mas antes, diversas teses jurídicas divergentes debatidas em colegiado, em que uma específica sagrar-se-á vencedora, razão pela qual, a participação, neste processo, ocorre, sobretudo, através do *amicus cure*.

Essa é a razão pela qual Sofia Temer nomeia de líderes (e não de partes) todos os sujeitos, conhecedores das mais amplas questões: a) jurídicas, b) doutrinárias e c) jurisprudenciais, aptas a fornecer ao Tribunal os melhores entendimentos a se alcançar um posicionamento dominante a ser adotado nos casos pendentes e futuros.⁶⁸

O incidente, contudo, ainda, é objeto de inúmeras discussões doutrinárias. Um dos pontos controversos incide na aptidão revisional das decisões tomadas por meio de recurso especial ou extraordinário com objetivo anômalo de que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF) passe a conferir efeitos vinculantes, a nível nacional, após a tese ter sido fixada em um específico Tribunal de Justiça Estadual, mesmo que ausente a sucumbência da parte, o que relativiza, inevitavelmente, a inércia jurisdicional.⁶⁹

Há, também, críticas sobre o uso da técnica como sucedâneo à formulação de súmulas, pois, enquanto a maioria dos autores entende que a súmula nada mais faria do que refletir um resumo das teses jurídicas vencedoras – *ratios decidendis* –, reiteradamente adotadas pela respectiva Corte, há autores, como Sofia Temer, que defendem que “porque [estas] têm apenas a função de servir como sinopse ou descrição das decisões judiciais”⁷⁰ não deveriam ser confundidas nem intercambiadas com aqueles.

Em que pese o posicionamento da autora, não se observam motivos para não se utilizar de precedentes (desde que repetitivos, por exigência de formulação sumular) como fundamento para súmulas, desde que a sentença ou acórdão faça expressa distinção entre o julgado modelo – precedente – e a súmula, bem como em relação a estes e o pedido e as causas de pedir postos. A inadequação entre uns ou outros deve restar clara na decisão, sob pena desta restar reformada pelo juízo *ad quem* por se tratar de sentença desprovida de fundamentação (*cintra petita*).

A arguição ganha maiores relevos, sobretudo, quando se trata de decisões terminativas (como improcedência liminar do pedido) nas quais, sequer, há resposta do réu, em um juízo sumaríssimo de cognição.

⁶⁸TEMER, S. **Incidente de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Juspodium, 2016, p. 135-151.

⁶⁹MARIONI, L. G.B. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora RT, 2016. p 107.

⁷⁰TEMER, S. **Incidente de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Juspodium, 2016. p. 215.

Isto porque um pedido que contradiga um precedente vinculante poderá ser, monocraticamente, indeferido pelo juiz, sem, nem mesmo, haver oitiva do réu, ademais, ainda que haja apelação, poderá, o relator, negar seu andamento à análise plenária. A força vinculativa é, pois, idêntica a súmula que se reflete na improcedência liminar de um pedido que tente subverter o entendimento já pacificado, cabendo ao relator, liminarmente, indeferir o pedido, sem, sequer, escutar o réu.

Resta clara a intenção do legislador em se paralisar múltiplas questões similares já no juízo *ad quo* e cuja inobservância poderá ensejar reclamação perante o Tribunal *ad quem* para a preservação de seus julgados.

Em que pese tanto os precedentes como a jurisprudência repetitiva terem ganhado caráter vinculante, nas recentes reformas do CPC, Bruno Dantas e Tereza Arruda Alvim apontam a necessidade de se diferenciar as técnicas de julgamento: o precedente se consubstancia em um único caso que servirá de modelo e cujo entendimento firmado pelo colegiado deverá ser adotado por todos os juízos *ad quos*, já a jurisprudência importa em várias decisões confluentes em um mesmo entendimento.⁷¹

Desta feita, firmando-se uma tese em torno de uma questão de direito (ou seja, um *ratio decidendi*) em um precedente, este se torna estável e vinculante aos órgãos subordinados e ao próprio órgão prolator, podendo, contudo, posteriormente, a Corte, rever o seu posicionamento, mesmo de ofício, quando este se demonstrar incompatível com os novos valores adotados pela sociedade – *overruling* – ou mesmo, acabar, tacitamente, revogado em face de ulterior manifestação legislativa incompatível.

Por ter consequência jurídicas severas, asserta Marioni que o *ratio decidendi* restaria obtido, somente, quando da obtenção de mais da metade dos votos de um colegiado ou órgão especial,⁷² ademais, havendo mais de uma questão prejudicial, deveria, o plenário, ou seu órgão especial, deliberar sobre cada uma em seções apartadas.

Os efeitos dos incidentes, todavia, tem levantado diversas discussões na academia. Primeiro ponto, é apontado por Luís Gustavo Reis Mundim⁷³ para quem os usos dos precedentes vinculativos por juízes e tribunais com base em critérios “extralegais, dizendo o

⁷¹DANTAS, B.; ALVIM, T. A. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**: de acordo com o CPC de 2015 e a lei 13.256/2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 277.

⁷²MARIONI, L. G.B. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora RT, 2016. p. 105-119.

⁷³MUNDIM, L. G. R. O antagonismo entre a ética dos precedentes e o Estado democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. 20, n. 01, ano. 13, p. 315-340, jan./abr. 2019. p. 335.

que é melhor ou pior para a sociedade [...] gerariam a continuidade do solipsismo judicial ao impedir que as partes também participem da construção das decisões.” Coaduna desta preocupação o Fórum de Processualistas que estipulou que, nos incidentes, deve haver a apreciação de todas as teses que são ou possam ser arguidas em juízo (enunciado 305).

Outra questão que divide a academia se refere à instrumentalidade destas técnicas de julgamento perante os Tribunais Especiais.

O tema é abordado por Dresch e Fretas. Segundo os autores “questão controversa diz respeito à admissibilidade e à competência para instauração de IDRs, quando [...] tramitar na esfera do Juizado Especial.”⁷⁴

A divergência advém da inadmissibilidade de apreciação do STJ (Superior Tribunal de Justiça) das decisões firmadas por colegiados de juizados especiais – turmas recursais – (súmula 203 do STJ).

Ocorre que, enquanto o STF (Supremo Tribunal Federal), possui um filtro na apreciação das causas que lhe serão submetidas, haja vista que questões sem repercussão geral não serão admitidas, por decisão irrecorrível do relator, o STJ não possui a mesma prerrogativa, em vista ao mandamento constitucional de uniformização de entendimentos jurisprudenciais nacionais. A súmula, assim, há de ser interpretada como uma instrumentalidade de se evitarem multiplicações de discussões no já congestionado STJ que não tem filtro como o STF.

Portanto, aqueles que afirmam não haver aplicabilidade de IRDR nas Turmas Especiais baseiam-se no fato de não se prever, para todo incidente, a ulterior possibilidade de recurso especial e extraordinário com objetivo de se conferir eficácia vinculativa a um entendimento, até então, pacificado a nível estadual, cuja inadmissão recursal ao STJ, já sumulada, para o caso dos juizados, apartaria esse subsistema das técnicas de julgamento de IDRs.

A maioria dos autores, porém, concluem que em que pese vozes dissonantes, o poder judiciário seria uno e indiviso, regido por um sistema hierarquizado, o que, por si, imporia a sujeição do microssistema de juizados especiais dentro das jurisdições dos IRDRs, sobretudo, aqueles firmados nos tribunais superiores.

Esse último entendimento restou positivado, também, nos enunciados nº 468 e 471, dos Fóruns de Processualistas: o “incidente de assunção de competência aplica-se em qualquer

⁷⁴DRESCH, R. L.; FREITAS, P. A. S. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a possível solução das crises jurídicas contemporâneas. **Publicações da Biblioteca Digital do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Escola Judicial: Desembargador Edésio Fernandes. [S.l.], 31 ago. 2017. Disponível em: Biblioteca Digital do TJMG . Acesso em: 20 jan. 2021. p. 9

Tribunal” e “aplica-se no âmbito dos juizados especiais a suspensão prevista no art. 982, §3º”, devendo, o Ministério Público, obrigatoriamente, ser ouvido no feito.”

Da mesma forma, prenuncia o enunciado nº 467 em que, no firmamento da tese, haja a maior e mais ampla deliberação, ademais, sequer ocorreria prescrição intercorrente, exatamente, pela dúvida da questão posta dentro do próprio poder judiciário, que, portanto, não poderia prejudicar terceiros de boa-fé (enunciado nº452) até que, por fim, a decisão final sobre qual tese jurídica reste pacificada.

Adicionalmente, o sistema de precedentes vinculantes resta de observância obrigatória até mesmo a nível estadual, em face dos pronunciamentos exarados no próprio Tribunal Estadual sobre os juízos *ad quo* subordinados, (enunciado nº 454 c/c nº 456) devendo-se, portanto, conferir maior margem de diálogo às partes para o “amadurecimento da tese, como a realização de audiência públicas prévias e participação do *amicus curiae* (enunciado nº 460)”.

Acontece que o legislador não conferiu efeitos vinculativos, tão somente, ao incidente de demandas repetitivas, mas o fez, também, nos incidentes de assunção de competências, os quais ocorrem quando o relator acaba por subtrair a competência do juízo *ad quo*, antevendo um possível conflito de teses entre os órgãos fracionários do Tribunal, conforme expõe Georges Abboud e Ricardo Yamin Fernandes.⁷⁵

Quanto ao tema, o pronunciamento do Fórum Permanente de Processualista n. 201 já se manifestou que: “aplicam-se o incidente de assunção de competências as regras previstas nos art. 983 e 984.”

O fórum (enunciado nº 334), também, convergiu com o entendimento doutrinário majoritário, até então, posto, no que tange à preferência de ordem dos IRDRs em relação à assunção de competência, sendo cabível este, somente, quando não houver demandar repetitivas já instauradas, enfim: há uma preferência de ordem nos incidentes que preferirá o julgamento de causas repetitivas já implantadas (demandas repetitivas) às discussões meramente hipotéticas ou futuras (assunções de competências).

Além do IRDR e de assunção de competências previstos para os Tribunais Regionais, o próprio ordenamento previu a existência de Recurso Especiais e Extraordinários repetitivos perante os Tribunais superiores, como meio de se unificar a jurisprudência a nível nacional.

⁷⁵ABBOUD, G.; FERNANDES, R. Y. Requisitos legais para a instauração do incidente de assunção de competência. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 43, n. 279, p. 339-356, mai. 2018. p-354-356.

O tema foi objeto de estudo de Nicolas Mendonça Coelho Araújo e Hélio Silvio Ourém⁷⁶ Campos, para os quais, em que pese os Tribunais de Justiça deverem enviar ao menos dois processos antagônicos com fundamentos díspares ao firmamento definitivo do STJ, este não se encontra vinculado ao envio, podendo ordenar que outros sejam-lhe remetidos, bem como requisitar aos demais Tribunais Estaduais e Federais processos com teses dissonantes para a melhor compreensão da tese jurídica que irá prevalecer. A mesma lógica aplica-se ao STF.

Ademais, no Recurso Especial nº 1.120.295-SP, “consta do relatório que: o prazo para oferecimento de contrarrazões decorrerá *in albis*, tendo sido inadmitido o recurso especial na origem”⁷⁷ ou seja, à revelia de uma das partes, impondo-se a impossibilidade de se firmar uma tese vinculante, exatamente porque todos os argumentos contrários e favoráveis de todos os interessados deveriam ser amplamente debatidos. Logo, sem a totalidade das partes no debate, por ausência de uma parte “*in albis*”, o IRDR encontrar-se-ia prejudicado. Mas isso não quer dizer que a tese deva ser rejeitada, o que se exige é que outro processo semelhante seja selecionado com a plenitude das partes a se poder debater em amplitude qual tese sagrar-se-á vencedora.

Observa-se que não foram insignificantes as reformas processuais. A questão se mostra complexa da perspectiva social multicultural, porque, no caso do precedente, um único julgado passará a vincular toda a sociedade, o que impõe um ônus de que o poder judiciário confira vozes a todos aqueles que, direta ou indiretamente, acabem afetados na decisão.

Os incidentes foram, contudo, a resposta do legislador face à multiplicidade de causas submetidos ao julgamento com base em uma mesma discussão ou interpretação jurídica, isto porque o ordenamento pátrio não privilegiou a aglutinação de demandas comuns em um único processo.

Nestes termos, expõem Kazuo Watanabe⁷⁸ e Amanda de Araújo Guimarães⁷⁹ que o ordenamento pátrio preferiu privilegiar demandas atomísticas ao agrupamento de demandas em um único processo – demandas moleculares – cujo resultado não poderia ser outro que não o congestionamento do poder judiciário para questões que compartilham de um mesmo pedido e

⁷⁶ARAÚJO, N. M. C.D.; CAMPOS, H. S. O. Recurso Especial repetitivo: paradigma e segurança jurídica., **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 57-66, mai./ago. 2012. p. 63.

⁷⁷ARAÚJO, N. M. C.D.; CAMPOS, H. S. O. Recurso Especial repetitivo: paradigma e segurança jurídica., **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 57-66, mai./ago. 2012. p. 63.

⁷⁸WATANABE, K. Do processo individual de defesa do consumidor. In GRINOVER, A. P.; CASTRO MENDES, A. G. D.; WATANABE, K. (Coord.) **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 80-83.

⁷⁹GUIMARÃES, A. D. A. Ação coletiva como meio de molecularização de demandas Repetitivas, **Revista de Direito GV**, São Paulo v. 14, n. 02, p. 418-449, mai./ago. 2018, p. 419-420.

causa de pedir, como às atinentes a reposição inflacionária dos planos Collor I e II ou a não sujeição dos bancos a cumulatividade tributária da PIS / COFIS ou seja: vários titulares de um mesmo direito pleiteando questões uníssonas.

Não é esta, contudo, a regra do *Common Law*, neste modelo, aponta, Gagno e Simões, o ordenamento americano preveria 02 grandes grupos de *class actions*. O primeiro, constituído pela *Rule 23 (b) (2) e Rule 23 (b) (1) (A)*, seria utilizado para as hipóteses em que se pretendesse conferir medidas “injunctivas ou declaratórias com o fim de reformas institucionais nas polícias sociais [...] [já o segundo], o pedido difuso de indenizações”⁸⁰. Haveria entre as duas *Rules* muitas similaridades, o que importaria que, no mundo fático, as demandas poderiam recair em uma ou outra previsão.

De toda sorte, o sistema britânico prevê que para que a questão incidental tenha eficácia a todos os membros de uma classe, haver-se-á de demandar expressa adesão de todos os interessados ao caso coletivo a ser analisado (modelo *opt in*), já o americano, pressuporia, tacitamente, que um julgado coletivo irradiasse efeitos automáticos a todos os membros da classe, salvo expressa manifestação em contrário (modelo *opt – out*).

Em consequência do efeito vinculativo a toda uma classe, no *Common Law*, historicamente, tem-se conferido especial atenção à devida representação do direito coletivo em discussão. O tema foi objeto de estudo de Flávia Helleister Clito Fornaciari, que aponta a que a ausência de devida representação como sucedâneo à modulação dos efeitos do acórdão poderá resultar que o *case* não englobará toda uma classe, mas, somente, parte desta.⁸¹

A autora, a título de exemplo, traz o caso *Johnson v. Uncle Ben’s Inc* (628 F.2d 419) no qual aponta-se uma possível segregação racial por parte de uma empresa americana face às pessoas negras e hispânicas. O poder judiciário americano, contudo, considerou que, em que pese ter havido a defesa das duas classes, os hispânicos – mexicanos – não teriam sido devidamente representados, o que impôs a restrição da eficácia vinculativa do *case* a, apenas, uma das classes litigantes.

Paralelamente, o sistema germânico-austríaco previu uma forma alternativa para as tutelas coletivas, naquele sistema, o início da ação pressupõe o interesse da classe

⁸⁰GAGNO, L. P.; SIMÕES, T. F. V. A importância das *class actions* para a evolução do processo coletivo brasileiro. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 117-136, 2018. p. 128.

⁸¹FORNACIARI, F. H. C. **A Representação adequada no incidente de Resolução de demandas repetitivas**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Direito de São Paulo. São Paulo, p. 189. 2010.p. 48-57.

(*Verbandsklagen*⁸²), ou seja, o modelo é de ação de iniciativa privativa da associação de pessoas.

Assim, aponta Barbosa Moreira que o *codex* germânico (Z.P.O⁸³) preveria um litisconsórcio tacitamente representado pela associação de pessoas, nos termos do art. 62 do *Notwendige Streitgenossenschaft*.⁸⁴

Não foi, contudo, a opção do legislador nacional que, em vista à inafastabilidade de jurisdição, constitucionalmente prevista, favoreceu uma dispersão de causas, em um único juízo, fundadas em uma mesma relação jurídica e que foçou o legislador derivado a estipular formas com que um único julgado passasse a ter eficácia vinculativa para as demais questões similares que, portanto, restariam sobrestadas até a pacificação da tese no juízo *ad quem*.

Como se demonstrou, no julgamento do incidente não haverá, propriamente, partes, mas sim, interessados, que devem levantar todas as possíveis teses jurídicas que serão objetos de deliberação, o que, portanto, não impede que haja mudanças nos polos de defesa das teses em discussão.

A tendência de mudança de polos na lide, ademais, já seria um dos fenômenos observados por Antônio do Passo Cabral, a qual tenderia a ganhar, ainda mais, significância nos julgamentos dos incidentes, tornando fluida e dinâmica a relação tradicional: autor, réu, juiz que, portanto, não se compatibiliza com o dinamismo social.⁸⁵

Essa flexibilização das relações processuais, contudo, não é um fenômeno unicamente nacional, mas também, observado nos estudos Franco-Germânicos, em vista aos princípios sociais democráticos que impõem uma participação ampla no debate social nas decisões vinculativas.⁸⁶

Os estudos internacionais, ademais, demonstram uma inevitável deficiência nos preceitos legais, tanto no *Common Law*, quanto no *Civil Law* que seriam, por si sós, incapazes de atender à multiplicidade de singularidades de causas que poderiam ser demandadas em juízo, advindas, sobretudo, da pluralidade cultural.⁸⁷

⁸² *Verbandsklagen*: Ações coletivas de iniciativa exclusiva das associações.

⁸³Z.P.O: *Zivilprozessordnung*: Código de Processo Civil Alemão.

⁸⁴MOREIRA, J. C. B. **Litisconsórcio unitário**. São Paulo: Forense, 1972. p. 77-78.

⁸⁵CABRAL, A. D. P. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração dos polos da demanda. **Revista da SJRJ**. [S.l], n, 26, p. 19-55, 2009. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrrj/arquivo/25-76-1-pb.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2020.p. 43.

⁸⁶MARSCH, N.; VILAIN, Y.; WENDEL, M. **Französisches und Deutsches Verfassungsrecht**. Deutsch, Berlin: Springer-Lehrbuch, 2014. p. 140.

⁸⁷SCHMIEGELOW, M.; SCHMIEGELOW, H. **Institutional Competition between common law and civil law: theory and policy**. Londres: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014. p. 43.

Da mesma forma, os estudos comparados sobre processo civil entre *Common Law* e *Civil Law*, há muito, têm observado a deficiência de ambos na proteção plena das tutelas coletivas.⁸⁸

A esta mesma conclusão, ainda, chega, Saunier e Lebel, em análise aos estudos das principais decisões da Suprema Corte Canadense.⁸⁹

Resta, assim, averiguar de que formas seria possível conferir uma amplitude cognitiva do juízo *ad quem*, em vista a multiplicidade cultural inerente a todos os processos coletivos que acabarão influenciando toda uma classe de pessoas com interesses díspares.

2.1.2 Negócios Processuais Típicos e Atípicos e a Confluência do Diálogo Cognitivo na Formação de Precedentes

Conforme se expôs, o legislador flexionou a estática e tradicional posição das partes nos processos de julgamento de incidentes, que passaram a demandar a participação mais ampla, via *amicus curiae*, de toda a sociedade nas causas que lhe interessem, em relativização dos ideais processuais de Bülow e Chiovenda. Esta flexibilização é vista, também, em outros dispositivos espaços como na possibilidade de acordos processuais (art. 190 e 200 do CPC).

Assim, aponta Guilherme Henrique Faria que um campo bastante favorável à “negociação processual é do direito probatório. Várias maneiras de disposição de direitos relacionados à prova são lembradas pela doutrina, que avalia como ampla a autonomia privada [...] visto ausente questões de ordem pública.”⁹⁰

Paulo Henrique Nogueira, da mesma forma, observa que o ordenamento previu diversos mecanismos de acordos processuais, entre os quais: a) liberdade de negociação, liberdade de criação, c) liberdade de estipulação e d) liberdade de vinculação.⁹¹

Há, até mesmo, autores que defendem a possibilidade de as partes transigirem para a estipulação de foro único, com renúncia expressa ao direito de recorrer, o que, contudo, tem sido refutado pela maioria da doutrina, em vista a uma possível inconstitucionalidade face à

⁸⁸BUCKLAND, W. W.; MCNAIR, A.D. **Roman Law and Common Law**: A comparison in outline: Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008. p. 400.

⁸⁹LEBEL, L.; SAUNIER, P.L. L’interaction du droit civil et de la Common law à la Cour suprême du Canada. **Revue : le recherche du droit**, Laval, Québec, v. 47, n. 02 p. 181-238, 2006. p. 181-183.

⁹⁰FARIA, G. H. L. **Negócios Processuais no modelo Constitucional** de Processo. 2. ed. Juspodium, Salvador, 2016. p. 91.

⁹¹NOGUEIRA, P. H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 134.

cláusula pétrea implícita do duplo grau de jurisdição que somente admitira exceções previstas pelo próprio constituinte.

Apesar das críticas, o dinamismo social tem imposto uma relativização dos modelos tradicionais de processo, exigindo-se uma postura menos julgadora e mais colaborativa do juízo. Nestes termos, a problemática incide nas formas de se promover uma ampla base participativa social, sobretudo nos firmamentos de teses jurídicas vinculantes, tema que, há muito, tem preocupado os estudiosos das *class actions*⁹² do *common law* como se expôs.

Assim, o papel do direito deveria refletir “os dissensos na sociedade pluralista [sendo] elemento integrador social.”⁹³

Em decorrência, uma vez que o legislador conferiu a jurisprudência dos precedentes a mesma força impositiva prevista para os normativos, resta evidente, de uma análise ontológica dos dispositivos tratados, que todos os membros da sociedade, direta ou reflexamente, sujeitos as decisões devem ser chamados a apresentar suas teses, sob pena de não se reconhecer a eficácia *ultra partes* ao julgado do caso modelo pelo juízo *ad quem*.

Esse chamamento há de ser feito pela categoria que representa a classe do direito em litígio (vide modelo alemão), assim, por exemplo, em um firmamento de tese que afete os contadores, haverá um ônus do Conselho de Contabilidade em comunicar a questão debatida a seus membros com intuito de que estes apresentem possíveis contribuições jurídicas ao tema, sob pena de haver de se limitar a abrangência dos efeitos dos julgados nos arquétipos já previstos para o *Common Law*, conforme expôs Fornaciari.

O presente estudo apresentou os principais posicionamentos e questionamentos atinentes aos precedentes que passaram a ter caráter vinculante no ordenamento nacional, sobretudo, após a última reforma do CPC.

Assim, demonstrou-se que a preocupação com a devida representação em juízo nas causas vinculantes, há muito, tem sido objeto de debate no *Common Law* e cuja inobservância tem levado a anulação dos julgados ou mesmo a limitação dos efeitos do caso coletivo a apenas uma porção da classe, então, devidamente representada.

Essa mesma interpretação, assim, deveria ser transposta para o ordenamento nacional, conforme já se expôs no fórum permanente de processualistas, uma vez que nos firmamentos da tese jurídica devem preceder um amplo debate social. Logo, não é apenas o passar *in albis*

⁹² *Class actions*: ações coletivas.

⁹³ PEREIRA, C. A. M. P.; ROSÁRIO, J. O. R.; GÓES, R. T. A filosofia do direito em Jürgen Habermas a partir da ação comunicativa. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v.11, n. 02, p. 111-128, 2017. p. 120-128.

de uma das partes que há de prejudicar o IRDR, mas sempre, e quando, o debate plural das teses em sua plenitude não puder ser travado.

Demostrou-se, também, que a devida representação de todos os membros da classe nos precedentes vinculantes seria condição indispensável à eficácia social destes julgados, impondo-se um ônus às entidades de classes e associações em comunicar eventuais litígios que envolvessem seus associados, proporcionando-lhes meios a contribuir para com a tese a ser analisada.

2.2 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Resta clara a intenção do legislador com a criação do incidente de uniformização de jurisprudência: fixar, no órgão máximo, um caso que vincule os demais e que evite demandas desnecessárias, podendo, os relatores, monocraticamente, dos juízos *ad quo* indeferirem seguimento de pedidos recursais por ofensa direta à súmula ou ao precedente.

Não sem razão, os recursos extraordinários e especiais anômalos tem a intenção de evitar divergência entre Tribunais de Justiça estaduais, podendo, o ministro, ainda, assumir a competência e determinar a paralização de todos os demais processos que tramitem até o firmamento da tese. Essa ideia é dispare do que se observa nos TCEs estaduais com múltiplos incidentes de uniformização ao que, nos termos de Kazuo Watanabe, poder-se-ia denominar de atomização de demandas de Contas, agora com a carga de atomização de incidentes de uniformização contábil-financeira.

Esse também não é o modelo visto na Europa, quer via recurso ao Tribunal Europeu (que firma precedentes vinculantes), quer via proposta de normativo ao Comitê ou a comissão, quer via normativos internos do Tribunal de Contas Europeu, órgão de formação colegiada, paritária.

O ponto central é que o incidente evite múltiplas demandas, logo incumbe ao órgão de cúpula fixar uma tese vinculativa aos demais juízos *ad quo*. Por estes termos, a fixação da Súmula 222 pelo TCU, também, não obedece ao caráter plural democrático do CPC nem espelha a tese central do fórum de processualistas, posto ser firmado unilateralmente e, como se demonstrou, a ideia central dos precedentes é que haja diversos *amicus curiaes* debatendo teorias em que uma sagrar-se-á vencedora com a participação plural de todas as Cortes de Contas.

É este o funcionamento do Tribunal e Parlamento Europeu e é esta a lógica do legislador nacional.

A par da súmula, a proposta de emenda constitucional n 188/2019, denominada PEC do Pacto Federativo, previa acrescentar, ao artigo 71 da Constituição Federal, o inciso XII e os parágrafos 5º e 6º à Constituição, de modo a outorgar ao Tribunal de Contas da União a competência para consolidar a interpretação das normas gerais de finanças públicas tratadas nos artigos 163, 165, § 9º, e 169, da Constituição Federal, por meio de Orientações Normativas com efeito vinculante em relação aos demais Tribunais de Contas, cabendo reclamação ao TCU em caso de descumprimento.

Trata-se de nova reafirmação da súmula 222 com fixação de jurisprudência de modo unilateral pelo TCU. Essa PEC não prosperou por ofensa ao pacto federativo.

De forma diferente, a PEC 22/2017 propõe a criação de um conselho de Contas, pode ser a oportunidade de emergir um fórum paritário com todos os entes federados debatendo diversas teorias jurídicas em que uma sagrar-se-á vencedora (a mais plausível) em simetria mais convergente com as ideias do CPC, a doutrina exposta e ao modelo europeu.

Enfim, é preciso que a jurisprudência seja uniformizada em debate paritário por todos os Tribunais de Contas com fixação de tese única por um único órgão, é essa a intenção, por exemplo, na assunção de competência e nos recursos especiais e extraordinários anômalos, fixar a tese em um órgão de cúpula, não a criação de múltiplos incidentes dispersos por cada ente federado para poder-se evitar a dissonância entre órgãos fracionários de Contas (câmaras e turmas de cada TCE).

Enfim: a uniformização intra TCEs (de consolidação plenária de julgamentos dissonantes de câmaras de julgamento) é necessária, mas ainda insuficiente, é preciso um firmamento de tese inter TCEs, por um órgão de cúpula, via delegação consensual dos 27 membros (convênios) ou por meio de emenda constitucional com criação de um conselho de Contas que fará às vias dos recursos aos tribunais superiores anômalos, em IRDR, firmando uma tese aplicável a todos os TCEs e evitando-se, por fim, a multiplicidade normativa interpretativa dissonante entre tribunais de Contas estaduais.

De toda sorte, em simetria ao disposto no CPC, as decisões do TCEs vinculam administrativamente todos os jurisdicionados quando:

a) emanados de súmulas; ou

b) advindos de incidentes de assunção de competência ou demandas repetitivas, com efeitos sobre toda a administração *ad quo*.

As demais decisões são vinculativas, mas limitadas ao caso concreto, sem força abstrativa (generalização).

Resta, contudo, a observação da necessidade de criação de mecanismos que promovam a molecularização (nos dizeres de Watanabe) dos incidentes atualmente espaços de cada TCE, seja por meio de um conselho de Contas paritário, seja por meio de convênio intra entes federados.

Enfim: o modelo atual não é equivocado, mas é incompleto. O CPC determina que intra Tribunais, estes uniformizem seus julgados de seus órgãos fracionários (o que vem sido adotado), mas o mandamento do CPC vai além, determina que um órgão de cúpula uniformize os entendimentos entre os Tribunais de Contas, por simetria obrigatória, o que, até então, não se tem procedido e essa uniformização deve ser paritária com a presença de todos os TCEs que devem enviar casos pilotos à apreciação colegiada deste órgão de cúpula a ser criado, quer por meio de um conselho de Contas, quer por meio de convênio de todos os Tribunais, expressamente, lhe aderindo.

Ademais, há em tramitação perante a Assembleia legislativa de Mato Grosso o primeiro esboço de um código de processo de Contas, de autoria de Fredie Didier, em que no seu artigo 32 expressamente prevê-se a participação do *amicus curiae*, além desse, há todo um capítulo, do art. 48 ao 49, em que se prevê o uso de IRDR, notadamente, afirmando-se que o Tribunal analisará a causa piloto que valerá a todos os demais casos, o que corrobora boa parte dos apontamentos já citados neste capítulo e se coaduna com a tese aqui defendida, ainda que o código seja aplicado, apenas, ao estado de Mato Grosso.

Conhecendo-se as decisões vinculativas – *erga omnes* administrativamente – resta analisar o direito tutelado pelas Cortes de Contas, os direitos transindividuais tema das tutelas coletivas e *class actions*, objeto do próximo capítulo.

3. AÇÕES COLETIVAS

A tutela de direitos coletivos é um macro sistema que envolve as ações coletivas e os incidentes repetitivos. Este último foi objeto de análise do capítulo anterior. Há autores que inserem também as ações constitucionais (ADI, ADPF, ADCON) por envolverem toda a sociedade, mas a abstração de uma ADI é a mesma da lei que a criou, por isso é um entendimento divergente nos autores.

Ocorre que os incidentes de demandas repetitivas nem sempre englobam direitos difusos, mas singulares, isto porque os IRDRs analisam *cases* que podem tratar ou não de direitos difusos.

Tratará de direitos difusos ou individuais homogêneos quando a demanda for de um grupo, como ocorre no julgamento de um caso piloto que envolva um grupo de pessoas. É o que ocorre quando o objeto do IRDR tratar de um sindicato representante de toda uma categoria cujo entendimento do órgão de cúpula (*leading case*) será aplicado obrigatoriamente por todos os demais órgãos *ad quos*.

Mas pode ocorrer que o *leading case* trate de direitos singulares, neste, caso outra pessoa, singularmente, venha pleitear o mesmo direito perante o poder judiciário ser-lhe-á aplicado o entendimento já pacificado no caso predecessor.

Diferentemente deste são as tutelas coletivas, essas são eminentemente plurais, tratam de direitos de um grupo ou de toda uma sociedade (transindividuais).

As tutelas coletivas nascem no *common law* dentro das relações processuais civis inglesas e americanas (*rule 38 e rule 23*) e passaram a ser objeto de aplicação dentro do próprio direito europeu, contudo, com algumas peculiaridades que se apresentará: o modelo americano adota o modelo *opt-out*, já o modelo europeu adota, preponderantemente, o modelo *opt-in*, ademais, o modelo europeu é centrado em ações injuntivas, já o modelo americano prevê tanto ações injuntivas (mandamentais) quanto indenizatórias.

Ocorre que o ordenamento pátrio encorpou parte do modelo americano, parte do modelo europeu, mas manteve singularidades que não de serem apresentadas para que se evitem disfunções conceituais.

Neste ponto, o leitor poderia se indagar sobre qual seria a utilidade de um capítulo sobre ações coletivas neste trabalho. É que a tutela dos Tribunais de Contas é inevitavelmente coletiva: analisa questões como previdência, saúde, meio ambiente, eminentemente transindividuais.

O problema é que, como se demonstrará, o ordenamento nacional de tutelas coletivas é insuficiente a tutelar os processos de Contas. A título de exemplo, os julgados das ações coletivas são *eventus litis*, ou seja, apenas fazem coisa julgada para os indivíduos do grupo que pleiteiam o direito, caso a ação seja julgada procedente, jamais, a coisa julgada prejudicará o grupo em improcedência do pedido, isto não ocorre nos TCEs, cujos acórdãos, ainda que tratando de direitos difusos, serão sempre *pro* e *contra*, ou seja, fazem coisa julgada quer a ação seja julgada procedente quer não seja (ações bivalentes).

Isto ocorre porque se o Tribunal de Contas entender que não houve superfaturamento em determinada obra ou que os recursos teriam sido bem empregados na saúde, não caberá revisão deste perante o judiciário, como se expôs, porque o processo de conhecimento se exaure dentro da própria Corte de Contas que constitui um título que será objeto de execução.

Não é possível, então, esgotadas as dilações probatórias, nova ação civil pública pleitear que os recursos na saúde não teriam sido bem empregados, quando o Tribunal de Contas já analisou a questão. Essa regra contempla, contudo, a excepcionalidade de haver provas novas ou fatos ignorados pelo TCE.

Enfim: se os argumentos e as provas já foram analisados pelo TCE, não caberá nova ação (ação popular, ação civil pública, ação de improbidade, etc.) para debater tema já pacificado pelo TCE, assim, se o TCE eximiu um gestor público da aplicação dos recursos, não cabe ação revisional no judiciário, salvo provas e fatos novos não analisados, sendo as mesmas provas e os mesmos fatos, a discussão encerra-se na coisa julgada, insuscetível de reapreciação colegiada ainda que perante o judiciário, mesmo que o judiciário seja colegitimado em ações transindividuais (posição majoritária), isto porque já haverá um processo com objeto idêntico em execução ou com improcedência do pedido julgado pelo TCE que compõe o título executivo.

Essa introdução preliminar teve o intuito de deixar o leitor a par da imprescindibilidade de se estudarem a fundo as tutelas coletivas para que se possa averiguar as similitudes e diferenças entre estas e os julgados de Contas.

3.1 AÇÕES COLETIVAS AMERICANAS

As ações coletivas no direito americano tratam de discussões que no direito nacional poderia ser chamado de litisconsórcio multitudinário, ou seja, debates em que as partes são muito numerosas e a Corte percebe que seria quase impossível trazê-las perante o Tribunal. O

tema, apontam Alísio Mendes e Carolina Passes de Castro Mendes,⁹⁴ inicia-se com o caso *West v. Randall*, em 1820 oportunidade em que o réu (*trustee*) estaria arruinando o patrimônio de seus clientes. Haveria, no caso, um direito não de um, mas de um grupo de pessoas ligadas por uma relação fática equivalente ao que ocorre quando uma empresa lesa indiscriminadamente seu patrimônio em detrimento dos acionistas

No caso, um morador de Massachussetts ajuizara uma ação alegando que o réu estaria arruinando o patrimônio coletivo.

Como é impraticável a citação de todos os acionistas de uma empresa de sociedade aberta, os americanos elaboraram um modo de permitir que uma pessoa do grupo pudesse representar toda a categoria, logo pleitearia não apenas direito seu, mas de todos, uma legitimidade extraordinária e mutuamente ordinária.

Apontam Aluísio Mendes e Carolina Paes de Castro que, em 1842, a Suprema Corte norte americana editou um conjunto de regras de equidade dentre as quais a *Equity Rule 48* a qual passou a ser considerada a primeira norma escrita relacionada com as *class actions* que estipulava que: no caso em que quaisquer das partes se encontrasse muito numeroso ou nos casos em que a manifestação de todos acabasse por causar atrasos injustificados na demanda, a Corte poderia dispensar o chamamento de todos e o processo seguiria com representantes suficientes, desde que tanto o interesse dos autores quanto dos réus da classe estivessem devidamente representados, inclusive quanto aos ausentes. A coisa julgada, contudo, se limitava aos representados em juízo.

Nestes termos, em 1912 a Suprema Corte reformulou a *Equity Rule* para dispensar a parte final da exigência de que todos os ausentes estivessem devidamente representados, assim, os julgados faziam coisa julgada desde que tivesse havidos esforços suficientes para que os líderes dos membros da classe tivessem dado ciência da tramitação de um processo de interesse de todos os membros da classe que representavam em juízo⁹⁵.

Na sequência, em 1983, surge, nos Estados Unidos, o primeiro Código de Processo Civil no âmbito do governo Federal, por meio de uma legislação delegada à Suprema Corte incumbida de elaborá-lo.

⁹⁴MENDES, A. G.D. C.; MENDES, C.P.D.C. As class actions e as últimas mudanças na regra 23 do estatuto processual federal norte americano, **Revista eletrônica de Direito Processual** – REDP -, Rio de Janeiro, vol. 22, ano 15, n. 01, p 781-824, jan. abr. 2021. p. 781 e ss.

⁹⁵MENDES, A. G.D. C.; MENDES, C.P.D.C. As class actions e as últimas mudanças na regra 23 do estatuto processual federal norte americano, **Revista eletrônica de Direito Processual** – REDP -, Rio de Janeiro, vol. 22, ano 15, n. 01, p 781-824, jan. abr. 2021. p. 781 e ss.

Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure* encontrava-se a regra de n.º 38 destinada a regular as chamadas *class actions* que passaria a dispor não apenas dos casos de equidade, mas de todas as ações de grupo (*Equity and Legal Rights*).

Nestes termos, em 1912 a Suprema Corte reformulou as *Equity Rule*, assim, a antiga regra 48 foi revogada pela *Rule 38* que supriu a parte final adicionando os efeitos vinculativos em relação aos membros da classe ainda que não estivessem presentes como parte no processo.

Nestes termos, a *Rule 23* previa três categorias de ações de grupo: as verdadeiras (*true*), b) as híbridas (*hybrid*) e c) as espúrias (*spurious*), nos termos classificatórios do professor J. W. Moore.

Na verdade, essa classificação advinha da escala de divisibilidade do objeto, ou seja, o grau de afinidade entre autor e o direito pleiteado. Nas autênticas, haveria identidade absoluta (*unity of interest*) entre o direito pleiteado pelo autor e seus demais, é o caso do acionista lesado que pede indenização em seu próprio nome e de todos os demais faces à dilapidação patrimonial da empresa em liquidação judicial.

Já nas ações híbridas, os membros de uma classe compartilhariam um interesse em relação a um bem jurídico que estaria sendo objeto da ação, mas o direito não seria único nem comum a todos, assim, haveria uma pluralidade de direitos que incidiriam sobre um mesmo objeto.

Por fim, as *spurious class actions* conteriam uma pluralidade de interesses decorrentes de uma questão comum de fato ou de direito a indicar como apropriada a agregação dos direitos individuais para a utilização de um remédio processual comum. Logo, na versão original da Regra 23, nas ações coletivas autênticas e híbridas, os membros das classes envolvidas estariam, inevitavelmente, sob efeito do julgado.

Nas espúrias, todavia, não haveria a vinculação de toda a classe, mas, apenas, dos membros que tivessem participado do processo o que a transformava em um litisconsórcio liberal.

Contudo, a grande dificuldade em efetuar a distinção entre as categorias de ações de classe, aliada a falta de vinculação temática-representativa nas *spurious class actions* conhecida como *way intervention*, e a ausência de exigências relacionadas com a aferição da predominância de questões supraindividuais sobre as peculiares como a demonstração da vantagem do processamento coletivo sobre o individual passaram a ser os maiores problemas dos tribunais na aplicação do *Rule 23* com a redação de 1938.

Nestes termos, em face ao descontentamento, a Suprema Corte norte-americana alterou substancialmente, em 1966, a redação da regra 23, procurando estabelecer uma abordagem prática e funcional para as demandas coletivas.

Logo, a alteração procurou conferir foco na representação adequada como pressuposto da ação coletiva cujo julgamento acabaria por influenciar toda uma classe de postulantes, quer o resultado fosse favorável, quer contrário aos membros da classe (julgados *pro* e *contra*).

Atualmente os requisitos das *class actions* estão nas regras 23 (a).

O primeiro requisito é que haja uma classe identificável, ou seja, esta deve ser clara e precisa a que se possa permitir ao julgador observar o grupo de indivíduos afetados. Ademais, exige-se que a classe seja tão numerosa que a reunião de todos os membros seja impraticável (*the class is so numerous that joinder of all members is impracticable*).

Ademais, exige-se a *typically*, ou seja, a parte a postular em juízo há de pertencer a classe, logo, há uma presunção de que o membro da classe que possuir interesse pessoal e direito na lide estaria apto a empreender os melhores esforços para atingir os objetivos do grupo.

Acertam Aluísio Mendes e Carolina Mendes que, diferente do modelo brasileiro, em que as entidades de classe (institucionalmente incumbidas dos direitos de seus membros) são as maiores litigantes, no modelo norte americano as entidades (*unincorporated associations*): como grupos de defesas dos direitos civis, as instituições religiosas, as organizações não lucrativas para proteção de interesses públicos, sindicatos, etc. não possuiriam personalidade jurídica e nem judiciária, sendo-lhes vedada, conseqüentemente, a capacidade para ser parte nos processos judiciais, mas no âmbito das Cortes estaduais, desde longa data, algumas legislações, excepcionalmente, tem-lhes conferido legitimidade extraordinária.

Atualmente, essa regra vem sendo flexibilizada, admitindo-se pessoas jurídicas plurais no polo ativo e passivo (tanto nas *active class actions* quanto nas *passiv ones*).

Embora haja previsão legal, as chamadas *passiv class actions* são raras nos Estados Unidos, mas diferentemente destas, nas ações coletivas ativas é bem comum um conjunto de corporações pleitearem um dano contra um adversário comum. Esse entendimento, apontam Aluisio Mendes e Carolina Paes de Castro, pendurou até 1922, oportunidade em que a Suprema Corte, no caso *Works of América v Coronado Coal Company* considerou que as *unincorporated associations* seriam plenamente capazes para demandar, esse entendimento seria ampliado na regra 23.2, dada pela emenda de 2007. De toda sorte, os tribunais norte-americanos, atualmente, têm aplicado a regra para incluir pessoas físicas e jurídicas tanto no polo ativo quanto passivo indistintivamente.

As *class actions*, contudo, precisam de representantes: porta-vozes dos direitos dos membros frente às Cortes, o processo é de certificação.

Aponta-se que os requisitos para que as *class actions* sejam certificadas são:

- a) Representante como membro da classe e lesado direto, pleiteando direito próprio e alheio (cumulatividade de legitimidade ordinária e extraordinária);
- b) Impossibilidade fática do litisconsórcio; e
- c) Esforço suficiente de comunicação das *class actions* pelos representantes (nas ações indenizatórias);

No direito americano, existem dois tipos de *class actions*, as injuntivas (mandamentais) e as indenizatórias. Nas ações injuntivas, por tratarem de direitos mais difusos, como direitos civis e transindividuais não é exigido que todos os membros da classe sejam notificados, nem que tenha havido esforço suficientes de procedê-lo, exigência que se limita às *class actions* ressarcitórias (*massiv tort laws*).

As ações injuntivas são gêneros das quais são espécies as ações previstas na regra 23 (b) e suas subdivisões. O primeiro tipo de ação trata dos casos em que a segregação do litisconsórcio venha a resultar em possível entendimento discrepante entre juízos para direitos uníssonos (*incompatible standards*). O segundo tipo é semelhante, mas ao invés do direito metaindividual, o que há em discussão são interesses de um grupo, é o caso de discriminação de direitos civis.

Nestas duas, nada impede a formação do litisconsórcio, mas sendo este impraticável, as *class actions* mostram-se como único remédio processual a tutelar a lesividade fluida.

Ademais, nada impede a indenização, desde que incidental, sem que isso leve a descaracterização do tipo de ação mandamental.

Por fim, a último tipo de *class actions* são as indenizatórias, nestas, e somente nestas, existe a necessidade de que os membros da classe promovam os maiores esforços possíveis a que todos os membros tenham conhecimento de uma ação de interesse coletivo, logo se não quiserem fazer parte da ação e serem afetados pelos julgados, ser-lhes-á conferida opção de expressamente se ausentar da ação (*opt- out system*).

Observa-se que nas ações de grupo injuntivas não é possível que um membro prelecione que não estaria sendo discriminado ou que o patrimônio dilapidado da empresa em detrimento

de seu quinhão acionário não lhe afetaria para eximir-se da eficácia da decisão, na injunção, a decisão será, obrigatoriamente, *erga omnes* ou *ultra partes* sem direito de exclusão (*without any opt-out disposal*).

Na indenização é diferente porque cada um dos autores, após o julgado, liquidará, em execução, seu respectivo *quantum debeatur*, é por isso que é permitido o direito de exclusão.

Muito se tem discutido se a permissão de ações indenizatórias nos Estados Unidos não teria resultado em uma massificação de ações de dano em detrimento das injuntivas. Também se questiona a efetividade das ações ressarcitórias porque a maioria delas acabaria em acordos entre as partes (*settlements*). Por outro lado, se discute a questão do locupletamento do autor face aos danos milionários imputados as empresas, o que tem dado origem ao partilhamento dos valores auferidos pelo autor e um fundo de apoio as vítimas (*fluid recovery*).

É preciso, pois, distinguir as discussões. No modelo americano é permitido ações punitivas, ou seja, a ação indenizatória pode superar o dano como medida inibitória a repetição do ilícito, mas o autor nem sempre é ressarcido deste total, sendo parte destinado a um fundo de apoio as vítimas (*fluid recovery*). É também a solução nacional⁹⁶: permite-se o dano moral coletivo e a divisão de ônus sucumbenciais entre autor e fundo, advindos da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do código civil).

A intenção do legislador americano e da jurisprudência é equilibrar: inibição de repetição de ilícito e o ressarcimento das partes de forma equânime, sem locupletamento do autor.

Linda S. Mullenix⁹⁷ questiona dois pontos de vista antagônicos das *class actions*: de um lado, a visão romantizada de que as empresas seriam sanguinárias a busca de lucro e se de fato as ações coletivas seriam o único remédio colocado ao cidadão comum apto a combater as barbáries. A tese é focada na assimetria de poder.

A contra narrativa a esta questão seria que, na verdade, as ações coletivas imporiam ônus excessivos as empresas, isto porque danos de menor monta seriam insignificantes aos autores que muitas vezes nem se disporem a entrar em juízo, fazendo-o, somente, por pressões

⁹⁶ Há divergência na doutrina de responsabilidade civil sobre os *punitive damages* no Brasil, mas esta é cada vez mais convergente em aceitá-la nos danos difusos face ao reconhecimento as Cortes Superiores dos danos morais coletivos.

⁹⁷ MULLENIX, L. S. Ending class actions as we know them: rethinking the American class actions. **Emory Law Journal**, [S.l], vol. 64, n. 02, p. 400-449, 2014. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol64/iss2/14>. Acesso em: 06 abr. 2022. p. 440 e ss.

dos advogados, na verdade, os autores, muitas vezes, sequer, saberiam que estariam sendo lesados.

São duas versões estereotipadas, na verdade, os achados da autora demonstram que acordos e as seguradoras das empresas imporiam uma forma: a) de as companhias se protegerem face à eventuais litígios e que b) acabariam por estipularem acordos aquém do valor indenizável justo as vítimas.

De fato, três questões são postas sobre as class actions: ressarcimento do injusto, eficiência e efetividade dos julgados (*securing the just, speedy, and efficient resolution of civil disputes*)

Assim, por exemplo, desde 1995, das 3.988 ações contrasseguros, somente 14 foram a julgamento, todas as demais resultaram em acordo, isto porque, no direito americano, o ganhador leva tudo e o custo da produção de provas cabe a quem alega: perder pode ser muito caro em termos de sucumbência, e mais, arrisco. Também, quanto mais se sobem as instâncias, mais caro fica o litígio: parar o processo em determinado estágio pode ser mais seguro e menos oneroso as partes.

De toda sorte, as ações coletivas fazem parte do direito do *common law* e tudo indica que não serão subtraídas, até porque compõe regra especial dentro do código de processo civil norte americano, sendo copiado pela maioria dos demais entes federados. O direito europeu, contudo, afastar-se-á da cultura do litígio americano para centrar-se nas ações eminentemente injuntivas, é o que se demonstrará na sequência.

3.2 AÇÕES COLETIVAS EUROPEIAS

As ações coletivas americanas se diferem das europeias em diversos aspectos. Primeiro, as ações americanas preveem danos além dos patrimoniais, as europeias somente preveem danos quantificáveis e auferíveis ao patrimônio, como regra. Estão excluídas questões relativas ao dano moral, ao dano moral coletivo, a honra e a imagem nas ações de grupo. Ademais, a maior parte das ações europeias tem foco no consumidor, como as ações que visam a livre concorrência; não se nega a aplicabilidade em outras áreas, mas, a maior parte dos estados membros tem focado seus esforços nas ações contra o domínio do poder econômico.

Ademais, as ações europeias adotam, quase que em sua totalidade, o modelo *opt-in*, ou seja, estão abarcados pela coisa julgada apenas os autores que, expressamente, aderirem à inicial, querendo, contudo, ulteriormente, outros agentes poderão pleitear individualmente seus

danos via ações singulares. Também se veda o uso dos *punitive damages*, restituições acima do dano auferido, como medida dissuasória a práticas de ilícitos, a tese é de se evitar a cultura do litígio americano.

Mais, a união europeia adota o sistema, salvo algumas exceções como o sistema francês, de que o perdedor paga tudo, logo, os advogados são obrigados a arcar com todo o ônus probatório, adiantando as custas e ressarcindo o *defendant* no caso de improcedência da ação.⁹⁸

Embora a regra seja de adiantamento de custas com o perdedor arcando com todos os custos (*winner takes all*), no modelo inglês, permite-se uma remuneração por meio de horas trabalhadas em função de um percentual da causa ganha limitada a 100% (*Additionally, the United Kingdom has a conditional fee system that translates to a "no-win-no-fee system with a success fee based on hours worked at a percentage uplift related to the risk but capped at 100%*).

Há, contudo, exceções. Alerta, Michelle Parsons,⁹⁹¹⁰⁰ que o Reino Unido, em especial, Inglaterra e país de Gales (*Wales*), adotam um sistema misto, isto porque, neste, convivem os sistemas de *group litigation* com ações representativas. As ações representativas são aquelas em que os membros expressamente designam um representante para impetrar a petição antes da propositura da ação (há procuração de todos), isto evita o controle de representatividade adequada típico da certificação americana.¹⁰¹

Mas o sistema europeu, em especial o inglês, é bem complexo e de difícil acesso. No caso *Railtrack*, 55.000 investidores impetraram uma ação coletiva no qual tiveram que levantar £2.4 milhões de libras e, após terem sido negados o pleito de readequação do valor a £1.32.

⁹⁸ PARSONS, M. European Class Actions, **South Carolina Journal of International Law and Business**, South Carolina, vol. 04, n.02, p. 35-60, 2008. p.41.

⁹⁹ PARSONS, M. European Class Actions, **South Carolina Journal of International Law and Business**, South Carolina, vol. 04, n.02, p. 35-60, 2008. p.41.

¹⁰⁰ PARSONS, M. European Class Actions, **South Carolina Journal of International Law and Business**, South Carolina, vol. 04, n.02, p. 35-60, 2008. p. 39.

¹⁰¹ No original: *Like the United States, these actions can be initiated without court permission. 3 1 Unlike the United States, the courts do not closely supervise these actions and settlements do not usually require court approval. Representative actions are rare, in part because they require the relief sought to be beneficial to all represented claimants*

milhões, acabaram por ter de restituir, integralmente, esse valor a ré em vista ao não convencimento da Corte de apelação de que a empresa teria agido de maneira temerária.¹⁰²¹⁰³

O sistema é bem diverso, na Holanda, as ações de grupo e representativas devem ser acompanhadas de associações representativas dos interesses dos peticionantes e a petição deverá conter expressamente a reparação dos danos, não devendo conter remissões a compensações monetárias que serão pleiteadas num segundo momento.¹⁰⁴

Já na Espanha, a petição deve ser indicada por cada um dos lesados individualmente, limitada aos direitos dos consumidores e cujo objeto da demanda não pode exceder a danos físicos e morais e econômicos, atingindo, somente, as ações relacionadas ao consumo.

De todos os modelos, apenas o Sueco, fundado no *Ombudsman*, teve por berço a academia, todos os demais originaram de questões práticas impostas em juízo que demandaram respostas enérgicas do legislador.

O modelo suíço, assim como a maioria dos países europeus e mesmo o modelo americano, conjuga um modelo concorrente de legitimados públicos e privados na salvaguarda dos direitos coletivos dos consumidores (*private class actions, organizational class actions and public class actions*)¹⁰⁵.

O modelo sueco, nórdico, acerta Hodges, atribui responsabilidade pela tutela dos consumidores ao *Consumer Ombudsman*, autoridade associativa que usualmente leva os pleitos dos consumidores a um Tribunal especial, geralmente chamado de Corte de Comércio (*Market Court*).

Assim, no modelo sueco-nórdico, as ações governamentais, ao contrário do *Consumer Ombudsman*, têm competências limitadas, já o *Ombudsman* tem competências civis e penais contra as infrações dos consumidores, inclusive com poderes transacionais, o que faz com que

¹⁰² No original: *The recent Railtrack case illustrated the difficulties of bringing a class action in the United Kingdom. 55,000 former Railtrack investors raised £2.4 million to sue government officials for misfeasance and damages to the shareholders' interest due to the company's collapse in 2001. The High Court stalled the case when it refused to limit the potential liability of the Railtrack shareholders to £1.35 million for defence legal bills under the loser pays system.56 Eventually, the plaintiffs lost the case when they failed to convince the High Court that the Transportation Secretary had acted with misfeasance.57 Thus, they were liable for attorney's fees, demonstrating the high risk that must be weighed when deciding to pursue a class action in Europe.*

¹⁰³ PARSONS, M. European Class Actions, **South Carolina Journal of International Law and Business**, South Carolina, vol. 04, n. 02, p. 35-60, 2008. p. 41.

¹⁰⁴ No original: *In the Netherlands, collective claims and representative actions may be filed by special-purpose associations.9" The groups must demonstrate they have defined and pursued a specific purpose. Article 3:305a CC states: A foundation or association with full legal capacity can institute an action intended to protect similar interests of other persons to the extent that its articles promote such interests [...] A legal person referred to in paragraph 1 shall have no locus standing if, in the given circumstances, it has not made a sufficient attempt to achieve the objective of t of the action through consultation with the defendant.*

¹⁰⁵ PARSONS, M. European Class Actions, **South Carolina Journal of International Law and Business**, South Carolina, vol. 04, n. 02, p. 35-60, 2008. p. 42.

as ações dificilmente cheguem a julgamento, a transação penal, porém, é limitada a multas no valor máximo de quinhentos mil euros.¹⁰⁶¹⁰⁷

Dentre os nórdicos, Suécia, Finlândia, Dinamarca e Noruega mantiveram o modelo de o perdedor leva tudo, bem como a concorrência de competências legitimadas entre governo e ações da sociedade civil na defesa dos consumidores, além, é claro, de adorem o modelo *opt-int*.¹⁰⁸¹⁰⁹

O modelo alemão, contudo, é a exceção e não é voltado a salvaguarda dos consumidores, mas ao mercado financeiro e a salvaguarda dos acionistas (*KapitalanlegerMusterverfahrensgesetz*), a previsão é de tutela contra: a) informações falsas ou fraudulentas ou omitidas de relevância pública ou b) exigibilidade no cumprimento do contrato.¹¹⁰¹¹¹

De todos os países, aponta Tiffany Chieu, somente Portugal e países baixos adotam o modelo *opt-out*, sendo que os países baixos o aceitam apenas no caso de acordos coletivos (*settlements*) e Portugal, somente, para as ações representativas (o acordo deve ser assinado por todos em procuração), ou seja, aquelas que não há um controle judicial da representatividade

¹⁰⁶ HODGES, C. **The reform of Class and Representative Actions in European Legal System: A new Framework for Collective Redress in Europe.** Oxford: Studies of the Oxford Institute of European Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 27.

¹⁰⁷ No original: *The Nordic model traditionally gives the primary responsibility for enforcement of consumer protection to a Consumer Ombudsman, a public authority, who usually acts through a special Tribunal, usually called a Market Court.*⁹⁰ *State authorities other than the Consumer Ombudsman have limited competence in enforcement of consumer protection issues, and criminal powers and courts are rarely used. Consumer ombudsmen were established in the Nordic states between 1973 and 1978 and supervise marketing and standard contract terms. Where the Market Court*⁹¹ *considers a marketing practice unfair, it may impose an injunction, an order to issue corrective advertising, or criminal sanctions. In Sweden, since 1996, more traditional criminal sanctions have been replaced by a power to impose a market disruption fee, not exceeding SEK 5 million (around €500,000) or 10 per cent of the trader's annual turnover.*

¹⁰⁸ No original: *restriction to the opt-in approach (Sweden¹⁰⁰ and Finland, but with some experimentation in Denmark and Norway); and maintenance of the traditional loser pays rule. The experimentation in relation to moving away from an opt-in approach is interesting. The issues will be considered more generally below, but one should note here the following novel approaches. In Norway, the basic approach is opt-in, unless the court decides to permit an opt-out approach, on satisfaction of the conditions that the claims involve amounts or interests that are so small that it must be assumed that a considerable majority of them would not be brought as individual actions and are not deemed to raise issues that need to be heard individually.*

¹⁰⁹ HODGES, C. **The reform of Class and Representative Actions in European Legal System: A new Framework for Collective Redress in Europe.** Oxford: Studies of the Oxford Institute of European Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 34.

¹¹⁰ PARSONS, M. European Class Actions, **South Carolina Journal of International Law and Business**, South Carolina, vol. 04, n. 02, p. 35-60, 2008. p. 50.

¹¹¹ No original: *a claim for compensation of damages due to false, misleading, or omitted public capital markets information or (2) a claim to fulfilment of contract, which is based on an offer under the Securities Acquisition and Takeover Act [SATA], is asserted.*

adequada porque todos os impetrantes apresentaram procuração *ad judicium* a patrono unísono.¹¹²¹¹³

De toda a sorte, muito se questiona a efetividade das tutelas ressarcitórias europeias,¹¹⁴ muitos acreditam que elas sequer existam, isto porque o modelo *opt-in* e a regra de que o perdedor leva tudo aliada a regra quase unânime de impossibilidade de contingenciamento de custas (em que o advogado tem assegurado um retorno contingenciado em conta do judiciário em caso de custas) tem desestimulado as ações coletivas na Europa,¹¹⁵ a exceção fica a cargo da Finlândia¹¹⁶ que desde a promulgação de sua lei, em 2007, nenhum caso de tutela coletiva foi proposta no judiciário.¹¹⁷

Mas mesmo a Finlândia tem sido objeto de intenso ceticismo, a ausência de propositura de ações coletivas não indica uma eficiência da lei, não necessariamente, a ausência de impetração pode indicar que a lei é difícil de ser aplicada. De Fato, na Inglaterra, desde 1998, apenas um case de *consumer group* utilizou-se da efetivamente da recente lei coletiva com sucesso: *United Kingdom's Competition Act*.

Em suma, o direito europeu é disperso, mas como as ações coletivas não prejudicam os direitos individuais e estando a união europeia focada em salvaguardar direitos dos consumidores, a maioria dos lesados preferem valer-se de ações individuais em que se conseguirão os mesmos pleitos que nas ações coletivas, sem o risco de terem de arcar com todos os ônus de uma ação coletiva e um ônus de sucumbência de toda uma classe.

¹¹² CHIEU, T. Class actions in the European union: importing lessons learned from the united states' experience into European community law. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, [S.I], vol. 18, n.1, p. 123-158, 2010. Disponível em: Heinonline.com. Acesso em: 08 abr. 2022. p.147.

¹¹³ No original: *None of the Member States have an opt-out mechanism like the American model, 5 likely due to the fear of reproducing the excessive litigation found in the U.S. system. Although both the Netherlands and Portugal have opt-out mechanisms, the Netherlands provides only for collective settlements' while Portugal provides a mechanism like a representative collective action.*

¹¹⁴CHIEU, T. Class actions in the European union: importing lessons learned from the united states' experience into European community law. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, [S.I], vol. 18, n.1, p. 123-158, 2010. Disponível em: Heinonline.com. Acesso em: 08 abr. 2022. p.145.

¹¹⁵ NAGY, C. I. **Collective Actions in Europe**: A Comparative, Economic and Transymetemic analyses. Hungary: Springer Open, 2019. p. 40 e ss.

¹¹⁶ No original: *Collective redress mechanism has been effective thus far.145 No claimant has filed a collective redress lawsuit under the class action legislation enacted by Finland in October 2007 .146 Based on this fact alone, Finland has declared the legislation a success.147 However, its effectiveness is debatable; the fact that the mechanism has not been used is not necessarily an indication of success. It is possible that Finland's collective redress mechanism simply fails to provide enough incentives for injured parties to bring lawsuits against wrongdoers and thus is not an effective collective redress mechanism.*

Since its inception in 1998, only one consumer group has taken advantage of the United Kingdom's Competition Act, which allows approved organizations to bring representative damages claims on behalf of named consumers.1

¹¹⁷ CHIEU, T. Class actions in the European union: importing lessons learned from the united states' experience into European community law. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, [S. I], vol. 18, n.1, p. 123-158, 2010. Disponível em: Heinonline.com. Acesso em: 08 abr. 2022. p.147.

A exceção a essa regra fica por conta da França em que as remunerações são feitas por meio de um percentual do valor da causa¹¹⁸ e Inglaterra e País de Gales que, a exemplo dos Estados Unidos, permitem o contingenciamento de verbas a garantir um mínimo indenizatório a seus advogados¹¹⁹¹²⁰.

De toda sorte, o modelo italiano e alemão fornecerão ao leitor exemplos de como o modelo europeu distancia-se do norte americano. Enquanto neste, as *class actions* fazem parte do dia a dia da população, naqueles, as ações de grupo são relegadas a um plano subsidiário, porque as tutelas não focam em direitos transindividuais, mas de um grupo de pessoas que pode, perfeitamente, pleitear a mesma coisa com ações singulares sem o risco de um ônus de sucumbência para além do que teriam auferido.

3.2.1 As Tutelas Coletivas no Modelo Italiano

O modelo italiano é um bom exemplo do arquétipo institucional dos membros da União Europeia sobre direito coletivo, pois adota um núcleo duro, quase unanimemente reproduzido: a) *opt-in*, b) sem possibilidade de *punitive damages*, c) centralizado no consumidor (apenas de não exclusivamente), d) sob a regra do perdedor paga tudo, e) sem possibilidade de contingenciamento de verbas de sucumbência e honorários advocatícios. É um bom exemplo a mostrar ao leitor as dificuldades de implantação deste tipo de ação no continente europeu.

Aponta Giorgio Afferni¹²¹ que o Estudo do Observatório da Universidade de Trento, feito em 2010, na Itália, aponta que somente 58 ações coletivas haviam sido impetradas. Destas, 40 ainda estavam em análise há mais de 03 anos e 18 tinham sido admitidas. Das 40, somente 10 tinham sido admitidas, o que mostra a insignificância das tutelas coletivas em relação aos pleitos individuais que podem pleitear a mesma coisa na União, sem riscos elevados de ônus de sucumbência ao autor no valor de toda uma classe.

O modelo italiano pressupõe alguns requisitos:

¹¹⁸ PARSONS, M. European Class Actions, **South Carolina Journal of International Law and Business**, South Carolina, vol. 04, n. 02, p. 35-60, 2008. p. 56.

¹¹⁹ CHIEU, T. Class actions in the European union: importing lessons learned from the united states' experience into European community law. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, [S.I.], vol. 18, n.1, p. 123-158, 2010. Disponível em: Heinonline.com. Acesso em: 08 abr. 2022. p.148.

¹²⁰ No original: *Under a contingency fee arrangement in a class action context, an attorney would be paid only if the class recovers-either through settlement or adjudication.163 However, except for England and Wales, "contingency fees are prohibited in EU Member States; they have instead adopted the traditional European "loser pays" principle.*

¹²¹ AFFERNI, G. 'Opt-in' Class actions in Italy: why are they failing? **Journal of European Tort Law**, Berlin, vol. 07, n. 01, p. 82-100, 2016. p. 82.

- a) A tutela pleiteada não pode ser infundada;
- b) Os direitos devem ser homogêneos, pertencentes a toda uma classe;
- c) Não pode haver conflito de interesses entre o autor da ação (associação ou pessoa física representante) e os demais membros;
- d) O autor da ação deve ser capaz de representar adequadamente a classe (em simetria ao processo de certificação), ou seja, deve ter interesse direto na ação, tem que ser um dos lesados, ou defender os direitos institucionalmente dos lesados; e
- e) Não é admitido danos punitivos.

Os pré-requisitos são cumulativos o que torna sua aplicabilidade muito restrita na prática.

O primeiro requisito que inibe as ações é a vedação dos danos punitivos. A Itália não é um caso isolado. No direito Europeu, o Tratado da União (TUE) e o Tratado de Funcionamento da União (TFUE) estabelecem dois institutos normativos complementares: os regulamentos e as diretivas. Estas não se tornam compulsórias antes de dois anos, período no qual os Estados Membros poderão adequar seus sistemas normativos as diretrizes estabelecidas na União, não o fazendo neste período, o dispositivo se torna autoaplicável. Nestes termos, a União Européia aprovou a Diretiva n. 1828/2020¹²² a qual estabelece em seu item (10), (36), (37) e (38):

(10) Importa assegurar o necessário equilíbrio entre a melhoria do acesso dos consumidores à justiça e a salvaguarda adequada dos profissionais a fim de evitar a litigância de má-fé que prejudique injustificadamente a capacidade das empresas de operarem no mercado interno. **Para prevenir o recurso abusivo às ações coletivas, a concessão de indenizações punitivas deverá ser evitada** e deverão ser estabelecidas regras para determinados aspetos processuais, nomeadamente a designação e o financiamento das entidades qualificadas.

(36) A entidade qualificada que intenta a ação coletiva nos termos da presente diretiva deverá requerer as medidas pertinentes, incluindo medidas de reparação, no interesse e em nome dos consumidores afetados por uma infração. a entidade qualificada deverá ter os direitos e as obrigações processuais da parte demandante no processo. Os estados-membros deverão ter liberdade para conceder aos consumidores individuais abrangidos pela ação coletiva determinados direitos no âmbito da ação coletiva, **mas esses consumidores individuais não deverão ser parte demandante no processo**. Em caso algum poderão os consumidores individuais interferir com as decisões processuais tomadas pelas entidades qualificadas, requerer individualmente elementos de prova no âmbito do processo ou interpor um recurso individual das decisões processuais do Tribunal ou da autoridade administrativa que conhece da ação coletiva. além disso, os consumidores individuais não deverão ter obrigações processuais no âmbito da ação coletiva nem suportar as custas processuais, exceto em circunstâncias excepcionais.

(37) Os consumidores abrangidos por uma ação coletiva deverão, contudo, ter o direito de beneficiar dessa ação coletiva. nas ações coletivas para medidas de reparação, estes

¹²²UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva n 1828/2020. Dispõe sobre as ações coletivas para proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE. **Diário Oficial da União Européia** de 04.12.2020.

benefícios podem revestir a forma de meios de ressarcimento, tais como indemnização, reparação, substituição, redução do preço, rescisão do contrato ou reembolso do valor pago. Em ações coletivas para medidas inibitórias, o benefício para os consumidores abrangidos será a cessação ou proibição de uma prática que constitua uma infração.

(38) Em ações coletivas para medidas de reparação, **a parte vencida deverá suportar as custas processuais incorridas pela parte vencedora, nos termos das condições e exceções previstas no direito nacional**. No entanto, o Tribunal ou a autoridade administrativa não deverão condenar a parte vencida ao pagamento dos custos, na medida em que esses custos tenham sido incorridos desnecessariamente. Os consumidores individuais abrangidos por uma ação coletiva não deverão suportar as custas processuais. No entanto, em circunstâncias excepcionais, deverá ser possível impor aos consumidores abrangidos por uma ação coletiva para medidas de reparação o pagamento das custas processuais causadas pela conduta intencional ou negligente desses consumidores, por exemplo, o arrastamento do processo devido a conduta ilícita. As custas processuais deverão incluir, por exemplo, os custos resultantes do facto de qualquer uma das partes ter sido representada por um advogado ou outro profissional da justiça, ou quaisquer custos decorrentes da notificação ou tradução de documentos [negritos não constam no original].

O dispositivo acima reconstitui o que já se vinha adotando em toda a União:

- a) a regra do vencedor paga tudo;
- b) a regra de que o autor deve ser direto beneficiário da ação (tem que ser um dos lesados ou ser institucionalmente incumbido de representar os direitos dos lesados – uma espécie de pertinência temática –); e
- c) a vedação de ações punitivas.

Ademais o item (41) reestabelece a prevalência de medidas injuntivas, assecutória, às meramente indenizatórias que, contudo, poderão ser cumuladas, reproduz-se:

(41) Dando continuidade à diretiva 2009/22/CE, os estados-membros deverão poder exigir que a entidade qualificada que pretenda intentar a ação **coletiva para medidas inibitórias** leve a cabo um processo de consulta prévia, a fim de dar ao profissional em causa uma oportunidade **de fazer cessar a infração que é objeto da ação coletiva** [negritos não constam no original].

Esta regra, como se mostrou, passa a ser obrigatória para todos os entes em dezembro de 2022. Fechado os parênteses, resta demonstrar a dificuldade que existe em se assegurarem o cumprimento de todos os requisitos legais.

O primeiro requisito, como se demonstrou, é que a ação não deve ser infundada. É o primeiro requisito de difícil comprovação. Por exemplo, no caso *Codacons v British American Tobacco* os autores não conseguiram argumentar, perante o Tribunal de Roma, que os efeitos do cigarro seriam nocivos aos autores, em vista de ser notório que os fumantes assumiriam o

risco de sua atitude, ou seja, assumiram o risco de sua conduta, logo, infundada a ação, o primeiro requisito não estava, pois, adimplido.¹²³¹²⁴

No caso, diferentemente das ações americanas, nas italianas, o juízo faz uma análise preliminar de mérito para verificar se a fundamentação dos autores é pertinente, não o sendo, a ação é extinta sem resolução de mérito, como o é no direito pátrio (improcedência liminar do pedido).

O segundo requisito é a homogeneidade, esta ocorre quando o pleito é indistintivamente pertencente a classe e não a seus membros. É suficiente que a liquidação individual possa se dar apenas por meio de uma porcentagem do valor da causa ganha para o grupo, mas os pedidos não podem tratar de objetos jurídicos distintos, não é, pois, cabível que alguns autores pleiteiem indenização moral e outros indenizações por lucros cessantes, ainda que advindas do mesmo evento.

No caso *Altroconsumo and Casa del consumatore v Moby* os autores alegaram tarifação uniforme, logo, formação de cartel, nas linhas de ferry para Sardenha.

Ocorre que alguns viajantes viajavam de carro, outros de bicicleta, outros de moto, alguns dormiram no *deck*, outros em cabine.

A arguição dos autores era que as passagens, apesar de não ser homogêneo a cada impetrante em termos de valor creditado a empresa, seria, ao menos, tabelado pela empresa ré, logo, cabível a indenização com base em um percentual dos preços acima de mercado, porque, indistintivamente, estariam sendo lesados e o preço excessivo pago por cada *player* poderia ser calculado apenas com base na distância, no compartimento de viagens e no meio de viagem usado: ferry, moto, carro, etc., ou seja, o *quantum debeatur* pleiteado em juízo não desvirtuava a homogeneidade da relação jurídica que pertenceria a todos os viajantes.

A alegação da ré, obviamente, foi a ausência de homogeneidade nos valores dos pedidos, o caso subiu ao Tribunal de Genova que decidiu, por fim, por sua admissibilidade: o *quantum*

¹²³AFFERNI, G. 'Opt-in' Class actions in Italy: why are they failing? **Journal of European Tort Law**, Berlin, vol. 07, n. 01, p. 82-100, 2016. p. 90.

¹²⁴ **No original:** *Differently from US class action, Italian class action foresees a preliminary assessment on the merits of the claim. A class action will not be admitted if the claim of the lead plaintiffs is deemed manifestly unfounded at the preliminary hearing. It is generally held that this preliminary assessment must be made based on the maxim si vera sunt exposit, which implies that the Tribunal must assume, only for the purpose of admission, that that which is alleged by the plaintiff is true. In this respect, an interesting case is Codacons v British American Tobacco. In this case, a consumers' association (Codacons) filed a class action on behalf of some consumers against a producer of cigarettes claiming compensatory damages for health problems caused by smoking. The Tribunal of Rome refused to admit the class action because, amongst other reasons, the claim was manifestly unfounded. The Tribunal argued that from a certain time onward it has become common knowledge that smoking is harmful to health. Therefore, since all lead plaintiffs had started to smoke after this time, they manifestly had no right to compensation for damages caused by smoking because they acted at their own risk*

debeatur restitatório de cada um dos autores não desqualificaria a prática ilícita incidente sobre todos os viajantes.¹²⁵¹²⁶

Por fim, na ação não pode haver conflito de interesses entre autores e representantes. Logo, deve haver a representatividade adequada. No caso *Altroconsumo V Banca Intesa* o Tribunal de Turim entendeu que o poder conferido na procuração a associação dos consumidores não seria válido. Isto porque a associação tinha recursos negativos na conta e logo não poderia arcar com as custas judiciais, quanto menos, com eventuais honorários de sucumbência. Em recurso, a Corte de Apelação de Turim reformou o julgado para considerar a representação adequada.¹²⁷¹²⁸ De toda sorte, todos esses requisitos serão feitos em juízo prévio de prelibação.

De toda sorte, o direito italiano é alçado nas relações de consumo de bens e serviço, estão excluídas, pois, das questões de consumo, questões ambientais ou de mercado financeiro, é o que decidiu o Tribunal de Florença no *case Adusbef v Monte dei Paschi di Siena*.¹²⁹

¹²⁵AFFERNI, G. ‘Opt-in’ Class actions in Italy: why are they failing? **Journal of European Tort Law**, Berlin, vol. 07, n. 01, p. 82-100, 2016. p. 91-92.

¹²⁶ No original: *Lead plaintiffs counter objected that irrespective of all these differences it was possible for the Tribunal to find a formula to calculate damages common to all members of the class (for example, a certain percentage of the price paid), because the cartel had raised prices paid by each individual consumer by approximately the same percentage. According to consumers’ associations it is also possible to form different subclasses to take into account any major differences between different subgroups of consumers (for example, a subclass of consumers that travelled with shipping company A and a subclass of consumers that travelled with shipping company B; or a subclass of consumers that travelled with shipping company A on the ferry line y and a subclass of consumers that have travelled with shipping company A on the ferry line x; and so on). The case has been settled before the Tribunal of Genoa decided on its admissibility [...] While these presumptions have been held in respect of individual actions, there is no reason to exclude that they could also be used by lead plaintiffs within class actions to provide common proof of causation, for example, that the cartel caused harm to all members of the class or that all members of the class relied on the misrepresentation while purchasing the securities affected by fraud*

¹²⁷AFFERNI, G. ‘Opt-in’ Class actions in Italy: why are they failing? **Journal of European Tort Law**, Berlin, vol. 07, n. 01, p. 82-100, 2016. p. 93.

¹²⁸No Original: *As far as adequacy of representation is concerned, so far Italian case law has dealt only with the issue of lead plaintiffs’ financial adequacy. Consumers’ associations that are listed in the public registry of consumers’ associations are generally presumed to be able to adequately represent the interests of the class. On the other hand, individual consumers that file class actions without the support of a consumers’ association may fail to meet the adequacy of representation requirement. For example, in the Altroconsumo v Banca Intesa case, the Tribunal of Turin held at the admission stage that the power of attorney given by lead plaintiffs to the consumers’ association was not valid. Lead plaintiffs were in front of the Tribunal without the assistance of a consumers’ association. As will be recalled, the lead plaintiffs in this case complained about the payment of an unfair overdraft commission. Accordingly, the balance of their bank accounts was below zero. On the basis of this fact, the Tribunal found the lead plaintiffs to be inadequately able to represent the interests of the class because they had no resources to finance the class action.⁴⁰ The Court of appeal of Turin overturned this decision and admitted the class action, stating that the power of attorney given to Altroconsumo was valid and that this consumers’ association could adequately represent the interests of the class The Tribunal must verify of its own motion that all admissibility requirements of the class action have been met.*

¹²⁹ AFFERNI, G. ‘Opt-in’ Class actions in Italy: why are they failing? **Journal of European Tort Law**, Berlin, vol. 07, n. 01, p. 82-100, 2016. p. 85.

O direito italiano é assim limitativo: apenas tutela relações de consumo e ainda impõe uma série de requisitos de admissibilidade que inibem a propositura do *writ*. O direito italiano não é apenas limitativo, é ambíguo, o que inevitavelmente acaba resultando em jurisprudências dissidentes.

A regra é que as ações devem ser sobre o dano, com pedidos ressarcitórios apenas na liquidação do débito (bifurcação da ação), algo semelhante ao cumprimento de sentença nacional. É o que decidiu o Tribunal de Roma no leading case *Codacons v Unicredi*, já a Corte de Apelação de Turim, no caso *Codacons v Intensa San Paolo*, vedaram-se pleitos indenizatórios na inicial, considerou-se, porém, que as ações infringentes sem pleito indenizatório não poderiam ser postuladas, entre outras, por ausência de valor da causa¹³⁰.

O que se observa é uma série de obstáculos aos pleitos indenizatórios e mesmo jurisprudências dissonantes que inibem a postulação de ações de grupo. Não sem razão, a literatura das *European class actions* converge em um ponto: o modelo *opt-in*, a ausência de contingenciamento (permitida na América e nos países anglo-saxões), a inviabilidade de danos punitivos, a possibilidade de impetração de ações tanto individuais quanto coletivas disjuntivamente, pleiteando o mesmo direito, com as de grupo impondo aos autores um ônus solidário em face de eventual perda da ação (*losers pay all*) e o foco nas relações unissonamente de consumo o que tem tornado o instituto mais simbólico do que prático.

Isto porque é menos arriscado ao autor pleitear um dano individual do que ver-se codevedor solidário em um débito de milhares de pessoas no caso de improcedência do pedido. Toda a literatura, assim, em maior ou menor grau, tem determinado necessárias revisões dos modelos atuais. O principal ponto: a necessidade da adoção do modelo *opt-out* americano, porque, nesses, como toda a classe é tacitamente representada, o risco de se ter de arcar com um ônus de sucumbência é diluído, pulverizado, em todos os integrantes da classe, ainda que não tenham aderido à causa.

É o que ocorre quando o sindicato pleiteia, em juízo, havendo perda da ação, o sindicato poderá descontar em folha de todos os associados da classe, isto torna a lide menos onerosa aos autores e bem menos arriscada. Ademais, o código comercial francês (*code de commerce*), copiado, não apenas, nos demais ordenamentos europeus, mas, em todos aqueles francófonos como, por exemplo, na província de Québec – Canadá –, pôs um fim a discussão sobre danos não patrimoniais como a imagem: vedou-se o uso peremptoriamente, por adequação as

¹³⁰AFFERNI, G. 'Opt-in' Class actions in Italy: why are they failing? *Journal of European Tort Law*, Berlin, vol. 07, n. 01, p. 82-100, 2016. p. 85.

diretrizes da união, cujo intuito é inibir a cultura do litígio americano: pleiteia-se o dano efetivamente sofrido, não o hipotético, abstrato.

De toda sorte, haverá, contudo, um ordenamento que será a exceção a tutela dos consumidores, o modelo alemão, o qual tutelará o direito dos investidores e que demanda um estudo apartado desse núcleo duro europeu (cujo arquétipo italiano melhor espelha) em vista as singularidades que lhe são atinentes, o tema, novamente, foi objeto de Antônio do Passo Cabral.

3.2.2 O Novo Modelo de Ações Coletivas Alemão (*Musterverfahren*)

Aponta Antônio do Passo Cabral¹³¹ que poucos são os dispositivos que tutelam situações coletivas no ordenamento germânico, entre eles o art. 33 da Lei contra práticas de restrição a concorrência – lei dos cartéis – (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) e o artigo 13 da lei contra a concorrência desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*).

Este fenômeno não decorre de um descuido do legislador. Conforme se demonstrou, no âmbito europeu, a regra é que as demandas práticas interfiram na academia, o inverso, com precedência de modelos teóricos sobre o empírico fica a cargo somente da Suécia.

Aponta Cabral que todos os ordenamentos de origem germânica: Alemanha, Áustria, Suíça, tem preferido a resolução de litígios administrativamente, logo, não chegando ao judiciário disputas, não há demandas significativas para alterações legislativas.

Dentre os poucos modelos de litígios de classe não representativos (repita-se, modelos representativos, desde a inicial, tem previsão europeu apenas na Inglaterra e no país de Gales – *Wales*-) se encontra o *Musterverfahren* cujo objeto é a tutela dos investidores no mercado de capitais e que perdeu eficácia em 2010 aguardando inserção de outro dispositivo no código de processo civil germânico que o substitua (*Zivilprozessordnung*).

O processo tem início com um pedido do autor ou do réu de um incidente em que se pleiteia, concretamente, a tutela coletiva e os meios de prova que se pretende produzir.

Sendo admitido, o juízo *ad quo* irá publicar em um cadastro eletrônico público e gratuito (*Klageregister*) com um extrato contendo o pedido, as partes e o objetivo do procedimento.

Na sequência, o juízo de origem decidirá sobre o pedido de instauração do procedimento. Essa decisão sobre a admissibilidade do incidente provocará o Tribunal superior que, então, analisará as discussões coletivas em debate na lide.

¹³¹CABRAL, A. D. P. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 147, p. 124-147, 2007. p. 130 e ss.

Mas não basta a arguição do autor de que sua demanda não é singular, mas sim coletiva, é preciso que se demonstre, no período de 04 meses após a publicação, que outros 9 pleitos tenham sido proferidos em diversos juízos *ad quo* sob a mesma discussão fática, não havendo esse número, o juízo *ad quem* rejeitará o incidente e passará a discutir a questão de forma singular.

Logo, o juízo *ad quo* faz um juízo prévio de admissibilidade que dá início a novo juízo de admissibilidade do juízo *ad quem*, notadamente, a existência de pelo menos 9 controvérsias idênticas sob sua jurisdição. Acatadas, contudo, as questões de admissibilidade, a discussão de mérito não mais ocorrerá sobre o juízo *ad quo*, mas sobre o juízo *ad quem* que, por fim, analisará as questões de mérito.

No Tribunal, haverá a escolha de um líder para os autores (*Musterkläger*) e réus (*Musterbeklagte*) que serão os porta-vozes perante a Corte, sendo, estes, um dos autores litigantes nos juízos *ad quos*. Após isto, será publicada a instauração da questão coletiva suspendendo-se o julgado de todas as questões que demandem o firmamento da tese pelo Tribunal *ad quem*.

Ademais, quaisquer interessados que desejarem participar receberão os autos no estado em que se encontrem facultando-lhes o uso de meios de defesa e ataque junto ao porta-voz. Ademais, todos os terceiros que tenham interesses reflexos na causa serão considerados intervenientes obrigatórios, facultando-lhes a intervenção direta no processo modelo em deliberação colegiada e automaticamente afetados na decisão que sobrevier, contudo, a decisão não afeta aqueles que não tenham interposto ações até o incidente, o que tem sido objeto de severas críticas doutrinárias.¹³²¹³³

Esta última parte é essencial, porque o direito da União, nos termos do TUE e TFUE é um misto de legislação com jurisprudência, ou seja, as decisões dos casos singulares do Tribunal Europeu vinculam todos os membros da União nos casos pendentes e futuros. Logo, o modelo alemão estaria indo na contramão do estereótipo da união.

Em que pesem as críticas, o modelo é interessante por alguns pontos: primeiro não existe presunção legal de interesse direto na causa que não seja de um autor diretamente afetado na questão, ademais exigem-se, de fato, a propositura de várias discussões sobre um mesmo objeto em uma mesma jurisdição.

¹³²CABRAL, A. D. P. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, n. 147, p. 124-147, 2007. p. 143.

¹³³Esclarece o autor: Por outro lado, o fato de a extensão da coisa julgada ser apenas em relação àqueles que já ajuizaram demandas singulares no momento da decisão coletiva demonstra preocupação com o princípio dispositivo e as estratégias processuais individuais. Essa a grande diferença para as *class actions*, as quais podem correr "pelas costas" dos membros da classe, como visto.

Ademais, o mérito não é julgado pelo juízo *ad quo*, mas *ad quem*, há, assim, uma similitude com a assunção de competência. De fato, se as questões em deliberação envolvem todo um conjunto de situações jurídicas sobre uma mesma jurisdição, nada mais lógico que seja o juízo *ad quem*, institucionalmente incumbido de proferir a última decisão sobre todo um Estado, que seja impetrado no dever de dizer o último direito em litígio.

Também, a vinculação automática dos terceiros, com poderes instrutórios merece elogios, sendo reflexamente afetados pela decisão, nada mais razoável que permitir-lhes intervir no processo com todos os meios cabíveis. São algumas das alternativas que se tem demonstrado viáveis ao aprimoramento das ações coletivas nacionais, não sem razão, o título do artigo de Cabral é: uma alternativa às ações coletivas “nacionais.”

Mas a questão vai além, como se expôs, muitas discussões no modelo germânico sequer são tratadas no âmbito do judiciário, sendo resolvidas nos próprios órgãos administrativos. Como se expôs, França e Itália tratam de questões relacionadas às agências reguladoras dentro do contencioso administrativo, evitando-se que discussões técnicas sequer cheguem ao judiciário.

Mais, a grande maioria dos países latino americanos tem contencioso único, ou seja as decisões administrativas, sequer, são revistas pelo judiciário, isso evita o congestionamento de discussões que podem ser tratadas a nível administrativo e ressalta a importância e inovação do presente estudo: os Tribunais de Contas nacionais são órgãos administrativos que, por essência, adjudicam do judiciário a fase de conhecimento por expressa determinação do constituinte, formando um título passível de execução.

Se as questões são tratadas no âmbito de Contas, não há necessidade de reapreciação do judiciário que poderá, contudo, anular o título, caso entenda que um dos requisitos constitucionais não foi observado, determinado que outro seja proferido e desde que o prazo prescricional não tenha se exaurido (retratação, tese majoritária).

Mas as decisões dos TCEs não apenas são importantes por absorverem toda a fase cognitiva processual, suas decisões podem afetar todo um ente federado.

Explica-se: quando o TCE determina, por exemplo, que uma secretaria de saúde passe a adquirir medicamentos genéricos ele não apenas o faz para um caso singular, mas sua determinação é para todo o Estado, para toda a secretaria de Saúde Estadual ou Municipal, ou seja, há uma mudança no estado das coisas, essa alteração em toda a estrutura social advinda de um julgado (*case*), é o que se denomina processo estrutural. O tema é abordado na sequência para melhor compreensão do leitor. Ressalta-se que nem sempre os processos do TCE serão

estruturais, mas poderão ser a depender da majoração da amplitude que o caso singular irradiar efeitos vinculantes para todos os demais jurisdicionados, quanto maior este efeito (p. ex sobre um Ministério) mais estrutural será processo, inversamente, sendo uma secretaria municipal, menos estrutural o será.

3.3 PROCESSOS ESTRUTURAIS

Aponta Desirê Bauermann¹³⁴ que o direito norte-americano, há décadas, aplica formas diversas para garantir o atendimento de decisões judiciais que não se limitem ao pagamento de uma quantia certa, mas sim que exijam a realização de atividades ou a abstenção destas com o objetivo de se alterem o estado institucional das coisas postas.

Esse movimento, aponta o autor, teve origem no julgamento do caso *Brown v Board of Education* dando origem as ações estruturais. São ações injuntivas, cujo *leading case* não se resume a um único caso, mas afetam toda uma coletividade, são determinações do judiciário que modificam o *status quo* vigente.

É o que ocorreu, no caso, a suprema Corte reviu seu posicionamento anterior de iguais, mas desiguais para um *overruling* histórico proibindo quaisquer discriminações, não apenas, nas escolas, mas nas forças armadas e quaisquer órgãos públicos, um marco dos direitos civis norte-americanos. Até então, havia segregação até nos ônibus escolares, o que passou a ser expressamente vedado, em vista à mudança do entendimento da suprema Corte americana que, como se sabe, faz efeito vinculante nos seus julgados típicos do *common law*.

A problemática advém de diversos pontos, em primeira análise, discute-se como cumprir a decisão, isto porque o judiciário não é conhecedor das políticas públicas. A resposta é dada pela *Equity*, já vista nas origens das *class actions*. A *Equity* se caracteriza pela flexibilidade “oferecida ao judiciário para que formate as medidas a serem utilizadas para o atendimento do direito de acordo com o caso concreto [...] e pela facilidade com que conciliam necessidades públicas e privadas.”¹³⁵

De fato, a própria Suprema Corte, ao julgar, determinou que, verificada a existência de um direito e a sua violação, o âmbito dos poderes por equidade da Corte distrital haveria de ser

¹³⁴BAUERMAN, D. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012. p. 279.

¹³⁵BAUERMAN, D. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012. p. 287.

considerado para corrigir os erros do passado, fazendo-se uso da flexibilidade inerentes às tomadas de decisões por equidade para que cada medida fosse ponderada no caso concreto.

Ademais, “dois princípios decorrentes da aplicação da *Equity* servem de guia para o desenvolvimento das medidas na prática: *balancing the equities e tailoring the remedy*.”¹³⁶

O primeiro exige que o juiz analise as consequências de conceder a decisão requerida pelo autor, uma vez que se os benefícios concedidos pelo autor forem maiores que as imposições ao réu, o pleito há de ser negado. Por fim os *tailoring the remedy* impõe “que o juiz vise claramente o direito material reconhecido como devido para desenhar a decisão [a um caso singular, adaptar a tese central às peculiaridades do caso requerido *sub judice*].”¹³⁷

Essas ações injuntivas são os pilares do ativismo judicial, ou seja, o judiciário não apenas reconhece o que doutrinariamente tem se concebido como estado das coisas inconstitucionais como determina e monitora as medidas para que este estado se altere concedendo certo espaço de liberdade aos gestores.

O que se veda é o desvirtuamento do *ratio* da decisão da tese central pacificada. Assim se o judiciário, em certo ativismo, impõe aos gestores públicos a compra de medicamento genérico por ser mais barato, não será considerada legítima a impugnação de um gestor que se recusa a fazê-lo quando se encontrar próximo ao fornecedor do medicamento convencional, tornando este mais barato, o *ratio*, no caso, é a economicidade do erário que não será desvirtuado pela aquisição do medicamento convencional, posto mais barato, em vista a uma singularidade logística.

A tese central é que o gestor na compra de medicamentos deve se pautar pela economicidade, ainda que o julgado tenha feito expressa menção ao medicamento genérico. De toda sorte, a problemática dessas ações injuntivas advém de dois pontos centrais: em primeiro caso, quando o julgador adjudica para si a decisão e impõe o modo que acha mais apropriado para resolver a situação tida por inconstitucional, subverte as múltiplas opções postas aos administradores públicos (adentra no mérito administrativo), é o que ocorre, por exemplo, quando o judiciário determina a construção de unidades hospitalares, sendo que pode ser mais eficiente a construção de diversos postos de saúde.

Outro ponto é a mensuração, o judiciário não tem meios, nem poderes institucionais, em princípio, para averiguar o cumprimento de suas decisões, que devem ser provocadas. Esta

¹³⁶BAUERMANN, D. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012. p. 288.

¹³⁷BAUERMANN, D. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012. p. 288.

última parte é contornada por meio da reclamação constitucional, mas não deixa de sofrer críticas que sempre advieram do ativismo: o judiciário interferindo nas demais esferas dos poderes e atuando como legislador positivo e, agora, como poder executivo de políticas públicas.

Mas não é o que pretendeu o constituinte, o mandado de injução é prova deste: havendo inércia injustificável do poder público, há o dever constitucional de o judiciário garantir os direitos, ora carentes de regulamentação, ora de políticas públicas, ora de legislação, enfim: as garantias fundamentais não hão de serem relegadas a normas programáticas sem efetividade: é a justificativa para o ativismo. Assim, mantendo-se inerte face ao mandado de injunção, o judiciário adjudicará para si a causa, impondo determinações, com sequestro de verbas públicas, para que o direito assegurado pelo constituinte seja conferido ao impetrante.

A questão é que os debates sobre direitos civis na Suprema Corte, impondo deveres de extirpação de segregações nos Estados Unidos, não são casos isolados. Seria em outro país historicamente segregativo, a África do Sul (como decorrência do fim do *Apartheid*), em que os casos de discriminação e processos estruturais melhor seriam explorados na literatura, mas a discussão sobre processos estruturais não se resume a segregação: ganha contornos mais amplos envolvendo toda e qualquer política pública que desvirtue as intenções do constituinte, logo, englobam todos os processos injuntivos, cujas determinações busquem alterar o estado de coisas inconstitucional.

O tema é objeto de Matheus Casimiro Gomes Serafim, Eduarda Peixoto da Cunha França e Flavianne Fernanda Bitencour Nóbrega em que foram aprestados processos estruturais na África do Sul e Colômbia face a inércia do poder público em promover o direito constitucional à moradia.¹³⁸

Apontam, os autores, que desde 1996 o direito à moradia vinha sendo objeto de expressa determinação do constituinte, sem que o poder público, sequer, medisse esforços concretos para concretizá-los e cujos efeitos estruturais nascem com o caso *Grootboom*.

Em *Grootboom*, uma comunidade de 900 pessoas que vivia em barracos foi expulsa de sua propriedade após terem se candidatado às moradias de baixo custo e com a expulsão acabaram por ocupar um campo de esportes nas proximidades tendo, neste constituído moradias improvisadas.¹³⁹

¹³⁸SERAFIM, M. C. G.; FRANÇA, E.P.D.C.; NÓBREGA, F. F. B. Processos estruturais e Direito à Moradia no Sul Global. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, vol. 19, n. 32, p. 148-183, set./dez. 2021. p. 148.

¹³⁹SERAFIM, M. C. G.; FRANÇA, E.P.D.C.; NÓBREGA, F. F. B. Processos estruturais e Direito à Moradia no Sul Global. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, vol. 19 n. 32, p. 148-183, set./dez. 2021. p. 157.

Nestes termos, em vista à violação ao seu direito à moradia, Irene Grootboom, juntamente com outros membros da comunidade, ajuizaram uma ação contra as autoridades municipais e federais requerendo moradias temporárias e serviços básicos.¹⁴⁰

No julgamento, a Corte entendeu que o Estado possuiria a obrigação constitucional de assistir os indivíduos que se encontrassem em situação de crise ou de vida intoleráveis. Ocorre que em que pese o poder judiciário sul africano ter reconhecido o estado de coisas inconstitucional, não determinou quaisquer medidas ao poder público, o que resultou na ineficácia da decisão com a autora morrendo sem ter seu pleito atendido.

Diferente deste, no caso *Olivia Road*, apontam os autores, entre os anos de 2002 e 2006: tornou-se comum a realização de despejos em massa nas periferias de Joanesburgo. Enquanto a minoria branca geralmente vivia perto das dos centros das cidades, a minoria da população “[...] vivia em regiões periféricas, nas quais era comum [...] prédios inadequados.”¹⁴¹

O caso inicia-se com o Tribunal Regional de *Witwatersrand*, com o pedido de despejo de 400 residentes de locais que seriam objeto de reestruturação. No entender do Tribunal, o pedido de despejo pleiteado pela autoridade governamental violaria a seção 26 da Constituição africana que asseguraria moradia digna. O caso foi revertido na Suprema Corte de Apelação.

Os residentes, contudo, conseguiram impetrar novo recurso levando a discussão à Corte Constitucional que não apenas reconheceu justo o pedido dos autores como determinou a execução de um compromisso significativo entre os litigantes para que: de um lado se assegurassem os direitos a moradia digna e de outro o direito do poder público de desapropriar seus residentes, neste último caso, não apenas, os residentes obtiveram êxodo com a renúncia do poder estatal em implementar os despejos, como conseguiram um compromisso do poder governamental em fornecer serviços públicos essenciais, sendo um marco no reconhecimento dos direitos constitucionais.

Outro caso emblemático foi a sentença T-25/04 da Corte da Colômbia,¹⁴² em que a Suprema Corte considerou que o direito à moradia se encontrava subentendida no artigo 51 da Constituição e seria, assim, autoaplicável. Ocorre que até esta decisão, prevalecia o entendimento exarado na Sentencia T-251/95 que declarava a ausência de eficácia imediata dos direitos previstos no art. 51. Com a mudança de entendimento, a Corte se pronunciou no sentido

¹⁴⁰SERAFIM, M. C. G.; FRANÇA, E.P.D.C.; NÓBREGA, F. F. B. Processos estruturais e Direito à Moradia no Sul Global. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, vol. 19, n. 32, p. 148-183, set./dez. 2021. p. 157.

¹⁴¹SERAFIM, M. C. G.; FRANÇA, E.P.D.C.; NÓBREGA, F. F. B. Processos estruturais e Direito à Moradia no Sul Global. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, vol.19, n. 32, p. 148-183, set./dez. 2021. p. 157.

¹⁴²SERAFIM, M. C. G.; FRANÇA, E.P.D.C.; NÓBREGA, F. F. B. Processos estruturais e Direito à Moradia no Sul Global. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, vo. 19 19, n. 32, p. 148-183, set./dez. 2021. p. 157.

“de que as autoridades estavam obrigadas, pelos meios [pertinentes], a corrigir as desigualdades sociais, a se facilitar inclusão e a participação de setores frágeis e marginalizados ou vulneráveis.”¹⁴³

Contudo, as ordens emanadas pelo Tribunal não buscaram especificar os detalhes das medidas que as autoridades públicas haveriam de tomar, mas, apenas, reconhecer como exigíveis os direitos violados, em especial, face à crise humanitária que a Colômbia vivia com a ação de grupos armados que segregavam milhares de pessoas nos centros urbanos, contudo, teve, assim, a Corte, o mérito de proceder o *overruling* sobre a tese anterior reafirmada: a) não apenas que os direitos a moradia não seriam apenas programáticos, mas exigíveis como b) impôs um ônus ao poder público que não poderia se eximir de seus compromissos constitucionais, adotando políticas públicas contraditórias ao constituinte ou aos firmamentos da Corte.

Em outros termos: ações discricionárias que privilegiassem serviços supérfluos em detrimento das medidas habitacionais básicas poderiam ser objeto de reclamação perante a Suprema Corte da Colômbia e logo suscetíveis de sequestro de verbas estatais, algo, até então, impensável: a interferência do judiciário na discricionariedade administrativa, quando necessário a salvaguardar os direitos coletivos.

Mas o leitor deve estar se questionando o porquê deste tópico nesta tese. É que os processos de Contas podem (e muitas vezes são) estruturais. Isto porque quando o TCU (Tribunal de Contas da União) impõe a adoção de uma ou outra medida a um Ministério, não o faz apenas no caso concreto, mas influencia toda a nação.

Assim, quando o TCU determina que novas obras não hão de serem licitadas antes do término de suas predecessoras, paralisadas, ou quando se determina, sobre o princípio da moralidade, que a discricionariedade do gestor público deve se basear, antes, nos serviços públicos essenciais, estas decisões não têm repercussão apenas em um ou outro caso, fazem precedentes para todos os demais e impõe um ônus de as demais decisões estaduais seguirem a mesma lógica, nos termos da súmula 222 já exposta.

Contrariando os precedentes, poderá um cidadão interpor denúncia perante o TCU para que se cesse à medida que se quer impugnar e para que sejam preservados os julgados o qual resultará em penas pecuniárias com nítido caráter inibitório.

¹⁴³SERAFIM, M. C. G.; FRANÇA, E.P.D.C.; NÓBREGA, F. F. B. Processos estruturais e Direito à Moradia no Sul Global. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, a vol.19, n .32, p. 148-183, set./dez. 2021. p. 165.

Por estes termos, é preciso que se compreenda os processos estruturais para que se possa efetivamente adentrar nas discussões dos processos de Contas: é preciso que se compreenda a força vinculativa que as decisões podem tomar.

Antes, porém, é faz-se necessário compreender os processos coletivos nacionais, posto que, até o momento, este estudo limitou-se a fornecer um panorama geral a melhor situar o leitor dentro do contexto das ações de grupo. As ações nacionais, contudo, importarão peculiaridades que merecem estudos mais detalhados para que se evitem equívocos conceituais.

3.4 AS AÇÕES COLETIVAS NACIONAIS

Conforme se demonstrou, a visão romantizada das *class actions americanas*, na literatura, tem encontrado críticas acirradas. A crítica advém do ideal de hipossuficientes esparsos cuja restituição (*redress*) acabaria por restar impunível por acordos aquém do dano sofrido, face aos custos do processo e o dever de o autor (*plaintiff*) arcar com os ônus de comunicação dos membros da classe e todas as custas processuais que sobrevierem.

Como se demonstrou, é bem comum que as ações americanas acabarem resultando em acordos (*settlements*). Já o modelo europeu é questionado em vista a possibilidade concorrente de ações individuais e coletivas. Podendo-se valer da ação individual, não há razões para o autor ver-se, em eventual improcedência da ação, obrigado a ser coodevedor solidário nas custas e ônus advocatícios.

Mais, expõe, Nagy, que modelo *opt-in* é incapaz de tutelar as relações fluidas como os direitos ambientais, a autora, assim, demonstra, por meio da análise econômica do direito, a irracionalidade na relutância da União Europeia em adotar o sistema americano *opt-out*.¹⁴⁴

Hoje, aponta Cees van Dam, as leis indenizatórias (*tort laws*), na Europa, como se apresentou, são esparsas, díspares, sem coesão e com pouca adesão.¹⁴⁵¹⁴⁶

Há, porém, um outro problema com a contra alternativa, a cultura de massa do litígio americano (*mass tort litigation*).

¹⁴⁴NAGY, C. I. **Collective Actions in Europe**: A Comparative, Economic and Transymtemic analyses. Hungary: Springer Open, 2019. p. 41 e ss.

¹⁴⁵DAM, C. V. **European Tort Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 4

¹⁴⁶No original: *Today, 'European tort law' is frequently mentioned and discussed at various levels—thus, it clearly exists even though the concept as such is not strictly defined although it has become the umbrella term for several features concerning tort law in Europe. Two preliminary remarks need to be made regarding the terminology of European tort law: in the use of the phrase 'tort law' and in the use of 'European'.*

Aponta Steven Penney que o modelo de litigância de massa, explícito no caso Filadélfia, desvirtuou a cultura canadense dos ideais de justiça e do próprio direito em uma direção de enaltecimento da cultura do litígio.¹⁴⁷¹⁴⁸

Mary Davis, por sua vez, demonstra que mesmo na cultura do litígio, acordos de massa, como ocorrido no caso *Amchem Products Inc. Windsor* e aprovados pela Suprema Corte, tem colocado em perspectiva a eficácia das leis indenizatórias de massa em efetivamente garantir os direitos dos hipossuficientes.¹⁴⁹

De fato, o dever de indenizar nasce no direito e alemão (*Schuldverhältnis*) como pressuposto básico (*Grundmuster*) de que aquele que aufere os ônus arcará com indenização que sobrevier reparando-se integralmente o mal para o qual contribuiu, acordos coletivos aquém do dano sofrido rompem, inevitavelmente, com essa lógica¹⁵⁰.

Enfim, ambos os modelos parecem oferecer vantagens e desvantagens, as críticas não poupam quaisquer dos lados.

O direito nacional, contudo, incorporará conceitos próprios.

No Brasil, as primeiras inserções de dispositivos legislativos aptos a tutelar as ações coletivas têm ocorrido tanto a nível constitucional quanto infraconstitucional. No primeiro “aspecto [pode-se] mencionar o exemplo da EC/2004 que introduziu a súmula vinculante e a repercussão geral.”¹⁵¹

Aponta Teozi Zavascki¹⁵² que um primeiro ponto a se compreender a tutela coletiva nacional é segregar o que são tutela de direitos coletivos da tutela coletiva de direitos. Os direitos são coletivos quando ou pertencem a um grupo ou a uma coletividade.

Assim, quando o cidadão pleiteia, em ação popular, a defesa do meio ambiente ele pleiteia direito seu e de toda a sociedade, requer-se, pois, a tutela (singular) de direitos eminentemente difusos (coletivos).

¹⁴⁷PENNEY, S. Mass Tort, Mass Culture: Canadian Tort Law and Hollywood Narrative Film. **Queen’s Law Journal**, [S.l.], vol. 30, n.1, p. 205-259, 2004. Disponível em: <https://heinonline.org/>. Acesso em: 09 abr. 2022. p. 206.

¹⁴⁸No original: *Yet, until very recently these types of suits were rare in Canada. 2 They were inhibited by a variety of legal and socio-legal barriers. 3 But as the current influx of mass tort suits implies, these barriers are diminishing and we are moving closer to the situation in the United States, where mass tort litigation has been flourishing since the early 1970s*

¹⁴⁹DAVIS, M. Toward the Proper Role for Mass Tort Class Actions. **Oregon Law Review**, Oregon, vol. 77, n. 01, p. 157-234, 1998, p. 157.

¹⁵⁰HARKE, J. D. **Allgemeines Schuldrecht**. Nova Yorke: Springer Heidelberg Dordrecht, 1965. p.8

¹⁵¹BASTOS, A. A. A. Situações Jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 186, p. 87-107, ago. 2010, p. 92.

¹⁵²ZAVASCKI, T. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 45.

Em contrapartida quando “se fala, pois, em defesa coletiva ou tutela coletiva de direitos homogêneos, o que se está qualificado como coletivo não é o direito tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.”¹⁵³

É o que ocorre quando o sindicato pleiteia, em nome dos trabalhadores, não direito seu, mas dos trabalhadores, dos membros da categoria. Em eventual sucesso da ação, os direitos dos trabalhadores serão usufruíveis singularmente, mas a propositura da ação é feita por um representante que atua em nome de toda a categoria pleiteando direitos singulares de cada um dos litigantes. As ações coletivas visam a tutela de direitos coletivos, direitos materiais esparsos de um grupo.

O professor Teori divide, e o fazem os demais doutrinadores e a legislação, os direitos coletivos nacionais em 03 grupos: transindividuais, coletivos e individuais homogêneos na seguinte ordem:

- a) Os direitos transindividuais, inflacionáveis por natureza, como o meio ambiente, o acesso aos meios de comunicação;
- b) Os direitos coletivos, pertencente a uma categoria, indivisíveis, porque sua lesão afetará todos os membros de uma categoria;
- c) Individuais homogêneos, pertencentes a cada um dos autores de forma individual e, portanto, fracionáveis em sua própria essência.

Essa classificação é importante porque a depender do tipo de direito, a eficácia da sentença terá uma ou outra consequência jurídica. Os direitos transindividuais, por pertencerem a toda a sociedade, importará na eficácia *erga omnes* da sentença, afetará, indiscutivelmente, todos os membros da sociedade, já os direitos coletivos terão eficácia *ultra partes*, ou seja, a sentença valerá não para a coletividade, mas para todos os integrantes da classe ou grupo.

É o que ocorre quando o Tribunal de Justiça concede ganho de causa a um adicional de periculosidade a uns determinados trabalhadores, ainda que não pleiteiem em juízo, sendo a causa favorável ao sindicato da categoria, poderão, os trabalhadores, ainda que não tenham aderido à lide, pleitear o benefício.

Por sua vez, os individuais homogêneos, nos termos de Barbosa Moreira, apontam Edilson Vitorelli,¹⁵⁴ não são em essência coletivos, mas, tão somente, acidentalmente coletivos, isto porque o que os une não é um direito indivisível, como o meio ambiente. Também, não é

¹⁵³ZAVASCKI, T. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

¹⁵⁴VITORELLI, E. **O Devido processo legal coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 29.

uma relação jurídica entre pleiteantes e representado, como o sindicato dos trabalhadores (tutela coletiva de direitos), mas um fato jurídico, um acontecimento no mundo real.

É exatamente os direitos individuais homogêneos, o objeto das *tort law*. Um acidente de ônibus, em desastre ambiental, que afete alguns poucos moradores, implicará em maiores ou menores prejuízos a depender da localidade do imóvel, logo, o direito pleiteado, o dano, o *quantum debratur*, não será homogêneo, mas, somente, o fato jurídico, o acontecimento no mundo real, que dá ensejo ao pleito que é comum a todos. Não é o direito que é de todos, mas a forma de pleiteá-lo (ação coletiva).

É por isso que a eficácia dos direitos individuais homogêneos é *erga omnes*, porque a sentença que reconhece o dano afetará a todos indistintivamente, apenas, e tão só, o pleito indenizatório será singular, com cada um dos afetados podendo liquidar, individualmente, o que entender sofrido, ainda que não tenham aderido à causa inicial.

Logo, tanto direitos transindividuais quando individuais homogêneos terão suas sentenças com eficácias *erga omnes* (ao contrário dos direitos coletivos) isto porque no primeiro caso o bem é de toda a sociedade e no segundo caso porque a sentença declaratória de lesividade implicará direito a todos aqueles que se encontrarem na mesma situação jurídica declarada de poderem pleitear a reparação ulterior, ainda que, sequer, tenham aderido à causa.

Apontam Fredie Dider Jr. e Hemer Zeneti Jr. que o microssistema de processo coletivo nacional é “composto pelo CDC, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de ação Popular, no seu núcleo, e a lei de improbidade administrativa, a lei do mandado de segurança e outras leis avulsas na sua periferia [atuando] em diálogo das contes com o CPC.”¹⁵⁵

Logo, a exemplo da comunidade europeia, o direito coletivo nacional é disperso em múltiplos dispositivos. A exemplo da União Européia, em que os Regulamentos e Diretivas suspendem a eficácia das normas internas no que for incompatível, no ordenamento nacional, há um benefício de ordem nos dispositivos normativos do microssistema.

Portanto, na aplicabilidade e operabilidade do sistema coletivo nacional, adota-se a seguinte diretriz: “busca-se a solução no diploma específico [...]. Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória, busca-se a solução na Ação Civil pública ou no código de defesa do consumidor. Não existindo solução[...], busca-se nos demais dispositivos.”¹⁵⁶

¹⁵⁵DIDIER JR, F.; ZANETI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Juspodium, 2017. vol. IV. p. 56.

¹⁵⁶DIDIER JR, F.; ZANETI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Juspodium, 2017. vol. IV. p. 58.

A lei de ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim, constituem um microsistema de direitos coletivos aplicados subsidiariamente em vista a lacuna legislativa da lei específica e, não sendo esta encontrada, utilizam-se demais dispositivos legais como o Código de Processo Civil.

Mas esta pluralidade de leis não teria outro caminho senão a divergência normativa. É o caso, por exemplo, da lei de mandado de segurança coletivo (lei 12.016/2009) que, no art. 22 § 1º, estabelece que para que o agente individual se beneficie da tutela coletiva deverá desistir de sua ação individual em 30 dias.

Ocorre que o Código de defesa do Consumidor, em seu artigo 104, estabelece que, para se beneficiarem dos efeitos da coisa julgada, os agentes que tiveram impetrado ação devem suspender suas ações em 30 dias.

A conflituosidade é evidente: quando fundado em direito líquido e certo, haverá necessidade de desistência da ação ou esta ficará suspensa, aguardando o desfecho da propositura múltipla? A jurisprudência resolveu o problema pela suspensão da *causa pretendi* em que no “Recurso Especial Repetitivo n 1.110.549/59, de relatoria do Ministro Sidnei Benetti [determinou-se] [...] a suspensão do processo individual [...]”.¹⁵⁷

Em que pese o precedente vinculante, o dispositivo permanece vigente e como se demonstrou, a lei específica prevalece sobre a lei geral, enfim, o legislador perdeu a oportunidade de com a decisão referida, reformar a redação da lei de mandado de segurança coletivo.

Resta a dúvida, em se tratando de mandado de segurança coletivo se, no caso, haverá a aplicação do precedente ou a literalidade da lei, se o autor deverá desistir da ação ou se esta restará automaticamente paralisada, isto porque, o julgado não faz menção aos casos específicos de mandado de segurança.

A questão tem consequências processuais porque se for a terceira vez que o impetrante pleiteia a segurança, desistindo da ação, não mais poderá fazê-lo, posto acobertado pela preempção, de outra sorte, se a ação for suspensa, não arcará com eventuais efeitos deletérios de sua exclusão na pretensão.

Os conflitos legislativos não param por aí. O artigo 16 da lei de ação civil pública limita a eficácia jurídica da sentença aos limites territoriais na qual foi proferida. Ocorre que, como a ação civil pública tutela direitos difusos, seria incabível, assim, um sujeito afetado

¹⁵⁷GAGNO, L. P.; BUFON, F. P. O processo coletivo e a suspensão dos processos individuais: uma análise conforme o direito fundamental de acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. vol. 21, n. 01, ano 14, p. 227-251, jan./ abr.2020. p. 235.

indiretamente, por exemplo, pela desvalorização de seu imóvel, ver-se suprido de seu direito de pleitear indenização pelo simples fato de a sentença ter sido proferida por um juízo em um município vizinho. Ao teor da lei, seria isso que ocorreria.

Novamente, a jurisprudência dos Tribunais Superior foi chamada a se pronunciar, no caso, aderiu-se as críticas de que o art. 16 da lei de ação civil pública seria, não apenas, inconstitucional, mas desvirtuaria a lógica de todo o sistema de tutelas coletivas que, na ação civil pública, por definição, teria efeitos nacionais, visto *erga omnes*, contudo, ainda, não há posicionamento terminativo, apesar de ser este entendimento que prevaleça.

Assim, acertam Karina Santos Pereira e Alison Silva Martins que o entendimento que prevalece nos tribunais superiores é que os efeitos e a eficácia da sentença prolatada em ação “civil pública não estão circunscritos a lindes geográficas, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (STJ, Agrg. no Resp .1326477/DD, rel. ministra Nancy Andrighi, terceira turma, Dje 13/09/2012).”¹⁵⁸

De toda a sorte, a lei de ação civil pública e o CDC são meios primordiais no benefício de ordem em eventual lacuna legislativa porque fazem remissões recíprocas. É que o art. 21 da lei de ação civil pública determina a aplicação subsidiária do CDC quando de ulterior omissão legislativa, esta técnica se deu por expressa opção do legislador. Dispositivo simétrico encontra-se no art. 117 do CDC.

De toda sorte, a eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* da sentença a (depende de o direito pleiteado ser difuso ou coletivo ou individual homogêneo) ocorrerá no caso de procedência da ação, mas resta saber o que ocorrerá no caso de improcedência.

Isto porque a lei menciona que a sentença fará coisa julgada apenas nos casos de procedência da ação, oportunidade em que qualquer legitimado poderá pleitear o direito não prejudicando direitos individuais.

Acerta José Rogério Cruz e Tucci¹⁵⁹ que “a legislação brasileira, em matéria coletiva, fez bem em rechaçar a formação da coisa julgada *eventus litis* em relação terceiros.”

Mas o posicionamento do doutrinador é ambíguo, quais seriam os terceiros para uma sentença que tem eficácia *erga omnes*? Não seria toda a sociedade atingida em um dano ambiental como em Brumadinho?

Na verdade Ronaldo Santos esclarece que:

¹⁵⁸PEREIRA, K. S.; MARTINS, A. S. A inconstitucionalidade do art. 16 da Lei de ação civil pública. **Revista Águia Acadêmica dos Discentes da FENORD**, Teófilo Otoni, p. 26-49, mar. 2015. p. 45.

¹⁵⁹TUCCI, J. R. C. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. 102, p. 339-432, jan. Dez/2007. p. 407.

Numa demanda coletiva foi declarado improcedente o pedido de retirada do mercado de um produto medicinal por nocividade à saúde pública [...] tendo a sentença declarado que o medicamento não era danoso. Haverá coisa julgada suficiente para impedir que qualquer nova ação coletiva venha a ser aforada contra o fabricante [...] mesmo que seja outro legitimado.¹⁶⁰

Logo, “a sentença favorável sempre beneficiará os titulares ao passo que a sentença desfavorável excepcionalmente prejudicará,¹⁶¹” isto porque os interesses defendidos em uma ação coletiva, geralmente, não pertencem ao autor da demanda, logo, o legislador fixou a eficácia subjetiva da coisa julgada material.

Assim, eventual improcedência de uma ação, impedirá a propositura de nova ação coletiva por quaisquer dos colegitimados que representem em juízo a classe.

Contudo, “a fim de tutelar o interesse transindividual [...] julgado improcedente [o pedido] por insuficiência de provas, qualquer outro legitimado poderá propor outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de prova nova.”¹⁶²

Logo, nas ações coletivas julgadas improcedentes por falta de provas, a sentenças tem sua “eficácia condiciona a não aparição de novos elementos probatórios.”¹⁶³ Havendo prova nova é possível nova ação coletiva idêntica ou nova ação individual, conjuntamente e disjuntivamente.

Por todo o exposto, sendo a ação julgada improcedente por qualquer motivo que não a insuficiência de provas fará coisa julgada material que obstará a propositura de demanda material e obstará a propositura de novas ações coletivas nos mesmos fatos e sobre igual fundamento.

Sendo procedente, contudo, haverá o transporte *in utilibus*¹⁶⁴ da coisa julgada, ou seja, tendo a ação constituindo o direito, todos e quaisquer legitimados poderão individualmente liquidar o seu respectivo quinhão. Sendo improcedente a ação, mesmo com a análise das provas, os autores individuais que quiserem poderão, ainda assim, impetrarem seus pleitos individuais,

¹⁶⁰SANTOS, R. L. D. Modalidades da Coisa Julgada Coletiva. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 27, p. 205-219, jul./dez. 2005. p. 210.

¹⁶¹SANTOS, R. L. D. Modalidades da Coisa Julgada Coletiva. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 27, p. 205-219, jul./dez. 2005. p. 210.

¹⁶² SANTOS, R. L. D. Modalidades da Coisa Julgada Coletiva. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 27, p. 205-219, jul./dez. 2005. p. 210.

¹⁶³ SANTOS, R. L. D. Modalidades da Coisa Julgada Coletiva. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 27, p. 205-219, jul./dez. 2005. p. 210.

¹⁶⁴PALMA, J. C. D.; VALÉRIO, V. H. Coisa julgada no processo coletivo: particularidades e aspectos relevantes. **Revista de Direito Privado da UEL, Londrina**, vol. 02, n. 03, p. 01-27, dez. 2009. p. 18.

isto porque a coisa julgada nas ações coletivas é *eventus litis*, ou seja só afeta os direitos individuais para beneficiar os litigantes.

É o posicionamento de Patrícia Miranda Pizzol que sumariza a questão:¹⁶⁵

- i) direito essencialmente coletivo – difuso ou coletivo *stricto sensu*:
 - a) sendo o processo extinto sem julgamento do mérito, a sentença produzirá apenas coisa julgada formal;
 - b) sendo o pedido julgado procedente, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, beneficiando toda a coletividade (direito difuso) ou todo o grupo, classe ou categoria (direito coletivo *stricto sensu*);
 - c) sendo o pedido julgado improcedente por insuficiência de provas, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, sendo, porém, possível a propositura de nova ação, idêntica à primeira, por qualquer legitimado, desde que se valendo de nova prova (trata-se de uma forma de “relativização” da coisa julgada), sem prejuízo do ajuizamento de ações individuais pelos indivíduos que tenham sofrido dano individual em razão do mesmo evento;
 - d) sendo o pedido julgado improcedente com provas suficientemente produzidas, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, impedindo a propositura de nova ação coletiva, sem, contudo, prejudicar os indivíduos que poderão também propor suas ações individuais;

- ii) direito acidentalmente coletivo – individual homogêneo –:
 - a) sendo o processo extinto sem julgamento do mérito, a sentença produzirá apenas coisa julgada formal, sendo perfeitamente possível a propositura de nova ação idêntica à primeira;
 - b) b) sendo o pedido julgado procedente, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, beneficiando todos os indivíduos unidos pela origem comum (titulares do direito material);

¹⁶⁵PIZZOL, P.M. **Coisa Julgada nas ações coletivas.** Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

- c) sendo o pedido julgado improcedente com ou sem provas suficientes, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, impedindo a propositura de nova ação coletiva, sem, contudo, prejudicar os indivíduos que poderão também propor suas ações individuais, desde que não tenham ingressado no processo coletivo como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais.

A questão é complexa porque há bens que permitem mais de uma ação. É o caso do meio ambiente que permite tanto a ação coletiva por parte do Ministério Público e associações constituídas a mais de um ano, nos termos do art. 5º da ação civil pública, como por meio de ação popular.

Se a coisa julgada impede a propositura da mesma ação por colegitimados, mas não prejudica os direitos individuais, então, ainda que se tenha constatado ausência de dano ao consumidor coletivo, todos os demais lesados poderiam pleitear o mesmo direito, agora munidos de ações singulares, arguindo que os direitos individuais não seriam acobertados pela coisa julgada formando-se um ulterior litisconsórcio multitudinário em vista a negativa da ação coletiva postulada e recusada.

É o raciocínio mais correto, porque mesmo na ação popular, o direito pleiteado é do grupo, o que se permite é uma eventual ação singular indenizatória reparatória, ainda que negada, com ou sem exaurimento probatório, a ação civil pública predecessora.

Não cabe, porém, ação popular com exaurimento das provas pela ação civil pública negada, porque aqui, diferentemente dos direitos individuais homogêneos, o direito de ambas as ações é do grupo, da sociedade, haveria nítida litispendência, mas como se demonstrará, essa litispendência não importará na extinção da ação, mas na reunião das ações.

Observa-se claramente o dissenso legislativo, com disposições antagônicas e doutrinárias sobre os conceitos coletivos nacionais. Não sem razão, o legislador norte americano preferiu inserir o instituto dentro do código de processo civil e conferir a eficácia *pro e contra* a todas as *class actions*. Esta é mais um motivo que leva o leitor a atentar-se ao presente estudo.

Os julgados dos Tribunais de Contas serão estruturais, ou seja, fazem coisa julgada pelas partes *erga omnes* com exaurimento obrigatório de provas. A ausência de provas importará em novo julgado pelo TCE reformando o viciado. Enfim: contornam-se discussões relativas à eficácia subjetiva da sentença que, como se demonstrou, até atualmente, apresentam dissonância nos próprios dispositivos legais (p.ex.: eficácia territorial).

Contudo, antes que se possa atingir este estágio, imperativo, demonstrar-se, ainda, alguns pontos controvertidos sobre as ações coletivas nacionais.

3.4.1 Representação Adequada

As tutelas coletivas se inserem na 3ª onda renovatória dos direitos coletivos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.¹⁶⁶ A primeira onda é atribuída à assistência jurídica para os pobres, a segunda à representação, via ações privadas, de direitos coletivos apta a tutelar direitos difusos como o *Celan Air Act*. Outro exemplo é a lei italiana de 1967 que permite a qualquer pessoa acionar autoridades municipais para pôr fim a concessão irregular de permissões construtivas e a terceira: a tutela difusa, “esta centra atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputar modernas.”¹⁶⁷

Esclarece que no ordenamento americano, conforme se demonstrou, o controle da representatividade adequada ocorre por meio do juiz. Não estando devidamente representado, a ação não será certificada, havendo conflitos durante os trâmites processuais, a ação será extinta, existindo subclasses, com pouca homogeneidade, o processo será desmembrado.

No direito inglês e gaulês as *class actions* convivem em paridade de competência com ações representativas, sendo que nas representativas, por haver procuração, dispensa-se o controle judicial, nas demais, como no restante da Europa, o controle é prévio e durante todo o processo como o modelo americano.

Ademais, o porta-voz perante a Corte deve, necessariamente, ser um dos lesados ou ser institucionalmente incumbido de sê-lo: entidades civis que tenham no seu Estatuto a defesa dos direitos coletivos previstos.

Não foi, contudo, a opção do legislador nacional, a representatividade no país é presumida por entes expressamente legitimados: o legislador disse quem poderá pleitear os direitos.

Esclarece, contudo, Márcia Vitor de M. Guerra¹⁶⁸ que há muito esta presunção tem-se mostrado insuficiente, porque presumir que as entidades associativas atuem efetivamente na salvaguarda dos direitos em que são estatutariamente incumbidas não garante que os direitos dos hipossuficientes sejam, de fato, atendidos.

¹⁶⁶CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p.21.

¹⁶⁷CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso a justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p.25.

¹⁶⁸GUERRA, M. V. D.M. Legitimidade ativa nas ações coletivas: adequação axiológica no a atual modelo de direito Coletivo. In: DIDIER JR, F.; MOUTA, F. H.; MAZZEI, R. (Org.) **Tutela jurisdicional coletiva**. 2ª Série. Salvador: Juspodium, 2011. p. 499.

Estabelece, contudo, Bianca Mendes Pereira Richter que a presunção é apenas uma etapa da verificação de que os direitos estariam sendo atendidos, é preciso mais, é preciso que haja pertinência temática, a jurisprudência, também, acatou este entendimento nas Cortes Superiores.¹⁶⁹

Aponta a autora, contudo, que se no *common law*, as decisões em ações coletivas operam *pro e contra*, ou seja, para benefício ou malefício do réu, a opção nacional por sentenças apenas em benefício favoreceu uma desnecessidade de controle judicial, logo, todos os entes possuem “presunção absoluta de legitimidade não se admitindo o controle judicial de representatividade. [Contudo], a adoção da primeira posição traz empecilhos, como a possibilidade de entidades sem adequada estrutura.”

Mais, na verdade, essa presunção não garante que os direitos estejam sendo efetivamente assegurados em juízo no decurso do processo. De toda sorte, em que pese as críticas doutrinárias, o legislador ainda não alterou seu texto. O tema é objeto da tese de Vitorelli. O autor expõe que alguns autores como Didier defendem que “o juiz poderia analisar a representatividade”¹⁷⁰ por isso, essa presunção tem sido atenuada nos tribunais como se observa no Resp. 866,931/RJ, rel. Min Mauro Campbel, Dj de 10.08.2010 e Resp 1234486/RS, rel. Min. Nancy Andrigh, Dj. de 12.06.2012.

O que Vitorelli coloca é a necessidade de haver uma terceira fase avaliativa dos legitimados: se os direitos estariam sendo efetivamente assegurados pelo representante ou, ao contrário, não teriam ocorrido, por exemplo, preclusões temporais injustificadas.

Assim, numa primeira etapa, o judiciário analisaria se a ação imposta adviria de um dos legitimados legais, num segundo momento, avaliar-se-ia a pertinência temática, o que já ocorre.

A pertinência temática advém de múltiplos colegitimados para um mesmo direito que, nem sempre, estão postulando dentre suas funções institucionais. Explica-se: a defensoria pública e o Ministério Público têm legitimidade concorrente na defesa dos direitos dos presos, mas, somente, o Ministério Público poderá propor ação que vise salvaguardar os direitos ambientais porque este direito material não estaria dentre os deveres institucionais da defensoria.

Mas é insuficiente, é preciso que se averigüe se, de fato, os direitos estão sendo bem representados em juízo durante o trâmite processual, é esta a crítica dos autores ao legislador.

¹⁶⁹RICHTER, B. M. P. Representatividade adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da class actions e o modelo brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 01, p. 214-230, 2012.

¹⁷⁰VITORELLI, E. **O Devido processo legal coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 249. p. 411.

De mais, Vitorelli esclarece que, até o momento, desconhece-se qualquer controle judicial na averiguação efetiva sobre se os direitos estariam sendo assegurados ou se, em contrapartida, poderia ter havido preclusão consumativa ou temporal, alijando-se os hipossuficientes postulantes.¹⁷¹Do mesmo entendimento partilha Vitória de Souza Pontes: “bem realizado, o controle de representatividade adequada permitiria se aproximar satisfatoriamente entre os fins pragmáticos e as consequências da adoção de um modelo representativo e o devido processo legal coletivo.”¹⁷²

Mas a controvérsia vai além, a problemática advém da questão da procuração, isto porque nas ações civis públicas as associações são legitimadas extraordinárias, logo muito se discute se precisariam ou não da procuração de seus membros. A jurisprudência é vacilante. No Recurso Especial 1.841.604, a segunda turma do STJ¹⁷³ firmou entendimento que na hipótese

¹⁷¹VITORELLI, E. **O Devido processo legal coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 249

¹⁷²PONTES, V. D. S. Os critérios de verificação da Representatividade Adequada e a prática do Modelo Representativo brasileiro. **Revista Anep de Direito Processual**. [S.l.], vol. 02. n. 02, p. 61-75, jul./dez 2021. Disponível em: <https://www.revistaanep.com.br/index.php/radp/article/view/92/pdf>. Acesso em 09 abr. 2022. p. 76.

¹⁷³ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. ALEGADA INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. INAPLICABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO Nº 200551010161509 IMPETRADO PELA ASSOCIAÇÃO DE OFICIAIS MILITARES ESTADUAIS DO RIO DE JANEIRO - AME/RJ. ART. 5º, LXX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DISPENSABILIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E RELAÇÃO NOMINAL DOS ASSOCIADOS. LIMITES SUBJETIVOS DA DECISÃO. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SEGURANÇA AOS ASSOCIADOS FILIADOS APÓS A IMPETRAÇÃO DO MANDAMUS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO TEMA 499 DO STF. ART. 2º-A DA LEI Nº 9.494/97. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS E LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGADO COLETIVO AOS ASSOCIADOS FILIADOS ATÉ A PROPOSITURA DA AÇÃO ORDINÁRIA. DISTINGUISHING. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O óbice previsto na Súmula nº 7/STJ tem sido aplicado por esta Corte Superior nos casos em que o Tribunal de origem afasta a legitimidade ativa por não ser o exequente pertencente à categoria de oficial, mas de praça, razão pela qual não seria beneficiado pela decisão proferida no Mandado de Segurança Coletivo nº 200551010161509, impetrado pela Associação de Oficiais Militares Estaduais do Rio de Janeiro - AME/RJ, hipótese diversa do presente caso, em que o Tribunal de origem afastou a legitimidade do exequente ao argumento de que o nome do agravado não constava da lista de associados juntada quando da impetração do mandado de segurança coletivo, e que a filiação somente ocorreu após a impetração do writ. 2. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o mandado de segurança coletivo configura hipótese de substituição processual, por meio da qual o impetrante, no caso a associação, atua em nome próprio defendendo direito alheio, pertencente aos associados ou parte deles, sendo desnecessária para a impetração do mandamus apresentação de autorização dos substituídos ou mesmo lista nominal. Por que razão, os efeitos da decisão proferida em mandado de segurança coletivo beneficiam todos os associados, ou parte deles cuja situação jurídica seja idêntica àquela tratada no decisum, sendo irrelevante se a filiação ocorreu após a impetração do writ. 3. Inaplicável ao presente caso a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 612.043/PR (Tema nº 499), pois trata exclusivamente das ações coletivas ajuizadas sob o rito ordinário por associação quando atua como representante processual dos associados, segundo a regra prevista no art. art. 5º, XXI, da Constituição Federal, hipótese em que se faz necessária para a propositura da ação coletiva a apresentação de procuração específica dos associados, ou concedida pela Assembleia Geral convocada para este fim, bem como lista nominal dos associados representados, nos termos do art. 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 9.494/97. *In casu*, o processo originário é um mandado de segurança coletivo impetrado por associação, hipótese de substituição processual (art. 5º, LXX, da Constituição Federal), situação diversa da tratada no RE nº 612.043/PR (representação processual). 4. Agravo interno não provido. STJ - AgInt

de mandado de segurança coletivo, há substituição processual, por meio do qual a impetrante atua em nome próprio defendendo direito alheio, sendo desnecessária a autorização.

O STF, contudo, vai na contramão, no Recurso Extraordinário 612.043, a Corte fixou o entendimento que a eficácia da coisa julgada, somente, atinge aqueles entes filiados antes da propositura da ação, sem filiação, não haveria representação tácita nem transporte *in utilibus* da decisão.

Resta clara a dissonância de entendimentos sobre os dispositivos a se utilizar: como, por exemplo, se haveria ou não revogação tácita das leis, como no caso do art. 16 da lei de ação civil pública, ou mesmo na incompatibilidade da determinação de retirada da ação singular, prevista na lei de mandado de segurança coletivo, como meio obrigatório para o transporte *in utilibus* da sentença.

A divergência, contudo, ultrapassa os limites legais, alcança questões sobre legitimados, se, e em quais condições, a procuração se torna indispensável, notadamente, no caso das associações constituídas a mais de 01 ano para propositura de ação civil pública.

É por isso que Jucelino Pires da Fonseca, Jônatas Luiz Moreira de Paula e Kelly Cardoso demonstram a imperatividade de se apresentar um projeto de codificação que atenuem as discussões tratadas, apontam, os autores, que, até o momento, o projeto existe, mas encontra-se em tramitação bem reduzida.¹⁷⁴

A problemática vai além, a legitimidade concorrente criará um outro problema: questões como litispendência e continência, tema do próximo tópico.

3.4.2 Conexão e Litispendência entre coletivos

A primeira questão que se coloca seria se seria possível ou não a existência de litispendência, conexão e continência em ações coletivas. A rigor as partes nunca seriam as mesmas o que por si vedaria o reconhecimento. Mas esta solução acabaria por gerar uma série de ações que, em que pesem receberem tratamento legislativo próprio, ao fim e ao cabo, tutelariam as mesmas coisas.

no REsp: 1841604 RJ 2019/0297986-9, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Brasília, 22. Abr. 2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Brasília, Diário Oficial de Justiça de 27 abr. 04. 2020.

¹⁷⁴FONSECA, J.P.D.; PAULA, J. L. M.D.; CARDOSO, K. Collective actions: Evolution and challenges for a transformative perspective of jurisdiction in the light of the principle of access to justice and the reasonable duration of the process. **Research, Society and Development**, [S.l.], vol. 10, n. 04, p. 61-75, Jul./dez. 202. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/14389>. Acesso em: 09 abr. 2022. p. 72-73.

É o que acontece com a ação popular e a ação civil pública, negar-lhes a litispendência seria permitir uma multiplicidade de ações de cada cidadão do país pleiteando reparação ambiental já objeto de uma ação civil pública.

É por isso que José Rogério Cruz Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque apresentam uma alternativa: a verificação da identidade de partes e causa de pedir não deve se pautar no rigor processual, mas na questão substancial, na *causa pretendi*, no fato jurídico que deu ensejo a indenização: “em diversos momentos, no estudo de distintos institutos processuais, chega-se à conclusão de que a teoria da *tira eadem* é insuficiente.”¹⁷⁵

A literatura, assim, se diverge, alguns autores como Didier entendem possível a existência de litispendência em ações coletivas, desde que a tríplice identidade seja satisfeita. Mas Didier aponta dois tipos de litispendência: a litispendência com identidade de partes e a sem identidade de partes, isto, contudo, gera um inconveniente: só existiria litispendência, *strictu sensu*, em ação popular quando o mesmo cidadão repetisse a mesma ação, o que é difícil ocorrer.¹⁷⁶

Para contornar esse problema, o autor esclarece que as tutelas coletivas não visam direitos próprios, mas do grupo, logo, não haveria de se reconhecer interesse de agir em um cidadão que postulasse ação popular por um dano ambiental que não lhe atingisse diretamente, o grupo que representa, a coletividade, deve ter um mínimo de vinculação direta com o dano.

Logo, se as partes nunca serão as mesmas, seria possível, em tese, como reconhece o autor, arguir-se litispendência, apenas, com identidade de pedido e causa de pedir, mas, nesses casos, a regra não seria a exclusão de uma das demandas, mas sim, a reunião de ações, portanto, o outro colegitimado passaria a fazer parte do polo ativo como litisconsórcio ativo ulterior.

Negar-lhe a participação na ação coletiva seria permitir que um outro colegitimado impetrasse nova ação coletiva, agora, como autor; para que se privilegie a economia processual, melhor solução é permitir a participação ulterior do outro colegitimado, agora, como assistente litisconsorcial ulterior facultativo.

¹⁷⁵TUCCI, J. R. C.; BEDAQUE, J. R. D. S. **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 186.

¹⁷⁶DIDIER JR, F.; ZANETI, H. Curso de Direito Processual Civil. 11. ed. São Paulo: Juspodium, 2017. vol. IV. p. 166.

É, também, o posicionamento de Marcelo Henrique de Oliveira que expõe que “José Miguel Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, ao enfrentarem o tema, reconhecem que as causas deverão ser reunidas para julgamento conjunto.”¹⁷⁷¹⁷⁸

Há ainda esclarecimentos. Primeiro ponto é que a continência não seria mais do que uma espécie de conexão, mais. Há conexão, ou continência, ainda que os pedidos sejam diferentes, o que importa é a tutela requerida: sendo uma tutela abrangida pela outra, haverá continência. Desta forma, um pedido de ação de improbidade que pleiteie a anulação de um contrato público sofrerá continência de uma outra que peça anulação do certame, isto porque a anulação do certame implica a inevitável derrogação do contrato superveniente: ações continentes, ainda que com pedidos distintos.

A questão é discutível porque parte da literatura veda o litisconsórcio facultativo ulterior, mas é um posicionamento minoritário.¹⁷⁹¹⁸⁰ A vedação advém em se permitir a participação de outrem no processo após a defesa do réu o que seria lhe prejudicar os meios de defesa já impetrados. Nas ações coletivas, a participação do colegitimado, contudo, é limitada até o exaurimento do prazo para contestar: contorna-se o problema da ampla defesa do réu.

A questão central, aponta Ivone Cristiane de Souza João, para a identificação da litispendência, está focada no impetrante: sendo o mesmo haverá identidade de ações pondo-se fim a pretensão, não sendo, a reunião de causas.¹⁸¹ Haverá, pois, reunião de ações em dois casos:

- a) sendo a mesma ação e um dos colegitimados impetrar direito próximo, haverá formação de litisconsorte ulterior facultativo (assistência litisconsorcial);
- b) sendo outra ação com direitos próximos haverá união dos processos por conexão, é o caso de ação civil pública e ação popular que serão reunidas: as duas tutelam o direito transindividual da sociedade em que estão inseridas (localidade).

¹⁷⁷MEDINA, J.M. G.; WAMBIER, T. A. A. **Processo civil moderno**: Parte Geral e Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p. 113

¹⁷⁸OLIVEIRA, M. H. M. Litispendência e conexão no processo coletivo brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 41, n. 01, p. 109-132, 2013, p. 123.

¹⁷⁹GOMES JUNIOR, L.M. **Curso de direito processual civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Srs, 2008. p. 186.

¹⁸⁰TORNAGHI, H. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 347.

¹⁸¹SOUZA JOÃO, I. C. D. S. **O processo civil coletivo e as condições da ação**. 2007. Tese (Doutorado em Direito). – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 233.

Os autores acima expõem uma outra questão. Não é cabível a intervenção de pessoa singular na lide coletiva porque os interesses jurídicos são dissonantes, a ação individual visa a interesse do cidadão lesado, a coletiva do grupo. Didier expõe que essa forma de intervenção só seria possível por meio da assistência simples, mas, no caso, faltaria interesse de agir do pleiteante.¹⁸²

Acusa-se discordar do posicionamento do autor. A assistência simples não impõe o interesse do autor na causa, essa forma de intervenção é limitada a assistência litisconsorcial, mas, no caso, existe interesse reflexo do assistente com direito do autor. Põe-se, assim, o questionamento ao posicionamento do autor que parece merecer ponderações.

Mas há outra discussão. Nos processos coletivos homogêneos e nas lides individuais, o impetrante é direto interessado na causa, apenas, a forma de pleitear o direito é difuso, não há, pois, como negar a possibilidade de participação como litisconsorte ulterior do cidadão que impõe ação individual em face de um processo coletivo superveniente. Neste caso, a solução de Didier é de prejudicialidade, isto porque, a depender do resultado da ação coletiva difusa, a ação individual, nem sequer, será analisada.

Este resultado decorre do transporte *in utilibus* da ação coletiva, sendo ela julgada procedente, o autor da ação individual poderá executar seu quinhão, logo, a ação individual ficaria paralisada a espera do desfecho coletivo, sendo julgada procedente a coletiva a individual estaria prejudicada por perda de objeto já julgado no pleito coletivo.¹⁸³

A solução advém da redação do art. 94 CDC que impõe que tratando-se de lides coletivas haverá a publicação de Edital para que os demais interessados possam intervir no processo como litisconsortes, mas para que se evite um litisconsorte multitudinário, a ação individual restará sobrestada até que o desfecho da coletiva ocorra: sendo julgada pertinente a coletiva, a ação individual seguirá a execução, sendo julgada improcedente a coletiva, abre-se prazo para seguimento da ação singular.

A tese de reunião de ações encontra respaldos dentro do próprio microsistema coletivo. O artigo 7º da Lei 7.347/85 determina que, deparando-se o juízo com questões coletivas, o juiz dará ciência ao Ministério Público para que, querendo, impetre a ação coletiva, ou seja, deparando-se com questões repetitivas, o Ministério Público poderá impetrar a ação civil pública sobrestando pleitos individuais que tratem do mesmo tema.

¹⁸²DIDIER JR, F.; ZANETI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2017. vol. IV. p. 162-165.

¹⁸³DIDIER JR, F.; ZANETI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador, Juspodium, 2017. vol. IV. p. 172-173.

Sendo julgada procedente, como nos incidentes de demandas repetitivas, a coisa julgada transbordará os limites da lide, permitindo que as demais ações, que até então estavam sobrestadas, passem de imediato à execução.

Entendimento idêntico é trazido por Ada Pellegrini Grinover: “é preciso, antes de mais nada [ter em mente] que o processualista tenha coragem intelectual de admitir que hoje aflora no processo situações diversas daquelas que constituíram o suporte dos institutos,”¹⁸⁴ fato que demanda soluções para os quais o legislador não pensou.¹⁸⁵¹⁸⁶

De fato, a reunião de ações tem sido a solução da jurisprudência, é o que se observa do julgamento do Recurso Especial n. 208680/MG, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, em que, uma vez observada a propositura de diversas ações populares: “caracteriza-se, na hipótese, a conexão, já que tem a mesma finalidade, o que as tornam semelhantes e passíveis de decisões unificadas.”¹⁸⁷

Ademais, aponta Fredie Didier¹⁸⁸ que, há muito, tem-se permitido a participação do *amicus curiae* no processo coletivo, não só por previsão expressa em diversos dispositivos, como art. 31 da lei 6.385/76 (Intervenção obrigatória da Comissão de Valores Mobiliários: CVM) e no art. 118 da Lei Federal 12.529/2011 (Intervenção Obrigatória no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE), mas porque o art. 138 do CPC teria posto fim a discussão em estabelecer a intervenção do *amicus curiae* em todos os processos de relevantes repercussões sociais.

Não é, contudo, o posicionamento de Leandro José Ferreira e Magno Frederici Gomes para quem a intervenção deste na ação popular não só é possível, mas, antes, indispensável, porém, com ressalvas: ao “final da pesquisa foi possível identificar que o *amicus curiae* [...]

¹⁸⁴GRINOVER, A. P. *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 934.

¹⁸⁵OLIVEIRA, V. D. S. O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 210, p. 63-80, abr./jun. 2016. p. 125.

¹⁸⁶GRINOVER, A. P. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 42-43.

¹⁸⁷ ROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR - CONEXÃO - REUNIÃO DOS PROCESSOS - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 235/STJ - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS INDISPENSÁVEIS - CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO. - "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado" (Súmula 235/STJ). - Ausentes quaisquer dos pressupostos indispensáveis elencados no art. 535, CPC e sendo nítido o caráter infringente dos embargos declaratórios, não há como serem acolhidos. - Embargos de declaração rejeitados. STJ - EDcl no REsp: 208680 MG 1999/0025414-7, Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Data de Julgamento: 21/09/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: **Diário Oficial de Justiça** de 06 dez. 122004 p. 241

¹⁸⁸DIDIER JR, F.; ZANETI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2017. vol. IV. p. 240

[mostra-se] parcialmente democrático, sendo necessário [...] o aperfeiçoamento de um novo agente democrático que, de modo mais adequado,”¹⁸⁹ possibilite uma melhor e mais refinada participação popular.

De toda sorte, não há como não reconhecer o esforço hermenêutico da doutrina para ajustar as ações coletivas a realidade do processo clássico: a) litispendência com reunião de processos ao invés da extinção, b) reconhecimento de litispendência com apenas identidade de partes e pedido, c) negação de assistência simples, ainda que o direito do assistido seja reflexo ao autor, d) suspensão das ações individuais, independente de requisição da parte, e) intervenção de terceiros legitimados como litisconsórcio ulterior.

Isto mostra que a visão tradicional de processo civil, visando a relação credor-devedor não se compatibiliza com a realidade plural nas questões difusas e coletivas: os tratamentos serão diferentes a depender de se tratar de direitos difusos ou coletivos.

De mais, convém expor-se o posicionamento contrário a vedação da assistência simples, porque, ao fim e ao cabo, o representante extraordinário defenderá direito de todos na tutela difusa, não se observa razão para acreditar que, havendo direito reflexo ao do autor na tutela singular em relação a coletiva, vede-se sua participação como assistente simples, impondo-lhe, obrigatoriamente, a intervenção como *amicus curiae*, o que, como se demonstrou, não é uníssono.

Os Processos de Contas, assim, pretenderão contornar muitas dessas discussões porque será julgado um caso concreto com efeitos estruturais, os resultados da lide serão *pro e contra* o que simplifica muitas das discussões doutrinárias trazidas.

Não haverá, pois, transporte da coisa julgada apenas em benefício, porque se o Tribunal negou superfaturamento não haverá como repetir a ação que se encontrará exaurida no processo de conhecimento. Sendo procedente, da mesma forma, a ação seguirá em execução.

Mas haverá ainda um outro problema, a possibilidade de transação nas tutelas coletivas tema diretamente ligado as tutelas de Contas posto tratar de direitos indisponíveis que será tratado mais adiante.

Antes, contudo, a questão de colegitimados importará em uma nova discussão: a possibilidade de um sujeito passivo passar a auxiliar o autor durante o trâmite processual, uma peculiaridade que dá ensejo ao estudo das zonas de interesse, tema do próximo tópico.

¹⁸⁹FERREIRA, L. J.; GOMES, M. F. Amicus Curiae democrático e o processo coletivo ambiental. **Revista de direitos fundamentais e democracia**, [S.l.] vol. 25, n. 2, p. 283-313, mai./ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1375>. Acesso em: 14 abr. 2022. p. 283.

3.4.3 Zonas de Interesse e Migração dos Polos da Lide

A lei de ação popular no seu art. 6º, parágrafo 3º trabalhou um tema até então inexplorado, a possibilidade de o sujeito passivo atuar ao lado do autor.

A doutrina expõe o caso de uma ação popular contra o município por um contrato que seria lesivo ao patrimônio público. Neste caso, a lei permite ao ente público atuar ao lado do autor para reaver do gestor público os recursos dilapidatários.

Ocorre que a lei de ação civil pública, assim como o código de defesa do consumidor, tem preferência de ordem no regramento coletivo, ou seja, constituem um núcleo duro que deve ser consultado, preferencialmente, em face de eventual lacuna legislativa, resta a dúvida se a questão trabalhada na lei de ação popular poderia ser extrapolada para os demais dispositivos porque não comporia o núcleo duro do microssistema coletivo.

Esclarecem Ronaldo Vasconcelos e César Augusto Martins Carnaúba¹⁹⁰ que não se trata de possibilidade de reunião de processos porque o ente passivo: Município, não é legitimado para ação popular, limitada aos cidadãos, logo, impossível atuarem como litisconsórcio ativo ulterior.

A solução do legislador foi permitir que o ente público passe a atuar do lado do autor “desde que útil ao interesse público [...] tomando por suas as pretensões deduzidas pelo autor na petição inicial e, ao lado deste, insurgindo-se contra os demais réus. Ocorre, assim, a formação de litisconsórcio ativo ulterior.”¹⁹¹

Não é uníssono a questão de formação de litisconsórcio ativo ulterior porque cabe ao “juiz formar seu convencimento e decidir se permite ou não a intervenção móvel. Impede-se, assim, a migração polar que, astuciosamente, seja intentada penas para fugir de possível condenação.”¹⁹²

A crítica ao litisconsorte ativo superveniente advém do fato de que ente público seria autor e réu ao mesmo tempo o que é um contrassenso ao litisconsorte. Ou se é litisconsorte simples e se tem pretensões reflexas com autor ou réu (assistente simples) ou se tem pretensões

¹⁹⁰VASCONCELOS, R.; CARNAÚBA, C. A. M. Intervenção móvel no processo coletivo e sua aplicação no mandado de segurança coletivo. In: DIDIER JR et. al (Org.). **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020. p. 202.

¹⁹¹VASCONCELOS, R.; CARNAÚBA, C. A. M. Intervenção móvel no processo coletivo e sua aplicação no mandado de segurança coletivo. In: DIDIER JR et. al (Org.). **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020. p. 202.

¹⁹²VASCONCELOS, R.; CARNAÚBA, C. A. M. Intervenção móvel no processo coletivo e sua aplicação no mandado de segurança coletivo. In: DIDIER JR et. al (Org.). **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020. p. 202.

idênticas aos autores ou réus contra um adversário comum (assistente litisconsorcial). Não se observa, dentro da lógica do litisconsorte, a possibilidade de este ser ativo e passivo sincronicamente.

Na falta de outro instituto a doutrina pretendeu nomeá-lo de intervenção móvel.

O ente estatal, no caso, face a responsabilidade objetiva, não pode furtar-se a indenizar um autor que pleiteia direito difuso, nem em ressarcir a coletividade pelo ato de seus agentes, mas atuará ao lado do autor pela economia processual porque, de plano, terá direito de regresso contra o gestor. Há um interesse público maior, no caso, do município em dirimir os efeitos deletérios de seus agentes, razão pela qual se admite migrar de agente passivo para auxiliar do autor. Mas há limites.

Primeiro, como se viu, o magistrado efetuará um controle dessa migração: só será cabível se a migração não importar tumulto ao processo e se o interesse social assim justificar.

Ademais, não cabe fuga do polo passivo do direito material, isto é, o município continuará no dever de ressarcir a coletividade, apenas atuará em conjuntura ao autor pelo seu direito de regresso.

Mas a questão vai além: sendo um dispositivo inserido na ação popular (fora do núcleo duro) é possível se extrapolar a ideia para as demais leis do microsistema? Os autores entendem que sim, no caso é possível, por exemplo, “ainda que sem expressa previsão normativa [que] sua aplicação deva ser permitida, também, em outras espécies de processos coletivos, dentre as quais se incluem o mandado de segurança coletivo [...]”¹⁹³

Não é um posicionamento isolado. Sobre o tema, vez mais, posicionou-se Antônio do passo Cabral: “em doutrina, até onde nos consta, foi Rodrigo Mazzei aquele que procurou tratar de maneira extensiva este instituto.”¹⁹⁴

Em extensa análise, o autor concluiu que a ampliação do instituto aos demais dispositivos é possível, sempre sob a arguição do interesse público e desde que a alternância não tome o processo por multitudinário: “nosso objetivo, no presente estudo, foi identificar se

¹⁹³VASCONCELOS, R.; CARNAÚBA, C. A. M. Intervenção móvel no processo coletivo e sua aplicação no mandado de segurança coletivo. In: DIDIER JR et. al. (Org.). **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020. p. 214.

¹⁹⁴CABRAL, A. D. P. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração dos polos da demanda. **Revista da SJRJ**. [S.l], n, 26, p. 19-55, 2009. Disponível em: <https://www.jftrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/25-76-1-pb.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2020. Acesso em: 09 fev. 2020. p. 22.

existe a possibilidade de migração interpolar na demanda, parece-nos, como já antecipado, que a resposta é afirmativa.”¹⁹⁵

Trata-se, assim, de uma forma que o legislador adaptou a se permitir uma melhor prestação jurisdicional, contudo, coube, até então, a doutrina, explorar a possibilidade de ampliação dos institutos para além da previsão normativa da ação popular que resta ainda carente de confirmação jurisprudencial, o que reforça a tese de estudos mais profundos sobre os direitos coletivos dada a inevitável limitação dos institutos tratados os quais, como se demonstrou, não foi capaz de resolver a mutabilidade de causas inerentes aos processos de massa.

Mas o processo coletivo traz ao debate doutrinário uma antiga discussão: a transação com direitos indisponíveis, tema do próximo item.

3.4.4 Transação nas Ações coletivas e o Direito Indisponível

A questão da transação no direito coletivo ganha relevos, sobretudo, face aos direitos que tutela. Se nos direitos coletivos estes são visivelmente disponíveis, nas ações civis públicas e ações populares a regra é a indisponibilidade. O direito tutelado, nestas, abre o debate sobre até que ponto é possível transacionar direitos públicos.

Até recentemente, a doutrina era uníssona em vedar-se transações sobre direitos públicos. Aponta Caio Cesar Vieira da Rocha que esta perspectiva começou a ser relativizada com a publicação da lei da arbitragem: lei 13.129/15 que expressamente a permitiu na administração pública para direitos disponíveis.¹⁹⁶

O STJ, realça o autor, tem reafirmado que o instituto se limita a bens disponíveis, que admitem transação: “resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer indisponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre [...] disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.”¹⁹⁷

¹⁹⁵ CABRAL, A. D. P. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração dos polos da demanda. **Revista da SJRJ**. [S.l], n, 26, p. 19-55, 2009. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/25-76-1-pb.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2020. p. 43.

¹⁹⁶ ROCHA, C. C V. A arbitragem e Administração Pública: nova disciplina após a lei 13/129/2015. **Revista de Arbitragem e mediação**, [S.l], vol. 49, p. 1-14, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webrevistas/rarb-revista-de-arbitragem-e-mediacao.html>. Acesso em: 15 abr. 2022. p. 10.

¹⁹⁷ STJ, de relatoria do Min. Luiz Fux, 1.ª Seção do STJ, datado de 09.04.2008, MS 11.308.

Logo é possível a administração valer-se da arbitragem “acerca da realização de uma obra ou da condução de uma concessão.”¹⁹⁸

A questão que permanece: é cabível transação em direitos indisponíveis? A resposta, antes, demanda uma outra questão: o que seriam, em primazia, direitos indisponíveis. O tema foi objeto de tese de Letícia de Campos Velho Martel. A autora conclui que não existe uma resposta na jurisprudência, mas múltiplas.

Logo de início: a doutrina publicista brasileira refere com poucas expressões que “direitos fundamentais são indisponíveis [...]. A indisponibilidade aparece associada à renúncia, a acordos, contratos ou transações que diminuam ou afastam a incidência de um direito em face de terceiros.”¹⁹⁹

A autora aponta que o exame dos julgados deixou evidente que o conceito aplicado nem “sempre é o mesmo. Em alguns, trata-se de direito não suscetível de abdicação total ou parcial, transação ou renúncia. [...]. Em outros, de direito gravado pelo interesse público coletivo, sem que isso implique, necessariamente, a impossibilidade de abdicação.”²⁰⁰

Logo a indisponibilidade, pelos entendimentos acima, seriam aqueles gravados pelo interesse público que não implicariam, necessariamente, a vedação em absoluto, ao acordo, o que se vedaria seria que o interesse público restasse lesado: a vedação é ao retrocesso.

É sob esta perspectiva que o legislador estabeleceu o Termo de Ajustamento de conduta. Esclarece o professor Humberto Dalla Bernardo de Pinho que como todos os interessados não podem estar em juízo é preciso “pegar um ‘de acordo’ com o suposto representante daquela sociedade que, no caso, seria o Ministério público.”²⁰¹ Ademais: Só “podem tomar ajustamento de conduta o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público.”²⁰²

Aponta Thiago Nemi Bonameti que o TAC é uma forma de acordo prevista em lei que “pode se dar tanto extraprocessualmente, via de regra, como durante o processo, mas que em

¹⁹⁸ROCHA, C. C. V. A arbitragem e Administração Pública: nova disciplina após a lei 13/129/2015. **Revista de Arbitragem e mediação**, [S.l.], vol. 49, p. 1-14, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webrevistas/rarb-revista-de-arbitragem-e-mediacao.html>. Acesso em 15 abr. 2022. p. 9.

¹⁹⁹MARTEL, L. D. C. V. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 02, p. 334-373, jul./dez. 2010. p. 340.

²⁰⁰MARTEL, L. D. C. V. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 02, p. 334-373, jul./dez. 2010. p. 352.

²⁰¹PINHO, H. D. B. D. Ações de Classe. Direito Comparado e aspectos processuais relevantes. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 18, p. 141-155, 2002. p. 154.

²⁰²PINHO, H. D. B. D. Ações de Classe. Direito Comparado e aspectos processuais relevantes. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 18, p. 141-155, 2002.

ambas se formaliza uma negociação em que o infrator ajusta os termos em que readequará sua conduta violadora de interesses coletivos.”²⁰³

A regra vale, assim, tanto para homologação do Ministério Público (extraprocessualmente) quanto pelo judiciário e “vale como título executivo, [o que] facilita o cumprimento forçado da obrigação de reparar a lesão.”²⁰⁴

Acordam-se, pois, questões relativas a prazo e modo de cumprimento da obrigação: “nunca essas transações poderiam deixar de afetar outros indivíduos e ignorar[-se] essa circunstância, permitindo-se, [assim], a negociação livre entre as partes.”²⁰⁵

O Termo então tem suas vantagens porque dispensa a discussão sobre a culpa ou não do réu. Acordam-se termos e prazos para o cumprimento da reparação coletiva, sem que deste o réu possa fugir a punibilidade, mas será isento da tutela ressarcitória, o que lhe evita ulterior constrição patrimonial no valor do dano causado a todos, passando a ser imputado eventualmente, somente, pela tutela punitiva como medida inibitória.

O termo é agradável as duas partes. Aos direitos difusos como meio de serem-se recuperadas, em tempo célere, as partes; e ao particular como meio de não se ver-se condenado na tutela ressarcitória pela qual já adimpliu.

Aponta Renan Mori Ouannous²⁰⁶ que a Resolução 125/2010 e a Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público incentivam o uso do TAC desde que, nos termos do parágrafo 1º, não impliquem em renúncia aos direitos ou interesses. Por ser um título extrajudicial, quando firmado pelo MP, sua execução é forçada, ou seja, o descumprimento dispensa qualquer análise da volitividade do agente que passa a ser objeto de imediata constrição patrimonial.

Trata-se, pois, de uma forma mais célere e eficiente de se garantir a prestação jurisdicional de um lado e, de outro, evita-se que o inadimplente acabe arcando com toda uma reparação coletiva.

A questão é imprescindível aos TCEs porque os Tribunais de Contas são auxiliados pelo Ministério Público de Contas com prerrogativas de propositura de TACs e TAGs.

²⁰³BONAMETTI, T. N. De Teoria à prática: uma nova abordagem sobre a eficiência de transação em conflitos coletivos. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, vol. 4, p. 105-134, 2014. p. 110.

²⁰⁴BONAMETTI, T. N. De Teoria à prática: uma nova abordagem sobre a eficiência de transação em conflitos coletivos. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, vol. 4, p. 105-134, 2014. p. 110.

²⁰⁵BONAMETTI, T. N. De Teoria à prática: uma nova abordagem sobre a eficiência de transação em conflitos coletivos. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, vol. 4, p. 105-134, 2014. p. 114.

²⁰⁶OUANNOUS, R. M. Autocomposição no processo coletivo: possibilidades e limitações. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 02, n. 86, . 77-98, jun./dez. 2019. p. 82.

O objetivo, assim, é proporcionar uma mais célere recuperação do bem difuso lesado. Resta, contudo, saber se o instituto tem sido aplicado na prática, o que foge ao escopo deste trabalho, e cuja proposta se remete aos demais autores que quiserem aventurar-se. De toda sorte, na literatura analisada, os comparativos são promissores, com resultados que demonstram que, nas ações civis em que o instrumento foi utilizado, a resolução dos conflitos se solucionou em tempo bem mais reduzido que sua alternativa judicial.

Mais que quantitativa, contudo, a análise deve ser qualitativa. O Termo se mostra adequado para lesões de massa (*mass tort litigation*)? Depende da perspectiva em que se analise. Aponta, assim, Fernanda da Luz Berna que, no recente termo de ajustamento de conduta firmado sobre a barragem de Mariana/Mg,²⁰⁷ não obstante, o termo de ajustamento de conduta provisório tenha sido fixado como uma “medida aparentemente apropriada, em face da dimensão da tragédia, o reiterado descumprimento das medidas ajustadas pelos demandados acarreta uma sensação de impunidade”.

No caso, a Samarco Mineração S.A foi acusada de um dano ambiental de R\$ 20.204.968.949,00 (vinte bilhões, duzentos e quatro milhões, novecentos e sessenta e oito mil, e novecentos e quarenta e nove reais). A empresa ré alegou ter pagado R\$ 1,2 bilhão de reais, mas a juíza entendeu que nem esse valor, correspondente a menos de 10% do total do dano, teria sido, comprovadamente, aplicado nas medidas de recuperação ajustadas.

Em sentido oposto, é o caso apresentado por Gabriela Ferreira Sanches e Zacarias Alves de Araújo Neto.²⁰⁸ O caso trata de duas faturas de energia elétrica indevidas emitidas pela concessionária de energia do Amapá em novembro de 2015, bem como cortes e cobranças feitos de maneira desproporcional.

A empresa se comprometeu a ampliar o espaço físico de atendimento presencial, ampliando o número de guichês, abstando-se de efetuar, até junho de 2016, a inscrição dos clientes no cadastro de inadimplentes, até que as faturas fossem verificadas, bem como aderiu a suspensão das cobranças das faturas emitidas entre 10/2015 e 11/2015. A autora concluiu que, neste caso, o TAC cumpriu sua meta, mostrando-se um instrumento eficaz, no caso, para tutela dos direitos difusos.

²⁰⁷BERNA, F. D. L. A efetividade do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como instrumento de reparação do meio ambiente: uma análise do caso de Mariana/MG. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista** – IPA, São Paulo, vol. 02, n. 01, p. 301-350, 2017. p. 344.

²⁰⁸SANCHES, G. F.; NETO, Z. A. D. A. Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de proteção ao consumidor em observância ao princípio da incolumidade pública: análise da eficácia do TAC firmado entre o Ministério Público do Amapá e a Companhia de eletricidade do Amapá. **Revista Jurídica ESPM-SP**, São Paulo, v. 15, p. 69-95. 2019. p. 83.

Enfim, as pesquisas empíricas evidenciam dados positivos, mas o caso como Mariana/MG colocam em perspectiva a possibilidade de se assegurarem direitos difusos por transação.

É este outro ponto favorável a este trabalho: os TAC firmado nas Cortes de Contas são fiscalizados pelas próprias Cortes por meio de ações de monitoramento, ademais, nas auditorias concomitantes, os TACs se desenvolvem dentro do prazo de cumprimento do próprio contrato público, favorecendo uma melhor prestação “jurisdicional (no sentido lato)” dos serviços públicos.

De toda a sorte, a prevalência do TAC advém do fato de que quando firmado pelo MP converte-se em título executivo extrajudicial, passível de execução sem que se tenha que avaliar culpabilidade de agentes que tacitamente reconhecem o descumprimento do serviço público e cujo inadimplemento resultará em imediata constrição patrimonial (p. ex: via penhora ou BACENJUD).

Mas se o TAC visa a salvaguardar o direito coletivo, como terceira via, há casos em que a decisão judicial é inevitável, mas os lesados não são identificados, é sobre esta hipótese que o legislador previu um fundo que garanta que o dano seja recomposto a coletividade, tema do próximo tópico.

3.4.5 Fundo Coletivo

Apointa Sebastião Sergio Silveira, Ricardo dos Reis Silveira e Isaías do Carno que o ordenamento nacional previu formas inibitórias, assim como o fez o legislador norte-americano, de se garantirem as ações injuntivas coletivas: a imposição de *astreintes*.²⁰⁹

O autor aponta que as leis que tratam do fundo coletivo geram dúvidas na jurisprudência sobre sua destinação, em especial, para onde iriam os recursos das tutelas injuntivas impostas nas ações que tratassem sobre tutelas atinentes ao Estatuto do Idoso, isto porque o “o artigo 84 [do estatuto] contemplou disposição genérica, determinando a destinação de multas contempladas ao Fundo do Idoso ao Fundo Municipal de Assistência Social.

A controvérsia, apontam os autores: dizem respeito as reparações de direitos “individuais homogêneos. Embora o adequado seja a destinação aos prejudicados, tendo em vista que nessa categoria as vítimas são definidas [...] as divergências apontam para diferentes

²⁰⁹SILVEIRA, S. S.; SILVEIRA, R. D. R.; CARNO, I. D. A Destinação das reparações e astreintes em ação civil pública e a solução do *fluid recovery*. **Revista Jurídica Cesumar**, [S.l], n. 20, n. 02, p. 177-189, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/index>. Acesso em: 13 abr. 2022. p. 177.

soluções, incluindo a destinação integral ao prejudicado.”²¹⁰ ou destinação parcial a vítima ou até mesmo destinação integral ao fundo setorial.

No caso das *astreintes*, embora o adequado seja o envio aos prejudicados, na forma do art. 537, §2º CPC, são encontrados julgados admitindo a incidência dos dois dispositivos legais (envio aos beneficiários ou ao fundo), de forma que a destinação “das multas arrecadadas deve ser feita parte para o prejudicado e o restante para o fundo de reparação vinculado aos interesses dos idosos.”²¹¹

Há, porém, julgados que aplicam a literalidade do art. 84 do Estatuto do Idoso revertendo as multas integralmente ao fundo setorial de reparação.

Enfim, há nítido conflito legislativo-jurisprudencial. A justificativa é a vedação ao enriquecimento sem causa. Aqueles que adjudicam dessa tese, afirmam que as *astreintes* são medidas dissuasórias e, portanto, não devem ser enviadas a parte lesada, mas, a um fundo comunitário como previu o legislador derivado em lei específica.

Há, porém, aqueles que defendem que as medidas dissuasórias são inseparáveis das tutelas ressarcitórias, visto recompensarem o lapso temporal no qual o ilícito ocorreu com a vítima: é a tese do legislador do CPC (art. 537§ 2º): a multa será devida ao exequente.

Não foi, porém, a intenção do legislador do Estatuto do idoso que considerou que somente o valor ressarcitório deveria ser retornado as vítimas. Essa divergência tem respaldo na jurisprudência que hora determina o envio dos recursos a uma ora a outra destinação.

A ideia de um fundo coletivo, aceta Fernanda Lissa Fujwara Homma²¹² advém do ideal de *fluid recovery* e *cy pres* (processos coletivos difusos diluídos).

A ideia é que havendo uma tutela ressarcitória, parte dos recursos seja destinada a um fundo coletivo e somente uma parte da indenização da ação coletiva aos lesados. O Intuito é evitar o locupletamento do autor a custas do réu e ao mesmo tempo impor ao réu uma indenização suplementar ao dano como medida dissuasória que será destinada a um fundo coletivo: evita-se o enriquecimento sem causa do autor e pune-se ao mesmo tempo a possibilidade de reincidência do réu.

²¹⁰SILVEIRA, S. S.; SILVEIRA, R. D. R.; CARNO, I. D. A Destinação das reparações e *astreintes* em ação civil pública e a solução do *fluid recovery*. **Revista Jurídica Cesumar**, [S.l], n. 20, n. 02, p. 177-189, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/index>. Acesso em: 13 abr. 2022. p. 177.

²¹¹SILVEIRA, S. S.; SILVEIRA, R. D. R.; CARNO, I. D. A Destinação das reparações e *astreintes* em ação civil pública e a solução do *fluid recovery*. **Revista Jurídica Cesumar**, [S.l], n. 20, n. 02, p. 177-189, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/index>. Acesso em: 13 abr. 2022. p. 186.

²¹²HOMMA, F. L. F. Pecuniary judicial executions on class actions: between the fluid recovery, the cy press, and the funds. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 11, vol. 18, n. 02, mai./ago. 2018. p. 194.

No núcleo duro dos processos coletivos, as leis se dividem. O artigo 13 da lei de Ação civil pública determina a destinação de indenizações pecuniárias unicamente para a reconstituição dos bens lesados. O código de defesa do Consumidor, no artigo 100, tem previsão contrária, posto que, somente se impossível a identificação dos lesados, os valores serão revertidos a um fundo.

O fundo tem, pois, por fim, a restauração do *status quo* predecessor e a garantia que ainda que não sejam identificados liquidantes, os valores indenizatórios retornarão a sociedade. Na ação civil pública é o reestabelecimento das coisas antes da lesão, no consumidor, o prejuízo sofrido por cada agente antes do abuso econômico.

Porém, a destinação dos recursos tem um benefício de ordem, isto porque o §3º do Artigo 1º da Lei 9008/1995 estabelece que a destinação dos valores a título ressarcitório só serão empregados em estabelecimentos sócios educativos e na edição de material educativo quando impossível a reparação coletiva. O mesmo ocorre com o CDC que privilegia a indenização das vítimas, não sendo esta possível, os valores serão recolhidos a um fundo comunitário.

A questão, contudo, não é tão trivial quando se percebe que os juízes se valem do dano moral coletivo, logo, como as vítimas não podem ser ressarcidas para além do que sofreram, em teoria, o excedente, a título de dano moral coletivo, deveria servir, de um lado, como medida dissuasória contra o réu e de um outro lado como compensação difusa transindividual.

Mencionou-se deveria porque não é o que se observa na prática. Aponta Fábio Nesi Venzon que, no exercício de 2015, houve empenho para o fundo federal na ordem de R\$ 3.833.440,00 alocados em onze projetos. A arrecadação, contudo, superou em muito este valor atingindo a monta de R\$ 563.326.342,06, contudo, foram destinados apenas 0,68% dos recursos arrecadados pelo Ministério da Justiça nos projetos sociais cujo fundo deveria apoiar.

Mais, os autores demonstram que em 2016, dos R\$ 775.034.487,75 arrecadados, teriam sido executados apenas R\$ 350.000,00.²¹³

Enfim o direito nacional se apropriou, em parte, dos *fluid recovery* americanos, mas a destinação dos recursos na recuperação dos direitos lesados não vem sendo empregada, o que coloca a tese indenizatória das efetividades das ações coletivas em perspectiva. Ademais, há dúvidas sobre a destinação nas ações injuntivas, se estas serviriam a tutelar o lapso temporal

²¹³VENZON, F. N. Fundo de defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos. **Revista Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16, n. 50, p. 125-146, jul. dez. 2017. p. 134-136.

em que a vítima ficou lesada ou apenas como medida inibitória contra o autor. A depender da tese, uma destinação ou outra dos recursos advirá.

Mas as ações coletivas nem sempre tutelam apenas direitos difusos, há casos em que diversos agentes se habilitam ao lado do autor para auxiliá-lo na salvaguarda dos direitos. Da mesma forma, existem casos em que pode parecer mais vantajoso acionar-se a seguradora que o lesante, tema que no direito processual é tratado na parte que tutela intervenção de terceiros.

3.4.6 Intervenção de Terceiros em Tutelas Coletivas

Conforme se adiantou, Didier recusa a reconhecer a assistência simples nas tutelas coletivas pela concomitância entre ações singulares e coletivas, a ideia é que faltaria ao interveniente interesse de agir na tutela coletiva cujo interesse é do grupo, na singular, do autor individual. Na oportunidade, ressaltou-se a crítica a esta corrente porque a assistência simples preconiza interesse meramente reflexo na lide, o interesse do assistente é com o autor (ou réu).

A discussão é contrária quando se tratar de um colegitimado, hipótese em que este poderá adentrar na lide como assistente litisconsorcial ulterior, é o que ocorre com um cidadão (em ação popular) que poderá adentrar em outra ação coletiva, como improbidade ou ação civil pública, (desde que o interesse local seja o mesmo) na condição de litisconsorte ulterior.

A questão é, contudo, divergente quando se trata de denúncia a lide e chamamento ao processo. Em regra, aponta, o autor,²¹⁴ é que o código de defesa do consumidor vedaria a denúncia com base na responsabilidade objetiva. O mesmo ocorreria para o chamamento ao processo que acabaria por ampliar um rol de colegitimados passivos tumultuando a tutela jurisdicional.

Ocorre que o próprio CDC permite o chamamento ao processo em ações de seguro, nos termos do art. 101, II, mas esta permissão não seria extensível as demais tutelas do consumidor. Ademais, em princípio, não se vedaria o uso da denúncia a lide, devendo se observar o caso concreto.

Contudo, as aplicações do CDC não são oponíveis aos demais casos. Em princípio, não se vedaria o uso da denúncia, por exemplo, nas ações civis públicas.

No que tange a assistência, esclarece Ronaldo Lima dos Santos, que face a ausência de regulamentação da matéria, cabe a doutrina se debruçar sobre o tema, assim:

²¹⁴DIDIER JR, F.; ZANETI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Juspodium, 2017. vol. IV. p. 248.

Neste diapasão, ação de cumprimento, assim como a ação coletiva de interesses individuais homogêneos, não admite a intervenção individual dos titulares dos interesses com a finalidade de discussão de sua situação específica e peculiar, tendo em vista que a sentença proferida será genérica, não apreciando situações particulares, cuja discussão fica relegada à fase de liquidação de sentença. O ingresso na lide como litisconsorte limita-se a auxiliar a obtenção de sentença genérica favorável à classe.²¹⁵

O autor aponta que não fora sem tempo que se cancelaria a súmula 310 do Superior Tribunal de Justiça pelo qual se permitia ao trabalhador individual adentrar na ação de cumprimento com a finalidade de acordar, transigir ou renunciar, posto que na ação coletiva não são suscetíveis de discussões questões atinentes as tutelas singulares.

De toda forma, os autores oscilam: Didier argui, em tese, que seria possível a assistência simples (não a litisconsorcial) cuja vedação advém da ausência de interesse de agir e Ronaldo Lima admite, implicitamente e excepcionalmente, a intervenção para auxiliar a obtenção do resultado favorável da lide coletiva. É nesse aspecto que Didier faz uso do *amicus curiae* para contornar a discussão.

Outro autor que se debruçou sobre o tema foi Voltaire de Lima Moraes, agora, sob a perspectiva da ação civil pública. O autor chega à conclusão de que em semelhança ao código de defesa do consumidor, pela responsabilização objetiva dos fornecedores, seria incabível a denunciação que resultaria “por certo em dilação probatória, comprometendo a rápida prestação jurisdicional e desfigurando os objetivos colimados pelo legislador, posto adotar-se a Teoria Objetiva por dano”²¹⁶ ambiental. Este é também o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli.²¹⁷

Esta mesma regra de solidariedade imporia tratamento oposto no caso de chamamento ao processo:

Havendo, solidariedade passiva, porque todos os poluidores seriam corresponsáveis pelo evento danoso ao meio ambiente, seria cabível, então, com base no art. 77, III, o poluidor demandado, mediante o chamamento ao processo, trazer para o polo passivo da relação jurídica processual um ou mais poluidores que não foram demandados: No caso pensamos que sim. Sendo a responsabilidade objetiva aplicável a todos os poluidores, bastaria ao autor na ação de responsabilidade demonstrar a existência do

²¹⁵ SANTOS, R. L. Intervenção assistencial nas ações coletivas. **Revista da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. 7, n. 27, p. 105-130, abr./jun. 2008. p. 111.

²¹⁶MORAES, V. D. L. Da denunciação à lide e do chamamento ao processo na ação civil pública por danos ao meio ambiente. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 50, p. 101-111, abr./jul. 2003. p. 108.

²¹⁷MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 155.

dano e estabelecer o nexo de causalidade entre ele a conduta dos que lhe deram causa.²¹⁸

Os tratamentos da doutrina são oscilantes. Não apenas a doutrina, a legislação ora trata o tema de uma forma, ora de outra, como se observa na vedação do chamamento ao processo do CDC, salvo as questões de seguro e lei de ação civil pública.

De toda sorte, o posicionamento de Voltaire Moraes não é acompanhado por Ada Pellegrini Grinover para a qual é possível a denunciação a lide desde que não haja ampliação objetiva do pedido.²¹⁹

Resta evidente a dissonância doutrinária e, sobretudo, legislativa sobre o tema.

Os processos de Contas, contudo, tentarão contornar este problema, porque não terão essa multiplicidade legislativa divergente: é, pois, aplicáveis, a estes, o procedimento comum, mas ajustados as peculiaridades das tutelas que salvagam.

Logo, questões como ampliação objetiva da lide e possibilidade de chamamento ao processo do codevedor solidário levantarão discussões ainda inexploradas dentro do processo administrativo que se pretende modular neste trabalho, antes, porém há um último tópico a ser trabalhado para que se esgote (ou se pretenda esgotar) as principais discussões sobre as ações coletivas, o caso em que a coletividade deixa de ser autora e passa a ser ré, objeto das tutelas coletivas passivas.

3.4.7 Ações Coletivas Passivas

Em 2008, alunos da Universidade de Brasília invadiram o prédio da Reitoria, reivindicando a renúncia do Reitor que estava sendo acusado de irregularidades. Logo, a Universidade ingressou em juízo pleiteando a proteção de seus bens. Em vez de propor uma “ação possessória contra cada aluno, coletivizou o conflito apontado o Diretório Central dos Estudantes como representante adequado do Grupo; no mesmo ano, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro passou por situação semelhante tendo adotado a mesma providência”²²⁰

²¹⁸MORAES, V. D. L. Da denunciação à lide e do chamamento ao processo na ação civil pública por danos ao meio ambiente. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 50, p. 101-111, abr./jul. 2003. p. 110.

²¹⁹GRINOVER, A. P. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 683.

²²⁰DIDIER JR, F.; ZANETI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Juspodium, 2017. vol. IV. p. 496.

(processo que tramitou na 10ª Vara da Fazenda Pública da Cidade do Rio de Janeiro n. 0288813-36.2008.8.19.00001 do TRF da 1ª Região).

Aponta, assim, Fredie Didier Jr., a possibilidade de existência, em nosso ordenamento, das chamadas ações coletivas passivas. São ações previstas para o caso em que a participação da coletividade no polo passivo se torna necessária, mas a participação de todos pode gerar tumulto ao processo.

A solução é a nomeação de um representante do grupo que se apresentará como porta-voz dos direitos do grupo (em similitude ao direito alemão). Aponta Didier que, no caso, o controle adequado da representatividade pelo juízo se torna imperativa face ao direito tutelado.

A questão também reflete a possibilidade do que o autor chama de ações coletivas duplamente passiva, ou seja, naquela que autor e réus são representados pela categoria como ocorre nos sindicatos de trabalhadores e empregados pleiteando direitos e deveres recíprocos e possibilitando, assim, a reconvenções.

O autor aponta, ainda, que o Tribunal de Justiça do Espírito Santo “reconheceu a possibilidade de ação coletiva passiva em face de um grupo de servidores públicos para a revisão do pagamento de precatórios, tratando-se de ação derivada.”²²¹

A ação derivada decorre de uma ação ativa no qual a coletividade, após reconvenção, (do réu) passa a figurar no polo passivo.

A questão ainda, conforme o autor, é útil para discussões que envolvam grupos nos quais os infratores não podem ser identificados (ações coletivas passivas anônimas), como no caso do grupo de torcedores que vandalizam as instalações do clube, respondendo, no caso, a torcida organizada, nos termos do estatuto do torcedor, pelos atos de seus integrantes.

Mas a questão leva a discussões. Edilson Vitorelli²²² aponta que nos mais de 50 anos da existência das ações coletivas nos Estados Unidos, o seu uso, em que pese autorizado expressamente por lei, é irrisório. Assim, o autor aponta os estudos de Francis Shen que, de uma pesquisa qualitativa entre 1972 e 2006, o número de ações ativas, por juiz, variaria de 1.0000 a 5.000 por ano e desses 35 anos as ações coletivas passivas nunca atingiram 100 processos por vara.

²²¹ DIDIER JR, F.; ZANETI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Juspodium, 2017. vol. IV. p. 496.

²²²VITORELLI, E. Ações Coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 278, p. 297-335, abr. 2018. p. 297.

O desinteresse²²³ não é apenas prático, é antes teórico. O site Heinonline que agrega o “conteúdo de praticamente todas as revistas jurídicas nos Estados Unidos registrava em 09 de outubro de 2014 apenas 18 artigos sobre o tema e [...] a maioria foi citada por poucos trabalhos ou sequer teria sido citada.”²²⁴ A razão: a desconfiança dos acadêmicos e juízes-norte-americanos quanto à possibilidade de se constituir um representante adequado para o grupo passivo. Assim:

Embora a casuística apresente um ou outro exemplo em que essas ações ser utilizadas em favor da sociedade, contra um grupo menor, que lesa meio ambiente, o consumidor ou o interesse público, sua utilização claramente predominante seria em favor do indivíduo, contra grupos e, sobretudo, contra grupos sociais vulneráveis. Seria em favor do grande capital, em detrimento dos desapossados.²²⁵

O que Vitorelli expõe é que todo o sistema de ações coletivas nacional foi pensado para as ações ativas, para a salvaguarda do interesse de um grupo, tanto é que a negativa da ação, quer por insuficiência de provas, quer por exaurimento de provas, nunca prejudica os direitos individuais. Essa foi a lógica do legislador. O transporte da ação só ocorre quando pertinente a coletiva, oportunidade em que cada pleiteante poderá liquidar seu *quantum*.

Da mesma forma, em que pese Didier expor a jurisprudência nacional, o próprio autor reconhece que o controle judicial da representação adequada será imprescindível para o caso concreto, mas, como se demonstrou, no país, esse controle é presumido, sendo feito a priori por meio da pertinência temática.

Esse inclusive é outro ponto questionado por Vitorelli, agora na sua tese convertida em livro: a necessidade de um controle adequado durante o trâmite processual, a terceira fase de controle das *class actions* nacionais.

De toda sorte, talvez fosse melhor ao legislador que o fizessem em definitivo.

Nesse ínterim, parece melhor deixar que a sociedade e a doutrina se desenvolvam, para maturar o que se pretende com a criação dessa nova técnica processual e produzir quem sabe, entendimentos que solucionem até mesmo as graves objeções enfrentadas pelo instituto da ação coletiva passiva em seu país de origem, onde se encontra, até o momento, fadada ao esquecimento.²²⁶

²²³VITORELLI, E. Ações Coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 278, p. 297-335, abr. 2018. p. 301-303.

²²⁴VITORELLI, E. Ações Coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 278, p. 297-335, abr. 2018. p. 302.

²²⁵VITORELLI, E. Ações Coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 278, p. 297-335, abr. 2018. p. 314.

²²⁶VITORELLI, E. Ações Coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 278, p. 297-335, abr. 2018. p. 333.

O tema é divergente, como o são a grande parte das discussões sobre tutela coletiva, resta, contudo, necessário fazer-se uma síntese de todos os estudos tratados neste capítulo.

3.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Até o presente momento o estudo teve por fim levar o leitor a um panorama geral dos dois grandes subgrupos de tutelas coletivas: demandas repetitivas e assunção de competência.

É verdade que alguns autores inserem as ações constitucionais dentro desse grupo, mas esta tem as mesmas abstrações das leis que a originaram, o que não tem gerado muitas discussões na literatura as quais se observam, em sua maioria, nos dois subgrupos citados. O capítulo 02 tratou dos IRDRs.

Neste capítulo, diversos posicionamentos divergentes na literatura puderam ser constatados, destacam-se:

- a) possibilidade ou não do assistente simples nos processos de massa;
- b) divergência legislativa, como a necessidade de desistência da ação no mandado de segurança passivo e a imposição do limite territorial da ação civil pública;
- c) divergência legislativa e jurisprudencial quanto ao destino das *astreintes*: se medida compensatória ao lapso temporal dos lesados ou medida meramente inibitória, a depender de uma ou outra interpretação, parte dos recursos serão destinados as vítimas ou não;
- d) permissão ou não do interveniente singular adentrar a tutela coletiva como assistente litisconsorcial em direitos individuais homogêneos, em vista a vedação ao litisconsórcio multitudinário e a ausência de interesse singular em lide coletiva;
- e) possibilidade ou não de ações coletivas passivas;
- f) possibilidade ou não de existência do chamamento ao processo ou denúncia à lide nas ações coletivas, em especial face ao permissivo das ações de seguro do consumidor (art.100 c/c 101. I, II do CDC) que compõe um núcleo duro no microsistema;
- g) possibilidade ou não de ampliação dos casos de migração dos polos da lide – zonas de interesse – previsto para a ação popular, cujo ampliação aos demais institutos ainda é objeto de debate, porque a ação popular não compõe as leis que tem benefício

de ordem em vagueza legislativa no microssistema, cuja peremptoriedade é reservada a ação civil pública e ao CDC;

- h) existência ou não de litispendência apenas com 02 elementos: pedido e causa de pedir;
- i) conflitos de definição entre o que seriam direitos indisponíveis a permitir o uso do TAC;
- j) possibilidade ou não da presença do *amicus curiae* como interveniente em ações que tutelam direitos do grupo; e
- k) possibilidade de uma 3ª fase no controle das ações coletivas: representatividade adequada.

Conforme se demonstrou, não sou poucos os questionamentos da literatura e da jurisprudência.

Da mesma forma, os incidentes de demandas respetivas têm, igualmente, despertado dissenso, como no caso da preponderância dos incidentes de demandas repetitivas sobre assunção de competência, com realce das ações já postas em detrimento das hipotéticas, logo, favorecendo-se o litígio em vez de evitá-lo ou na submissão ou não dos juizados especiais aos IRDRs, face a súmula impeditiva de recurso do STJ.

Também se questiona o seguimento do feito, passado, *in albis*, a citação do réu com legitimação superveniente do MP, sem que se possa firmar uma tese com debate plural.

O processo de Contas, contudo, irá contornar boa parte dessas discussões. Isto porque seus julgados são *pro* e *contra*, logo não haverá o transporte *in utilibus* da coisa julgada, também, não adentrará em questões como recursos aos Tribunais superiores anômalos e não haverá discussões sobre fundos de amparo as vítimas que não têm previsão legal: os recursos das ações injuntivas irão ao tesouro do estado.

Porém, até então, não existe um código de Contas, cuja tutela processual advém de seus regimentos internos e reaplicação subsidiária do CPC. Ocorre que o CPC não tutela, em específico, direitos difusos de Contas, é preciso, pois, moldar os institutos as suas peculiaridades, o que se propõe no próximo capítulo.

As questões mais significativas processuais, assim, orbitarão em torno das partes, das provas e das justiças multiportas (como os TAGs e TACs), objeto do próximo capítulo. No último capítulo, haverá o estudo empírico dos diversos casos com intuito de averiguar se os institutos apresentados têm sido aplicados na prática.

4. ADAPTAÇÃO DA TEORIA DO PROCESSO AOS PROCESSOS DE CONTAS

Nos capítulos predecessores, objetivou-se apresentar os principais estudos contidos na doutrina sobre os dois grandes grupos de tutelas coletivas: recursos repetitivos e o microssistema de processos coletivos.

Na oportunidade, mostrou-se as diversas dificuldades encontradas na doutrina e jurisprudência que tratam do assunto. No IRDR, a possibilidade de seu uso nos juizados especiais ainda é tema de discussão e a crítica do seguimento da discussão jurídica ainda que com a desistência da ação pelas partes tem colocado em perspectiva se a fixação da tese jurídica sem a presença de todos que podem contribuir para o aprimoramento do *case* seriam meios eficazes de se amadurecer a melhor solução para a discussão posta.

No microssistema, apontou-se a incompletude de algumas discussões importantes: possibilidade de extensão da migração dos polos da lide aos demais casos coletivos, a eficácia territorial da decisão e a possibilidade de ações coletivas passivas (para um sistema que tem representatividade taxativamente estipulada por lei) temas, estes, que ainda realçam debates doutrinários que estão longe de findar-se.

Da mesma forma, a denúncia a lide e o chamamento ao processo, fora dos casos de seguradoras nas relações de consumo, ainda tem despertado vozes mais dissidentes que congruentes na doutrina. Apresenta-se, neste capítulo, a 3ª via.

As Cortes de Contas, como se apresentou, fazem coisa julgada *pro e contra*, com exaurimento ou insuficiência de provas e suas eficácias às partes não se limita aos casos *eventus litis*, o que contorna boa parte dos problemas apresentados, a eficácia das decisões, da mesma forma, será restrita a todo o estado em que o TCE possui sua jurisdição administrativa (nos termos *lato sensu*). Ou seja, distancia-se das principais críticas apresentadas das tutelas coletivas.

Mais, como se mostrou, quando as Cortes de Contas fazem uso das medidas injuntivas, determinando que determinado comportamento seja adotado por um gestor público, altera-se o comportamento de toda a administração que terá de adequar-se aos melhores entendimentos expostos pela Corte, o que se reproduz em processos eminentemente estruturais. Serão mais estruturais quanto maior a abrangência da decisão.

É o que ocorre quando o TCE determina a abstenção da prática de um ou outro procedimento, como na contratação de escritórios advocatícios sem licitação, o entendimento exarado repercutirá em um precedente obrigatório a ser seguido pelos

demais gestores, em especial, quando se tratar de uniformização de jurisprudência ou súmulas que, como se demonstrou no capítulo 02, são vinculantes a todos e ultrapassam os limites das partes em juízo (no sentido lato, vez mais).

Mas os processos de Contas são peculiares. Em primeira perspectiva, são processos que tratam de procedimentos que muitas vezes são regidos por uma cadeia de eventos. É o caso do processo licitatório em que há parecer, jurídico, do controle interno, com um termo de referência, culminando no contrato administrativo cujo adimplemento resultará no termo de recebimento provisório e definitivo.

A pergunta que se faz seria, quem deveria responder pelo inadimplemento? E mais, de que forma seria possível defender-se em juízo. O tema é importante porque os processos de Contas são inquisitivos, encerrando, em si mesmos, as fases instrutórias e probatórias resultando em um título extrajudicial que será objeto de execução do Estado contra seus inadimplentes.

Logo, há necessidade de se estudar dois temas principais da fase de conhecimento: partes e provas e seus reflexos no processo de Contas como litisconsórcio necessário e intervenção de terceiros, além de discussões sobre inversão de ônus probatório e presunções, o que será objeto deste capítulo.

A intenção é mostrar ao leitor os principais estudos sobre estes temas que trabalham exatamente o núcleo duro da fase instrutória e saneadora do processo e de que forma estes institutos podem ser adaptados aos processos administrativos de Contas que são, por essência, peculiares.

Como trabalhar discussões sobre o chamamento ao processo, denúncia a lide, litisconsortes necessários e unitários, além de questões mais sutis como prova emprestada, acordos processuais atípicos em tutelas indisponíveis (como são os casos dos TCEs) e presunções dos fatos alegados, notadamente, em processos que sempre busquem a verdade real dos fatos?

A modulação destes institutos se faz importantes, face a tutela punitiva-inibitória a que podem sofrer todos os agentes públicos eventualmente condenados.

Com este panorama, inicia-se a modulação do processo de conhecimento tradicional, em especial provas, partes e acordos processuais, às peculiaridades dos processos de Contas.

4.1 PARTES E TERCEIROS E O PROBLEMA DA SENTENÇA SEM O LITISCONSORTE NECESSÁRIO E UNITÁRIO: NULIDADE, INEXISTÊNCIA OU INEFICÁCIA: A OBRA DE CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO E CALMON DE PASSOS E BARBOSA MOREIRA

Adaptar processos peculiares a teoria geral do processo é, antes, consultarem-se clássicos, assim, o tema do litisconsórcio foi estudado na obra de Cândido Rangel Dinamarco,²²⁷ o litisconsórcio unitário na obra de Barbosa Moreira²²⁸ e a questão da nulidade da decisão das sentenças sem a presença do litisconsorte unitário e necessário na obra de Calmon de Passos,²²⁹ razão pela qual o estudo deste capítulo parte destas principais obras.

O tema é importante porque, como se demonstrou, as Cortes de Contas analisam procedimentos em cadeia causal, assim, como responder questões em que o processo licitatório é viciado, quem há de responder: o parecerista, o gestor público, o controlador interno? Mais, eles seriam partes ou litisconsortes, ou ainda, assistentes, se assistentes, de que tipo, simples ou litisconsorciais? Se litisconsortes, de que tipo? Ainda, o que fazer se a decisão tomada pela Corte suprir um desses intervenientes. É preciso, pois, adentrar nas peculiaridades destes institutos para que se possa responder a estas indagações com certa segurança.

Aponta Barbosa Moreira que a classificação dos múltiplos casos em que mais de uma pessoa, simultaneamente, figura no mesmo polo ativo do processo figurará em litisconsorte ativo e passivo quando há multiplicidade de réus ou autores e misto quando há multiplicidade de autores e réus, simultaneamente.²³⁰

De outra forma, classifica-se o litisconsorte como necessário ou facultativo, conforme a presença dos autores ou réus figurar condição indispensável a que se tenha “como regularmente instaurado o contraditório [...]. Em nosso direito o único sentido que se torna legítimo o uso da expressão litisconsórcio necessário é este que se liga a obrigatoriedade da demanda ativa ou passiva conjunta.”²³¹

²²⁷DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 9 e ss.

²²⁸MOREIRA, J. C. B. **Litisconsórcio unitário**. São Paulo: Forense, 1972 p. 12 e ss.

²²⁹PASSOS, C. D. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 20 e ss.

²³⁰MOREIRA, J. C. B. **Litisconsórcio unitário**. São Paulo: Forense, 1972 p. 11.

²³¹MOREIRA, J. C. B. **Litisconsórcio unitário**. São Paulo: Forense, 1972 p. 11

Aponta Barbosa Moreira que a fórmula utilizada nacionalmente foi a mesma prevista no art. 62, §1 do Código de Processo alemão. A indispensabilidade da decisão uniforme a todos os licitantes.

Ou seja, o que diferencia o litisconsorte unitário do necessário é que neste o legislador estipulou que a decisão pode ser diferente para diversos autores e réus, mas a lei estabelece uma obrigatoriedade de estar presente mais de um autor ou réu. É o que ocorre na alienação de bens constituídos sobre o regime de comunhão de bens com parcelas pagas por marido e mulher de forma distinta.

A venda não terá efeitos jurídicos sem a outorga uxória ou marital do outro cônjuge. A relação não é incindível para cota partes diferentes (apenas as parcelas do marido ou da esposa podem estar eivadas de nulidade), mas o direito coloca a presença de todos os cônjuges como condição de eficácia da alienação.

Há autores, contudo, que entendem que sendo o bem imóvel, indiviso, a relação material seria incindível e, logo, o litisconsórcio, além de necessário, seria, também, unitário.

Diferente deste exemplo é o caso da desconstituição da assembleia dos acionistas pelo acionista minoritário, a desconstituição da decisão da assembleia ultrapassará os limites do pedido de um único sócio, atingindo todos os demais membros societários, ou seja, a pertinência da ação anulatória proposta por um fará coisa julgada em relação a todos os seus pares, ainda que não ouvidos no processo, porque impossível de se desconsiderar as decisões tomadas em uma assembleia de sócios para atingir apenas um dos integrantes.

Assim, a decisão que acolher a pretensão de um repercutirá em todos, mesmo que sem serem ouvidos nos autos. Enfim, sendo a relação material cindível, há possibilidade de decisões conflitantes e o litisconsorte será necessário somente se a lei determinar. Sendo a relação material unitária, incindível, a decisão há de ser uniforme e o litisconsórcio será unitário.

Havendo, contudo, possibilidade de decisões díspares aos múltiplos autores e réus e não sendo obrigatória a presença destes, nos autos, o litisconsorte será facultativo.

Em suma: o litisconsorte é necessário quando a lei previr que a decisão não poderá ser tomada sem a presença de todos, facultativo, quando a sua presença se torne opcional.

Será, ainda, unitário se a relação material for incindível e simples se a relação material não o for. É perfeitamente possível, portanto, a existência de litisconsortes

unitários facultativos. A relação material é uma só, mas a presença de litigantes múltiplos é uma opção da lei, não uma obrigatoriedade.

É o que ocorre nas tutelas coletivas em que há mais de um colegitimado (p. ex: associações e Ministério Público), em que quaisquer destes podem entrar em juízo, mas a sentença vinculará a todos, contudo, a causa de pedir, a lesividade coletiva, é una e indivisa, em sua própria essência, razão pela qual, em que pese a possibilidade alternada de múltiplos litigantes autônomos nos autos, o resultado da decisão será, invariavelmente, homogênea, mesmo que seus pares, sequer, tenham sido ouvidos, impondo-se o litisconsórcio como facultativo (opcional) e unitário (decisão homogênea advinda da indivisibilidade da relação material no seu nascedouro processual).

Assim, também, será unitária a questão judicial que envolva bem de condomínio. A coisa comprada em condomínio, viciada, e pleiteada, por apenas um dos condôminos, se julgada procedente, repercutirá em todos, restabelecendo-se a relação jurídica predecessora ao contrato alienante, mesmo que, sequer, todos os membros tenham sido ouvidos nos autos: litisconsórcio unitário e facultativo.

Cândido Rangegel Dinamarco²³² traz alguns exemplos de litisconsortes unitários, são eles:

- a) Pedido de interdição, para o qual é individualmente legitimado qualquer parente próximo, bem como o cônjuge, os pais ou Ministério Público;
- b) Ação de anulação de casamento em que se faz necessária a presença de todos na relação matrimonial; e
- c) Cocredores ou codevedores solidários.

É, pois, acertada, a ponderação Barbosa Moreira, que determina que a homogeneidade da decisão é que impõe o litisconsorte como unitário, a mesma decisão deverá ser idêntica para todos.

Também é possível haver litisconsórcio unitário e necessário, como ocorre na alienação de bens imóveis constituídos pela comunhão parcial. Ambos tem que ser ouvidos por uma imposição legal (litisconsórcio necessário) e a relação material é incidível (bem imóvel), litisconsórcio, pois, unitário, também.

No necessário, simples, a homogeneidade não se verifica, apenas, a lei estabelece um requisito a mais: a obrigatoriedade de que todos os litisconsortes sejam presentes nos autos sob pena de ineficácia da decisão.

²³²DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 164.

Enfim existe no sistema nacional: litisconsórcio simples e necessário (questão cindível no direito material, mas com obrigação de todos no processo), litisconsortes necessários e unitários (obrigação de todos no processo e relação material incindível), litisconsórcio unitário e facultativo (faculdade de todos no processo para uma relação jurídica material indivisa) e litisconsórcio facultativo e simples (faculdade de todos no processo para questões materiais plurais).

Há, pois, consequências jurídicas que devem ser exploradas. Primeiro, é possível que a decisão seja tomada sem um litisconsorte unitário? E se houver desistência da ação, o que ocorre com a sentença? E se o regime for de litisconsorte necessário, qual a consequência jurídica da sentença que se pronuncia sem ouvi-lo? Mais, é possível que o litisconsorte unitário adentre na relação processual finda a contestação do réu? Até quando é possível permitir seu ingresso, e se o litisconsorte for facultativo, é cabível permitir seu ingresso após o saneamento dos autos? Em até que momento? Tratando-se de litisconsortes unitários, é imprescindível a citação destes por edital como condição saneadora indispensável? A decisão que não se ater a estas questões é eivada de inexistência, nulidade ou ineficácia? Observa-se a quantidade de questionamentos que se desmembram das relações processuais que se desenrolam sem litisconsortes a depender se o regime for facultativo, necessário, unitário ou obrigatório.

Bem expostas as coisas, procurar-se-á conceder respostas a maioria dos questionamentos, quem se debruçou sobre o tema, como se adiantou, foi Cândido Rangel Dinamarco.

O tema é imprescindível aos processos de Contas porque caso se considere que o processo licitatório foi eivado de nulidade por uma omissão do gestor e do parecerista jurídicos, nos termos de Barbosa Moreira, o litisconsórcio poderá ser unitário-facultativo ou necessário-unitário e a omissão de uma ou outra parte processual terá consequências jurídicas distintas.

Assim, por exemplo, em hipótese, se a decisão há de ser tomada de forma homogênea para os dois imputados (ou houve a irregularidade e ambos respondem ou não houve a irregularidade apontada pela Corte e ambos estão isentos da pena civil) o regime será de litisconsortes unitários, se, ao contrário, as decisões puderem ser diferentes para gestor e parecerista o regime não será unitário, mas simples, o que terá impactos diretos nos efeitos da decisão que omitir de escutar uns ou outros nos autos.

Ou seja, a forma de tratar os agentes estatais (litisconsorte simples, unitário ou necessário) dentro do processo averiguado pela Corte de Contas terá uma ou outra eficácia em termos processuais.

Adianta-se, contudo, que, na verdade, na maioria dos casos, o litisconsórcio de Contas não será unitário, mas simples, porque se a condutas dos agentes pode ser segregada, a relação material não será una e indivisa, mas plural, o que permite tratamento heterogêneo na sentença que sobrevier.

É que a reunião de causas será feita ou por uma questão de afinidade (litisconsórcio impróprio) ou por uma questão de conexão (comunhão subjetiva obrigatória advinda da mesma causa de pedir).

Disto decorre que como o litisconsorte é simples (não unitário), a decisão que deixar de ouvi-los não carecerá de reformas, o seria, contudo, se o regime for unitário-necessário.

A exceção fica a cargo da nulidade do contrato (quer após o prazo de 60 dias para Assembleia tê-lo feito tenha ocorrido *in albis*, quer pelo vício originário do processo licitatório que contamina seu acessório), assim, para que seja pronunciada a anulação contratual pelo TCE, empresa contratante e administração pública tem que ser ouvidas porque o contrato só pode ser anulado para ambos os contratantes, havendo iniciativa do TCE, ambos devem ser ouvidos nos autos.

Também, a questão tem reflexos nos prazos processuais, porque a regra do art. 335, III do CPC impõe que o prazo para contestar só passa a fluir após o esgotamento das citações de todos os litisconsortes²³³(regra da simultaneidade de prazos), mas esta regra só é válida para o litisconsórcio necessário, sendo facultativo, o prazo de cada um é regido pela autonomia, ou seja, cada um terá seu próprio prazo para contestar independente das citações de seus pares.

A simultaneidade não ocorre, contudo, no caso das intimações e no caso da declinação da audiência de conciliação, aqui e ali, o prazo para cada um dos litisconsortes contestar é regido por seu próprio prazo, independentemente de seus consortes.

Também, terá efeitos nos recursos. No regime unitário-simples, pela heterogeneidade das questões, o recurso de um não prejudica seus pares que poderão desistir da ação ou recorrer sem ter que se atentar para seus demais, sendo necessário, contudo, a desistência da ação de um implicará a perda da ação para seu consorte, o mesmo

²³³DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 37.

fenômeno ocorre no caso de recurso em litisconsórcio necessário: não cabe seguimento de um recurso sem a anuência de seu consorte.

Mas, no simples (unitário ou não) as iniciativas recursais são autônomas, isto é, havendo desistência ou renúncia de um litisconsorte da ação ou do recurso, seu par poderá seguir no feito, isso ocorre porque a sentença não será indivisa, mas heterogênea, portanto, não caberá análise recursal, apenas, da sentença daquilo que diz respeito a seu outro consorte desistente, por ausência de interesse recursal, a parte dispare da sentença. A parte que não tratar do litisconsorte desistente, mantém-se, pois, íntegra até o trânsito em julgado.

Também esclarece, Dinamarco,²³⁴ que, no caso da intervenção voluntária (litisconsórcio simples, facultativo), nos termos do art. 324 do CPC português, a decisão que não colher a legitimidade do litisconsorte será interlocutória sujeita a agravo (CPC art. 1015) porque o processo segue com seu consorte. O processo segue porque a legitimidade é concorrente.

Sendo necessário, o resultado será o fim do processo, o que torna a decisão interlocutória suscetível de revisão, mas aqui, pela terminatividade da decisão, a via atacável será preliminar de apelação, ou seja, só será revista pelo órgão *ad quem* e o juízo de retratação só será cabível após a verificação da admissibilidade recursal pelo juízo superior.

A intenção até aqui foi despertar o leitor para a problemática de quem deve estar presente no processo de Contas, até que momento é possível permitir o ingresso de outro agente estatal e quais são os efeitos jurídicos da decisão prolatada que se omite em escutar uma das partes que deveria, do início, fazer parte do processo. Iniciamos, pois, com o litisconsorte necessário, para adentrarmos nas questões.

4.1.1 Do Litisconsórcio Necessário Ativo e Passivo e o Litisconsórcio Unitário

Pois bem, como se demonstrou, no litisconsórcio necessário a lide pode ter desfechos díspares para os litigantes, apenas, a lei determina que para o correto desfecho da relação processual, outra parte deva compor o processo.

²³⁴DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 289.

Primeiro ponto esclarecedor é que, salvo na produção antecipada de provas, o juiz não poderá determinar de ofício a formação do litisconsórcio necessário.²³⁵

Assim, esclarece Barbi, que em se deparando com um caso de litisconsórcio necessário passivo, o juiz determinará ao autor que lhe inclua na relação processual sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.²³⁶

Esclarece Dinamarco que a solução oposta é tratada no caso de litisconsorte ativo, isto porque ninguém pode ser compelido a participar de uma relação processual que não deseja: “não é lícito violar essa ampla liberdade que tradicionalmente se outorga ao demandante.”²³⁷ A solução, parece ser a de carência da ação.

Ou seja, o processo sem o litisconsorte necessário ativo terminará em extinção do processo por carência, no litisconsórcio necessário passivo a questão será de emenda da inicial que, não atendida, resultará, novamente, na perda da ação por um dos pressupostos essenciais.

Não foi, contudo, o entendimento da jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que “reconhecido o litisconsorte necessário ativo, o juiz deverá determinar a intimação daqueles que, como autores, são titulares da mesma relação processual.”²³⁸

Cândido Rangel Dinamarco questiona se a intenção foi mesmo de se intimar os demais demandantes ou citá-los, por que sendo esta última a real intenção do relator formar-se-ia “um litisconsórcio necessário contra a vontade do terceiro que não pretende litigar” com o autor.²³⁹ “O que se chocaria contra as fortes razões no presente capítulo [...] O emprego do vocábulo intimação teria sido intencional? O que é correto, porque não impõe o terceiro como parte no processo.”²⁴⁰

Isto porque, expõe, Dinamarco, “não existe no direito brasileiro a citação de litisconsorte necessário ativo,” ou a relação processual integra-se em sua plenitude com todos que dela devam participar desde a inicial e o processo terá seu desenrolar normal, ou a ação será eivada de carência.²⁴¹

²³⁵DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 175.

²³⁶BARBI, C. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Vol. I, p. 278.

²³⁷ DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 189.

²³⁸ STJ, 3ª Turma, Resp n. 1.222.822, j. 23.9.14, rel. Min Ricardo Villas boas Cueva, **Diário Oficial de Justiça** de 30.09. 2014.

²³⁹DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 189.

²⁴⁰DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 189.

²⁴¹DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 203.

Enfim, sendo o litisconsórcio necessário, as soluções são as seguintes: sendo ativo, não cabe ao juiz determinar de ofício a inclusão da relação processual, menos, determinar ao autor que o faça, o caso é de carência de ação por requisito fundamental (condição indispensável em se promover o seguimento regular da ação).

Sendo caso de litisconsorte necessário passivo, o caso não será de inépcia nem de carência da ação, mas de determinar-se ao autor que emende a inicial a fazer compor no polo passivo todos aqueles que deveriam, de início, fazer parte da relação processual, não o fazendo, a lide se extingue por ausência de um de seus pressupostos fundamentais.

A jurisprudência, contudo, tem flexibilizado esta regra ao se permitir ao autor que intime os demais membros da relação processual para que tomem conhecimento do processo por meio de intimações. Esta técnica, contudo, é criticada porque tem reflexos complexos. Imagine o caso de uma venda de um bem imóvel adquirido em comunhão universal.

Imagine, pois, que com o inadimplemento da construtora pela demora da conclusão da obra, esta faz uma proposta extrajudicial de pagamentos sucessivos a título indenizatório com o qual a esposa concorda e o marido não.

O marido, inconformado, pleiteia a ação em juízo, seria suficiente a notificação da esposa para que o desfecho do processo se realize de forma escoreita, ainda que a esposa não queira litigar contra a construtora, posto satisfeita com a proposta de compensação já ofertada extrajudicialmente?

Mas a solução adversa não oferece outras saídas, impedir que o marido inconformado venha a juízo por relutância da esposa seria extrair-lhe o direito de acesso ao judiciário, enfim, quer se adote a literalidade da lei, quer a solução jurisprudencial *lege ferenda*, o problema da decisão do litisconsorte necessário prejudicará um ou outro na relação processual.

De toda forma, a questão do litisconsorte necessário não é tão relevante para os processos de Contas, porque a exigência de litígio conjunto é caso excepcional previsto em lei.

Mais comum, como se demonstrará, para os TCES, são os casos de demandas unidas não por uma imposição legal, mas por uma questão de afinidade ou conexão, questões que não dizem respeito ao litisconsorte necessário, mas ao facultativo.

É o que ocorre no processo licitatório eivado de nulidade. O vício pode ter ocorrido por erro do parecerista ou do orçamentista ou ambos. A rigor, a Corte de Contas pode

considerar ambos ou uns ou outros culpados ou inocentes, logo a lide pode ter desfechos díspares para ambos os imputados.

Pode ser que o parecerista seja julgado culpado e o orçamentista inocente, ou vice-versa o que poderia levar o equívoco de se considerar trata-se de litisconsortes necessários simples. Não são, os vícios no orçamento e no parecer serão tratados em uma única decisão de Contas não por uma imposição legal, mas por uma questão de afinidade, de conexão das demandas e economia processual, o que remete ao leitor a conexão, não ao litisconsorte necessário.

Bem expostas as coisas, há, ainda, um outro ponto fundamental, até que ponto é possível o ingresso do litisconsorte necessário ou facultativo?

Para responder a esta questão, antes, é imprescindível entender que a decisão do juiz que determina ao autor que requeira a inclusão do processo do litisconsórcio necessário ativo é interlocutória, mas insuscetível de agravo, impugnável, pois, em preliminar de apelação, não haverá “preclusão, por disposição expressa do art. 1.019 do CP.”²⁴²

Da mesma forma, não é cabível ao autor desistir da ação em relação a uns litisconsortes necessários, dando seguimento ao feito em relação aos demais, assim “o juiz negará a homologação a que se refere o parágrafo do art. 200.”²⁴³

A decisão, assim, que julga a lide sem o litisconsórcio necessário, “resolve-se em nulidade do procedimento mesmo e contamina de nulidade todos os atos ulteriores e dependentes.”²⁴⁴²⁴⁵

Mais que isso, é ineficaz em relação ao litisconsorte necessário não ouvido. A questão parece ser trivial, não é. É que a nulidade tem seu prazo decadencial de 02 anos para ser pronunciada, a ineficácia, não.

Mas outro problema surge, o autor poderá impetrar ação de nulidade ou rescisória sendo que lhe cabia desde o início compor a relação processual e não o fez? Poderá ainda pleitear a ação de ineficácia da sentença?

A letra da lei é ambígua, diz ser nula uma relação ao litisconsórcio necessário-unitário e ineficaz em relação aos omissos (comum não unitário), nos termos do art. 115,

²⁴²DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 209.

²⁴³DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 211.

²⁴⁴DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 211.

²⁴⁵KOMATSU, M. S. R. **A citação no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1977. p. 190.

I e II do CPC. Emilio Betti²⁴⁶ segue a linha de Barbosa Moreira para o qual a decisão é nula sem os litisconsortes necessários e ineficaz para os que não foram citados.

A rigor, assim, no litisconsórcio necessário, para o autor, a decisão prolatada deveria ser expurgada em rescisória impetrável em 02 anos, já para o litisconsórcio omissivo, que deveria, desde o início compor a relação processual, o prazo seria perpétuo, por que o processo não seria nulo, mas ineficaz?

Dinamarco entende que sendo o caso de litisconsórcio necessário, pouco importa se o regime é simples ou unitário a sentença proferida em tal situação será, além de nula, ineficaz. “Se não é possível julgar também em face do legitimado não integrado ao processo [...] a solução ao impasse é dada pelo reconhecimento da ineficácia da sentença, essa ineficácia atinge quem foi e quem não foi parte.”²⁴⁷

Conforme aponta Dinamarco, “apesar da nobre linhagem, são, no entanto, imperfeitas as disposições ditadas no art. 115.”²⁴⁸²⁴⁹²⁵⁰ É que a doutrina italiana trata o caso de *inefficacia della deciso*: “*negare l’efficacia della sentenza resa in assenza di taluno dei litisconsorti necessari equivale, quindi, a negare il produssi, interpretati della cosa giudicata.*”²⁵¹

Ou seja, nos dizeres de Liebman: são sentenças indefinidamente recorríveis,²⁵² porque, nos termos de Bulhões Carvalho, sua eficácia é pendente, posto negócio jurídico incompleto, uma vez faltar-lhe elemento essencial.²⁵³

Enfim, a sentença sem o litisconsórcio necessário não é só nula, é, antes, ineficaz: *inuliter datur*, prolatada “inutilmente, no sentido literal da palavra”²⁵⁴ abrangendo, nos termos expostos por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, quem foi e quem não foi parte do processo.²⁵⁵²⁵⁶

²⁴⁶BETTI, E. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed. Turim: UTET, 1950. p. 57.

²⁴⁷DINAMARCO, C. R. **Litisconsócio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 246.

²⁴⁸DINAMARCO, C. R. **Litisconsócio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 229.

²⁴⁹SCALISI, V. **Inefficacia** (“diritto privato”). Milão: Giuffrè, 1969. p. 322.

²⁵⁰DENTI, V. “Inesistenza degli atti processuali civili”. In: **Novissimo digesto italiano**, vol. XIV-VIII, p. 635-63. Turim: UTET, 1962. p. 635.

²⁵¹DENTI, V. “Inesistenza degli atti processuali civili”. In: **Novissimo digesto italiano**, vol. XIV-VIII, p. 635-638. Turim: UTET, 1962. p. 635

²⁵²LIEBMAN, E. T. “Azioni concorrenti”. In: **Problemi del processo civile**. Nápoles: Morano, 1962. p. 40.

²⁵³CARVALHO, F.P.D.B. **Ineficácia do ato jurídico e a reforma do código civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 9.

²⁵⁴DINAMARCO, C. R. **Litisconsócio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 249.

²⁵⁵LOPES, B.V. C. **As novas reformas do CPC e de outras normas processuais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 40.

²⁵⁶LOPES, B.V. C. Coisa julgada e justiça das decisões” **Revista de processo**, [S.l.], vol. 29, n. 116, pp. 372-400. jul. ago. 2004. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113214>. Acesso em: 16 nov. 2022. p. 372-373.

A tese da ineficácia é que ainda que seja obrigação do autor compor o litisconsorte, não lhe cabe saber da outorga uxória.

Impor-lhe a obrigação legal de rescindir o julgado em 02 anos, na literalidade da lei, e permitir a declaração de ineficácia a parte omissa seria tratar dois autores e réus com armas desiguais para uma sentença que nunca deveria ter sido pronunciada, o dever de o juiz extinguir a lide não pode compelir o autor a ter um prazo inferior a de seu consorte, por isso que, se a lei atribui a ineficácia perpétua da decisão ao omissa, os autores entendem que essa ineficácia poderia se estender aos demais, comitentes, ainda que o erro tenha se originado de sua própria omissão.

É uma construção, contudo, doutrinária, embora aceita pela maioria da jurisprudência, mas que não deixa de ser *paerter legem*, pois, ao rigor da legislação, a ineficácia atingiria somente o litisconsorte que não participou do processo, para o autor que não compôs a lide em sua integralidade e da qual sobreveio uma sentença sem o seu consorte, o prazo rescisório seria mesmo de 02 anos, após o qual a questão torna-se imutável pelo transcurso da preclusão temporal.

Não é, porém, o posicionamento final de Dinamarco e Pontes de Miranda, assim a “ineficácia em sentido estrito não golpeia sempre, necessariamente, todos os efeitos que o ato poderia produzir, nem se impõe em relação a todos os sujeitos envolvidos em dada situação [trata-se de] eficácia relativa ou eficácia parcial.”²⁵⁷²⁵⁸

Logo, tal sentença poderá “produzir o resultado principal postulado (anulação do ato, reconhecimento do usucapião), mas, exclusivamente, dos que foram partes do processo, mas, jamais do terceiro pelo qual é ineficaz.” E mesmo essa ineficácia não é arguível quando favorecer o terceiro, apenas, e quando, o prejudicar.²⁵⁹

A questão parece tortuosa, mas a resposta aos debates advém, antes, do fato do litisconsórcio ser necessário e unitário cumulativamente. Eis pois o quadro que se pode extrair.

Sendo litisconsorte necessário e unitário, a ineficácia da sentença que atinge o omissa se estende ao presente. É o caso da ação anulatória de bem imóvel adquirido em comunhão sem outorga uxória. Não compondo a lide com ambos os cônjuges, a ineficácia da sentença sem a outorga uxória se amplia ao autor, como se a decisão nunca tivesse existido, porque a concordância de ambos é requisito fundamental a condição da ação.

²⁵⁷DINAMARCO, C. R. **Litisconsócio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 253.

²⁵⁸PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1980. p. 73.

²⁵⁹DINAMARCO, C. R. **Litisconsócio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 253.

Se o marido quiser anular uma compra e venda contra a construtora, a sentença proferida sem a outorga uxória será ineficaz, porque o bem indivisível, a indizibilidade da relação material, irradia efeitos para além das partes, se é ineficaz a esposa, o será ao marido porque a decisão não pode ser dividida em partes, não podendo ser eficaz a um e não a seu consorte quando a relação material posta for indivisa.

Dito de outra forma, ou se reconhece a nulidade do contrato de compra e venda e sua eficácia se estabelece com a concordância de ambos os cônjuges ou a ação é carente de seus requisitos fundamentais, sem a integração de todos na relação indivisa, a ineficácia da decisão em relação a apenas um postulante que não integrou a lide contamina a demanda do autor que terá uma sentença sem eficácia, ainda que o erro tenha se originado de seu próprio lapso em não integrar (compor) todos na relação processual desde o início.

Solução contrária se dá no caso de litisconsortes necessários não unitários, nestes as possibilidades de decisões díspares para todos possibilita a ineficácia parcial da decisão, isto ocorre porque a relação não é indivisa, mas cindível, assim para as partes que compõe a relação, o processo será eficaz, mas cabível de anulação em 02 anos. Para o que não integraram a lide a sentença será sempre ineficaz, podendo ser impugnável perpetuamente porque nunca foram ouvidos no processo nem decretadas suas revelias.

Voltando ao caso das cotas partes diversas de marido e mulher em pagamento de um móvel, se apenas a esposa foi inadimplente e contra essa se moveu ação, o litisconsórcio é necessário por previsão legal, mas a relação material é divisível, logo simples.

A sentença proferida sem ouvir ambos os cônjuges será nula para marido e mulher, mas só ao marido será ineficaz por não ter sido integrado a relação processual. O direito da esposa em anular encerra-se em 02 anos da sua cota-parte, já a do marido, por ser ineficaz, por jamais ter sido ouvido, será perpétuo.

Havendo execução da cota parte da esposa, o marido poderá, eternamente, tirar seu quinhão em embargos de terceiros à execução infinitos. A esposa, contudo, só poderá fazê-lo em 02 anos em rescisória.

Independentemente dos casos, sendo favorável ao omissor, não há reconhecimento de ineficácia, ainda que se trate de litisconsórcio necessário unitário, logo, a decisão que lhe seja eficaz não será impugnável, rege, aqui, a regra *pas de nulité sans grief*.

Retomando o caso da nulidade do contrato de compra e venda. Não sendo o caso de aceite da contraproposta extrajudicial da construtora e reconhecendo-se a abusividade

da cláusula contratual, eventual sentença sem a outorga uxória será ineficaz a todos caso desfavorável (porque a nulidade do contrato é indivisa, compondo o litisconsórcio, além de necessário, também unitário), mas sendo favorável ao autor (e, por via reflexa, a esposa), ainda que esta não componha a relação processual, a esposa poderá, ulteriormente, em comunhão ao autor, executar a sentença que, em que pese prolatada sem seu conhecimento, assim, desprovida de seus requisitos fundamentais, lhe favoreceu.

Enfim: o efeito positivo da sentença permite assim que a ineficácia seja sobrestada ao omissa e emitente.

Por fim, e em suma, é conveniente esclarecer que o prazo para que o autor componha a relação processual é até o fim da fase saneadora, não o fazendo, como se sabe, sendo o caso de litisconsórcio necessário ativo, o juiz julgará carecedor da ação, sendo passivo, haverá extinção do processo sem resolução de mérito.

Ainda assim, havendo sentença, a questão se desdobra: sendo a relação incindível o prazo da rescisória não se exaure, porque a ineficácia em relação ao omissa favorece o autor, sendo cindível a relação (litisconsorte necessário não unitário), o autor terá 02 anos para desconstituir a decisão e o terceiro será acobertado eternamente para propositura da ineficácia da sentença que sobreveio sem o seu consentimento. Estará, contudo, impossibilitado de fazê-lo quando a sentença lhe for favorável.

Esclarecidos os pontos do litisconsórcio unitário, passa-se aos casos de litisconsortes unitários não necessários, ou seja, aqueles cuja decisão de um poderá afetar a todos. É o caso dos colegitimados na ação civil pública, a procedência da ação permitirá que qualquer um dos colegitimados execute o inadimplente.

De toda sorte, como se expôs, estas explicações são mais teóricas que relevantes, porque como se adiantou, nos processos de Contas, não é a lei que impõe a presença de vários agentes estatais, mas a causa *pretendi*, a causa de pedir próxima e remota que impõem um julgamento em conjunto por afinidade ou conexão: são litisconsórcios facultativos (exceção que fica a cargo da anulatória dos contratos administrativos).

Os casos são, pois, nos processos de Contas, de litisconsortes não unitários e não necessários, mas que hão de ser julgados em conjunto por uma questão de conexão. É o caso do parecerista jurídico que se equivoca e o processo segue com orçamento superfaturado. As tutelas são díspares, mas por uma questão de afinidade, harmonia de julgados e economia processual as lides devem ser julgadas em conjunto, não se

impossibilitando que a Corte considere não ter havido erro do orçamentista, mas o ter do parecerista e vice-versa.

Há, pois, cindibilidade das tutelas em juízo que, contudo, devem ser agrupadas pela afinidade da causa pretendi que compartilham.

Antes, contudo é importante trazer uma questão de Calmon de Passos: a sentença não prolatada sem o litisconsórcio necessário não seria inexistente, por que ausente seus requisitos fundamentais? Ou seja, nem nula, nem ineficaz, mas inexistente, se é inexistente o prazo é perpétuo para todos?

Aponta o autor:

Quando o tipo (*fattispecies*) é da categoria do procedimento é da categoria do procedimento, uma distinção nova se impõe. Traduzindo-se, o procedimento, numa série de atos, direcionados para obtenção decerto resultado típico, deve-se considerar na hipótese, tanto os pressupostos, requisitos e condição de cada ato procedimental, como a existência de pressupostos que se revelam presente na série de atos que integram o procedimento. Isso feito, observou-se que determinados pressupostos eram exigíveis no tocante a todos os atos do provimento que sua falta ou regularidade afeta não a penas um ou alguns dos atos da série que configura o procedimento, mas ao próprio procedimento como um todo.

Essa invalidade, assim, abrangente foi categorizada como inadmissibilidade que poderia conceituar como falta de aptidão do procedimento para alcançar o seu resultado típico ou, em outras palavras, mais especificadas do processo jurisdicional, para legitimar o exame do mérito. A inadmissibilidade é, portanto, ao lado da inexistência jurídica, também uma hipótese de invalidade e ineficácia que não se confunde com anualidade, reclamando teorização própria.

No terreno comum da adequação ou inadequação, destarte, não se confundem, nem se recebem o mesmo tratamento teórico, nem levam às mesmas consequências a inexistência jurídica, a inadmissibilidade a nulidade [...] Se Carnelutti é impecável ao derruir a construção de Acarelli, mostrando convincentemente ser a inexistência (que chama de nulidade absoluta) um conceito com base no mundo da tipologia jurídica, resultando de confronto entre o fato (real) e o tipo (legal) peca por identificar a sanção do ato defeituoso (a nulidade) com a incapacidade intrínseca o ato para produção deu um efeito jurídico específico (a inexistência). Uma diferença há, para produção de um efeito jurídico específico (a inexistência).²⁶⁰

A tese de Calmon de Passos é a seguinte, ausente um elemento essencial (como no litisconsórcio necessário) o tipo previsto pelo legislador (*fattispecies*) é defeituoso na origem ao que Carnelutti²⁶¹ chama de nulidade absoluta o que leva a sua ineficácia. O modelo do legislador (o tipo) não é adequado ao fato no mundo real, não há, pois, subjunção do fato a norma, logo o ato não é só nulo é, também, ineficaz.

Ou seja, há um ponto de convergência entre Calmon de Passos e Cândido Rangel Dinamarco, o ato além de nulo é ineficaz.

²⁶⁰PASSOS, C. D. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37. p. 95.

²⁶¹CARNELUTTI, F. **Estudios de Derecho Procesal**. Buenos Aires: Santiago Sentis Meleno, 1952. p. 39 e ss.

Mas há, como se demonstrou, um cuidado a se tomar nessa assertiva: primeiro essa ineficácia não será arguida se favorecer o omissor (*pas de nulité sans griefs*), ou seja, sendo a lide julgada favorável ao omissor, ainda que em o litisconsorte necessário, este omissor (e comitente) poderá (poderão) executar seu (s) quinhão (ões).

Também a ineficácia só atinge o omissor e comitente se o litisconsórcio for necessário e unitário sincronicamente, porque para o caso de litisconsórcio necessário, simples, a questão se desdobra: será nulo para o comitente e ineficaz para o omissor.

De toda sorte, como se demonstrou, salvo as questões de anulação de contratos (litisconsórcio necessário unitário), nos TCE, os casos serão de lides disformes, plurais, reunidas em uma decisão não por uma imposição legal (litisconsórcio necessário), nem por uma cindibilidade da relação material subjacente (litisconsórcio unitário), mas pela causa de pedir (conexão) ou pela afinidade de questões, o que leva ao estudo dos litisconsórcios facultativos.

Mas, como se demonstrará, nos tópicos subsequentes, estas questões levarão a outros problemas: é impositiva a reunião das causas tanto na conexão quanto na afinidade? O que fazer quando o procedimento não for o mesmo? Até que momento é possível permitir o ingresso do litisconsórcio facultativo? O que ocorre com a decisão que não reconhecer seu ingresso? A questão como se demonstrará tem levantado estudos não apenas nacionais mais internacionais no *common law* e no *civil law*, porque mesmo no sistema anglicano, as Cortes, há muito, têm observado que a homogeneidade da decisão acaba por impor a reunião de várias causas, entre múltiplos autores e réus, a um mesmo juízo.

Mas essa reunião gera um outro problema, a questão de foro, o que ocorre se os procedimentos são díspares e os foros também o são. Para responder a estas questões com segurança é imprescindível se adentrar no estudo específico dos litisconsórcios facultativos.

4.1.2 Litisconsórcio Facultativo: a Conexão e a Afinidade: Temas já Tratados na França, Áustria, Alemanha e Chile e o Problema do Foro e Procedimento Díspares

O tema do litisconsórcio unitário reverbera na legitimidade conjunta a qual o réu não poderá se opor, o necessário na condição da ação.

Estes casos não têm gerado muitas polêmicas na jurisprudência que, como se demonstrou, tem usado da intimação dos demais interessados como medida saneadora indispensável.

A intimação é essencial, porque não lhes cita, porque não hão de incorporar a relação processual, mas devem tomar conhecimento da ação para, querendo impugná-la, ou aderi-la. Sendo necessário, o processo será extinto com a impugnação, sendo unitário simples, seguira com o outro colegitimado.

Também não se discute que até o saneamento dos autos o réu não poderá impugnar a presença do consorte. A questão de que a emenda da inicial cabe até a contestação e após esta apenas com o consentimento do réu não tem sentido nestes casos.

No necessário, vedar o ingresso do consorte após a contestação seria impingir ao autor entrar com nova ação idêntica, agora com todos que devem comprar a relação processual no polo ativo ou passivo, salvo ter havido preempção, no unitário, o colegitimado negado entraria com nova ação conexa, o que inevitavelmente seria reunida, em julgamento conjunto, enfim: mesmo após a contestação, litisconsortes necessários e unitários simples poderão aderir a lide (no primeiro caso, para se evitar extinção de uma ação reproposta idêntica e no segundo, uma segunda ação contra o mesmo réu com outro coautor colegitimado que será julgado em conexão).

O problema então se encontra no litisconsorte simples, Cândido Rangel Dinamarco expõe²⁶²:

- a) Antes da citação, nada impede o acréscimo de outras partes (nem a alteração do pedido ou causa de pedir, art. 329, I do CPC), porque estranho ao réu, ainda, a relação processual, o aditamento ou a retificação da ação, surpresa alguma lhe poderá trazer. Quando vier a ser citado terá ciência da inicial e seu aditamento, tudo de uma só vez;
- b) Depois do saneamento, nenhuma modificação subjetiva poder-se-á fazer, porque isso implicaria violação da ordem preclusiva dos atos do procedimento comum brasileiro que é rígido e não comporta retrocessos, há, no caso, estabilização da demanda;
- c) No lapso temporal entre a contestação e a sentença, é possível, e recomendável, a integração do litisconsorte facultativo, ademais “nem o oferecimento da contestação pelo réu primitivo, nem sua possível impugnação deverão impedir que o juiz aceite o aditamento”²⁶³

²⁶²DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 216.

²⁶³DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 216.

Se até o saneamento é imperativo, por uma economia processual, permitir-se a integração do litisconsorte, quanto mais será nos casos de litis com consortes necessário e o unitário.

Enfim, em todos os casos de litisconsortes, até o saneamento, é pertinente permitir o ingresso do terceiro. A regra aqui é de que ao processo devem participar todos aqueles que direta e reflexamente serão atingidos pela decisão a possibilitar o melhor grau de certeza da cognição exauriente do juízo, enfim, a mesma regra do IRDR que visa a uma melhor cognição do juízo e impede seu implemento, passado *in albis*, a apresentação da peça, por quaisquer das partes, aplica-se aos litisconsortes, quaisquer que sejam.

A admissão, contudo, gera um outro problema, o foro. É que o ordenamento admite dois tipos de litisconsortes facultativos impróprios, o por conexão e o por afinidade de uma questão de fato ou direito (art. 114, III do CPC).

Dinamarco entende o seguinte:²⁶⁴

- a) A competência absoluta (por matéria) não se prorroga, vedando-se o litisconsórcio facultativo;
- b) A competência relativa se prorroga apenas na conexão, na afinidade não, nas questões de afinidade, os foros díspares, por ser questão de competência relativa devem ser vedados;
- c) É sempre cabível a cumulação objetiva, isto é, apenas o pedido é aditado sem ampliarem-se as partes, quaisquer que sejam os litisconsortes, “porque não altera o objeto do processo;”²⁶⁵
- d) A acumulação subjetiva por conexão é obrigatória, na afinidade é recomendável por “razões de economia processual e harmonia entre os julgados,”²⁶⁶ em que a “associação tem o desiderato de extrair do processo o máximo proveito útil possível [...] com benefícios para a própria justiça e para o terceiro;”²⁶⁷
- e) É cabível acumulação subjetiva (litisconsórcio facultativo) nas varas da fazenda pública;
- f) A eleição de foro veda a acumulação de pedidos, havendo *foro shopping*, os autos seguirão apartados;

²⁶⁴DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 278 e ss.

²⁶⁵DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 283.

²⁶⁶DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 285.

²⁶⁷DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 285.

- g) “apenas a conexidade e a continência têm a força de prorrogar a competência relativa;”²⁶⁸
- h) A incompatibilidade de procedimentos não é óbice a juntada de novas partes (cumulação subjetiva), como ocorre no mandado de segurança que tem rito sumaríssimo, hipótese em que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinará o seguimento do processo em rito comum;
- i) A adesão das ações em procedimentos diferentes a serem tramitadas pelo rito comum “goza dos favores da doutrina, com razão; e”²⁶⁹
- j) O interesse público “está acima dos interesses de eventuais caprichos dos particulares no processo que supera de longe”²⁷⁰ a objeção de se permitir o ingresso do terceiro em questões de afinidade.

A posição de Dinamarco pode ser resumida da seguinte forma:

- I) Sempre é cabível a acumulação objetiva, ou seja, mais de um pedido contra mesmo réu;
- II) A acumulação subjetiva na conexão é impositiva por ser mais forte, a por afinidade (questão comum de fato ou de direito) é recomendável por uma questão de economia processual e harmonia de julgados, mas quando o interesse público se encontra em questão, este supera o das partes impondo-se a união de causas de múltiplas partes.
- III) A existência de procedimentos diversos não é óbice ao litisconsórcio que seguirão para o rito comum; e
- IV) Apenas a conexão e continência prorrogarão a competência relativa (territorial) que permitirá a autor impetrar a ação em quaisquer dos domicílios dos réus, mas a competência absoluta (p. ex acidente de trabalho em que envolva um empregado público celetista e um servidor) impedirá o trâmite conjunto porque mesmo sendo conexas, a competência absoluta não pode ser sopesada.

A questão da afinidade é tratada como litisconsórcio improprio, espúrio, porque não é uma relação fática que une os agentes, mas um debate jurídico.

²⁶⁸DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 313.

²⁶⁹DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 319.

²⁷⁰DINAMARCO, C. R. **Litisconsórcio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 319

Assim, Daniela Bermudes Lino e Felipe Ramos Oliveira²⁷¹ são mais radicais que Dinamarco, para a autora: “o vínculo entre causas afins é o único espaço no qual subsiste o interesse em uma *autorização genérica* para a intervenção litisconsorcial voluntária” isto, justamente, porque, “diante da identidade entre questões de direito, o sistema não impõe a cumulação.”²⁷²

Nestes termos, dois limites, no entanto, apresentar-se-iam à defesa dessa autorização: (a) as regras de *estabilização objetiva do processo*, que denotariam uma opção sistêmica pela aceleração do processo em detrimento da livre cumulação de demandas; e (b) o *princípio do juiz natural*, “que não consentiria com modificações de competência atípicas; não seria possível, portanto, ao menos quando há mais de um juízo competente, impor a distribuição da demanda do terceiro por dependência a que já pende entre as partes.”

A autora, contudo, entende sempre ser possível a acumulação objetiva, a subjetiva, contudo, ficaria impedida por ausência de um liame causal, apenas, e tão só, a conexão de causas seria motivo a se permitir o ingresso do terceiro, mas não por mera faculdade, mas antes, por uma imposição legal. Logo, havendo conexão, as causas dos múltiplos *players* hão de ser reunidas.

O problema não é novo, antes, permeia o *common law* e o *civil law*.

Foi Robert Wybess Millar²⁷³ quem analisou a questão das cumulações subjetivas e objetivas no direito comparado.

Aponta, o autor, que no sistema do *common law*, a acumulação objetiva é sempre permitida, a de partes é permitida não por uma questão de direito material, mas pela homogeneidade da sentença e por uma questão de remédios posto ao réu (*defendant*) de ter de se defender uma única vez, ou seja, uma única tutela satisfativa (*single satisfaction*).²⁷⁴²⁷⁵

²⁷¹LINO, D. B.; OLIVEIRA, F. R. Intervenção litisconsorcial voluntária: Da assistência litisconsorcial ao ingresso mediante a cumulação ulterior de demanda. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 03, p. 220-262. set. dez. 2021. p. 257.

²⁷²LINO, D. B.; OLIVEIRA, F. R. Intervenção litisconsorcial voluntária: Da assistência litisconsorcial ao ingresso mediante a cumulação ulterior de demanda. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 03, p. 01-43. set. dez. 2021. p. 257.

²⁷³MILLAR, R. W. Joinder of Actions in Continental Civil Procedure. **Illinois Law Review**, Illinois, vol. 28, n. 01, p. 26-62. 1933-1934. p. 26.

²⁷⁴No original: But in present-day usage, the two terms, despite their difference of perspective, are treated as synonymous'. The tendency, indeed, is to submerge "subjective cumulation" and deal with the matter of joinder under "objective cumulation of actions "and "*litisconsortium*" as coordinate heads.11As in our own law, cases frequently arise in which there are open to the plaintiff two or more remedies arising out of the same breach of duty by the defendant but admitting only of a single satisfaction.12 In such a case, the term upon which the Anglo-American law places all emphasis is "election of actions." Although we speak of actions as "concurrent" there is no corresponding substantive in established technical usage. More logically, Continental science has here placed just such a substantive in the foreground by its rubric of "concurrence of actions"

²⁷⁵No original: In the dominant procedural science of the Continent the general ideas expressed by our terms "joinder of actions" (or "joinder of causes of action") and "joinder of parties" are dealt with under the head of

A questão da acumulação subjetiva teve origem no direito canônico Romano como forma de a Igreja adjudicar a competência territorial de outro juízo para decidir questões afins, mas a propagação para os dias atuais deu origem a sistemas do *civil law* díspares.

Na França, admite-se somente a conexão (*connexitas causarum*) como meio de se aliterarem-se as partes.²⁷⁶²⁷⁷

Na Alemanha, a questão foi mais flexível, permite-se a união mesmo na similaridade (*similarity*) (*Gleichartigkeit*). Ou seja, a união de terceiros em processos em curso, prevista no direito nacional, por similaridade, tem origens no direito alemão.

Mas o direito alemão se deparou com outro problema: havendo união de causas de partes distintas (litisconsórcio facultativo), a sentença será uma ou plural? Jhering e Bentham concordavam que por serem demandas distintas, os julgamentos não poderiam se dar em uma única sentença, havendo de serem segregados.²⁷⁸

É por isso que em nosso direito, a nulidade de um litisconsórcio facultativo não unitário não contamina seu par, a nulidade da sentença atinge apenas a parte dispositiva heterogênea, contudo, Appleton²⁷⁹ considera que exatamente pela união das causas, não seria o julgamento que seira apartado, mas, tão só, a sentença que teria dispositivos díspares.²⁸⁰

"cumulation of actions" (*cumulation actionum*).² That what we know as "joinder of parties" becomes thus treated as an aspect of union of actions is a circumstance which finds its justification in the conception, considered to be in harmony with the classical Roman law, that the presence of a plurality of parties on one side or the other, or on both sides, actually represents in legal theory a combination of different rights of action.

²⁷⁶ MILLAR, R. W. Joinder of Actions in Continental Civil Procedure. *Illinois Law Review*, Illinois, vol. 28, n. 01, p. 26-62. 1933-1934. p. 42.

²⁷⁷No original: In the upshot, the conceptions of *continentia* and *connexitas* ceased to be differentiated, and *continentia causae* or *causarum* and *connexitas causarum* all came to mean the same thing. This is not to say, however, that the Romano-canonical procedure ever attained to a full-bodied principle, such as later was to prevail in France or was unsuccessfully contended for in Germany, that any close relationship between the two causes would justify the court

²⁷⁸VON JHERING, R. *Geist des römischen Rechts*. 4. Ed. Berlin: Wentworth Press. 2018. Vol. 3. p. 33.

²⁷⁹APPLETON, C. Historier de la compensation en droit romain. *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, [S.l.], vol. 19, p. 478-521, 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/43892520>. Acesso em: 2 nov. 2022. p. 478.

²⁸⁰No original: The texts invoked in its support speak in part of the simultaneous bringing of a plurality of actions and the sending of these to one and the same judge; but this case in the Roman procedure falls quite as far short of being one of joinder as does the case today of the simultaneous commencement, before the same court, of a plurality of actions by the institution of separate suits. Here the separate actions, merely because of the identity of the judge and of the parties, were not fused into a single suit; each maintained its individual existence, had its separate formula and consequently was to be determined by a separate judgment⁴ As many formulae, so many judgments; the mere simultaneous rendition of the plural judgments did not fuse them into one." The question is manifestly governed by the same principle as controlled the rendition of judgment on claim and counter-claim in the case of *mutuae petitiones*, -concerning which Planck also declares for the single judgment.⁴⁶ And respecting the power of the *judges*- in this case it is said by Appleton: The praetor has given him no authority to combine the two condemnations, and outside of the express delegation he is merely a private citizen Even at the time of

A tese de Jhering de segregação de julgados não prosperou, o que se verificou no direito alemão é a possibilidade de união de partes com conexão e por afinidade com capítulos separados da sentença. Ademais, questões de foro díspares serão tratadas, quando inexistentes legislações específicas, pela Corte mais alta germânica de jurisdição que englobe os foros em deliberação.²⁸¹

O direito austríaco seguiu o germânico e o ampliou, possibilitando a união de causas no art. 227 no código de processo austríaco, mas manteve a limitação territorial de jurisdição do juízo, o que, na prática, somente, permite a união de ações nos casos em que os litigantes estejam no mesmo município.²⁸²

No *common law*, esclarecem Cavallini e Gaboradi, desde o julgamento do caso *Shields v Barrow*, a Suprema Corte americana tem admitido a união de *playes* estranhos a relação processual original, o que acabou sendo incorporado ao código de processo civil americano, notadamente, na *Rule 19* do *Federal Rule of Civil Procedure*.²⁸³

No direito americano, como se demonstrou, o foco não é no direito material, mas no conflito de decisões antagônicas (*by the harmful consequences of inconsistent judgments and the risk of individual impairment*). Enfim, é um remédio colocado a Corte

Alexander Severus it was still thus: as many formulae, so many distinct condemnations; never could the praetor merge the two condemnations into one, at least so long as the formulary system endured."

²⁸¹ No original: But, outside of these cases of a true *forum connexitatis*, there is still some room for the fact of joinder to influence competence. The old *forum continentiae causarum ex identitibus personarum vel reali* has disappeared, to be replaced in part by what is spoken of as a *forum commissorii*⁴⁴ or *forum judiciale*.^{1 45} Specifically, it is now the rule in two classes of cases that were different parts of the cause would normally fall to the competence of different courts of first instance, the court next higher in rank, whose territorial jurisdiction embraces that of the several lower courts in question, will designate the court that is to hear and decide the cause as a whole. These two categories are (a) where, generally, the plaintiff is suing several defendants domiciled in different territorial jurisdictions, and no other common forum is available, and (b) where the plaintiff is bringing a real action in respect of a parcel of land lying in more than one territorial jurisdiction. ⁴⁶ As regards the latter category, no question of extending competence by joinder of actions can arise; but as regards the former, in so far as the plurality of defendants may involve a joinder of actions under §§59 and 60, the rule may operate, precisely because of that joinder, to vest with competence over a given action a court that in the absence of such joinder would be without competence. With respect to the second precondition of cumulation, objective or subjective, that of identity in the form of procedure, it is to be noted that this prevents any intermingling of the ordinary and the documentary procedures.^{1 47} It also, in combination with other provisions.

²⁸² No original: A plurality of claims of the plaintiff against the defendant, even when they do not stand in factual or legal connection, may be advanced in the same complaint, provided that the court is competent as to all the claims and they are enforceable by the same form of procedure." The consequence of this addition is that in general no joinder of the sort is possible unless all the defendants are domiciled within the territorial jurisdiction of suit.

²⁸³ CAVALLINI, C.; GABOARDI, M. Is Federal Rule of Civil Procedure 19 (B) Too Discretionary?" **Akron Law Review**, [S.l.], vol. 54, n.1, p. 39-74, 2020. Disponível em www.heinonline.org. Acesso em: 21 nov. 2022. p. 72.

para preservar a harmonia de seus julgados, em especial, em um sistema em que os precedentes têm força de lei.²⁸⁴²⁸⁵

Esta mesma ideia de necessidade de homogeneidade na decisão foi transportada ao direito italiano, notadamente, nos art. 102 do *codex de procedure civile*.

Mas, o direito italiano prevê o litisconsórcio facultativo quando a decisão depender total ou parcialmente de uma questão idêntica. Ou seja, mesmo no *civil law*, é possível observar ser, a harmonia dos julgados, fator preponderante para se formar o litisconsórcio.

Reproduz-se o dispositivo do código italiano²⁸⁶:

art. 102. litisconsorzio necessario. se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito.

art. 103. litisconsorzio facoltativo più parti possono agire o essere convenute nello stesso processo, quando tra le cause che si propongono esiste connessione per l'oggetto o per il titolo dal quale dipendono, oppure quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni. il giudice può disporre, nel corso della istruzione o nella decisione, la separazione delle cause, se vi è istanza di tutte le parti, ovvero quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso

Há, pois, quatro correntes que permitem o litisconsórcio impróprio. Aqueles que, como a França, só os admitem por meio de conexão. Outros como o *common law* e Itália que o permitem sempre que a união de causas díspares for essencial a se preservar a harmonia de julgados, os que tratam a questão como essencial, sempre que a relação material for incindível e aqueles que como o modelo alemão o admitem mesmo em meras afinidades, apenas exigindo questões de fato e direito próximas.

O último é o caso do Brasil.

O Brasil, contudo, não é uma regra nos países latinos. Aponta Alejandro Romero Seguel, que a questão do litisconsórcio se alia as sentenças constitutivas e declaratórias, porque as condenatórias não são regidas por litisconsórcios, mas pelo chamamento ao processo, modo dispare de se imputarem devedores e credores solidários.

²⁸⁴No original: Concentrating on the rights-focused system, instead of the remedies focused system of common law legal systems, is the necessary premise to appropriately compare civil law and common law, particularly when the comparison revolves around a specific procedural issue, as in this case of the Rule 19(b) decision.

²⁸⁵CAVALLINI, C.; GABOARDI, M. Is Federal Rule of Civil Procedure 19 (B) Too Discretionary?" **Akron Law Review**, [S.l.], vol. 54, n.1, p. 39-74, 2020. Disponível em www.heinonline.org. Acesso em: 21 nov. 2022. p. 58.

²⁸⁶ITALIA. Código di Procedura Civile. Disponível em: https://www.tuttocamere.it/files/dirsoc1/Codice_Procedura_Civile_Altalex_08_2019.pdf. Acesso em: 21 nov. 2022.

Não que as ações condenatórias não impõe litisconsórcio, apenas é possível nestas se a condenação ocorrer de forma incidental em uma já impetrada ação constitutiva ou declaratória.²⁸⁷²⁸⁸O direito chileno não prevê expressamente o litisconsórcio necessário, mas prevê os casos de julgamento de causas quando necessário para preservar a indivisibilidade do direito material.

4.1.3 Os Principais Tipos e Estudos sobre Intervenção de Terceiros²⁸⁹

A questão, no direito sul-americano, da união de causas se dá, sobretudo, por uma questão de incidibilidade da relação material (impróprio).²⁹⁰²⁹¹

Assim, para o direito chileno, são as questões constitutivas, como a venda de herdeiro inventariante que precisa da anuência dos seus demais para alienar bens da partilha (constitutiva de morte) ou nas declaratórias, como as de nulidade de contratos em que a união de partes se faz necessária.

Havendo múltiplos signatários do contrato, para que a sentença tenha eficácia a todos, a presença plural é condição indispensável.

O autor coloca a necessidade de juntada de partes nos seguintes casos:

²⁸⁷ SEGUEL, A. R. Litisconsorcio Necesario en el Derecho Procesal Chileno - Doctrina y Jurisprudencia. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, vol. 25, n. 02. p. 387-422, 1988. p. 401.

²⁸⁸No original: Desde otro ángulo, el litisconsorcio necesario impropio se relaciona fundamentalmente con aquellas relaciones plurisubjetivas en la cuales la declaración de ineficacia jurídica de un determinado acto o contrato, o la creación de una nueva situación jurídica mediante el pronunciamiento de una sentencia judicial, necesita la presencia de varios para que dicho fallo sea plenamente eficaz. Por lo mismo, en el terreno de los principios -a lo menos en nuestro ordenamiento⁴⁹- el litisconsorcio necesario no se presenta en los casos de acciones de condena, cuyo objeto es obtener una prestación por parte de un sujeto determinado, aunque en ella exista una pluralidad de sujetos obligados, como ocurre con las obligaciones simplemente conjuntas o mancomunadas, las solidarias y las indivisibles, donde a texto expreso se optó por una solución diversa de la que implica un litisconsorcio necesario, b activo o pasivo (art. 1511, 1514, 1515, 1527, 1528 y 1529 CC.)

²⁸⁹ROCHA, M.C.S.D.A **Justiça administrativa numa perspectiva multidisciplinar: um olhar português no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012. p. 30

²⁹⁰No original: El litisconsorcio necesario impropio se caracteriza por estar establecido. Expresamente por la ley, sino que viene condicionado por la naturaleza de la relación jurídica deducida en juicio. En este caso, también es la relación de derecho sustancial la que impone la necesidad de constituir la relación procesal, con todos los sujetos a quienes pueda afectar la sentencia que sobre el fondo se pueda dictar, pero -a diferencia del litisconsorcio necesario propio- el legislador no indica expresamente los casos en que se debe conformar la relación procesal necesariamente plural. El litisconsorcio necesario impropio nace de la imposibilidad legal que existe para fijar anticipada y nominativamente los supuestos en que se debe configurar obligatoriamente un proceso con una pluralidad de sujetos, que actúen en una misma posición de parte (activa o pasiva). Por lo mismo, la determinación del litisconsorcio necesario impropio es una cuestión que debe calificarse atendiendo a la situación de derecho sustancial deducida en juicio, determinando si ella exige para la producción de sus efectos iniciar una relación procesal con todos los sujetos que, activa o pasivamente, deben ser partes de ese proceso.

²⁹¹ SEGUEL, A. R. Litisconsorcio Necesario en el Derecho Procesal Chileno - Doctrina y Jurisprudencia. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, vol. 25, n. 02. p. 387-422, 1988. p. 391.

- a) Princípio da bilateralidade da audiência: nenhuma decisão pode ser tomada sem ter-se dado a todas as partes a oportunidade de se manifestares: é o nosso caso da ineficácia a terceiros da sentença que não lhes ouviu nos autos; e²⁹²
- b) Princípio da proteção dos efeitos diretos da sentença a terceiros na extensão da coisa julgada, decorrência do primeiro.²⁹³

A questão preocupante do direito chileno é na relação jurídica substancial, como ocorre na nulidade contrato, posto que havendo múltiplos signatários, todos devem ser inevitavelmente ouvidos. A sentença sem ouvi-los será *inuliter data* (*inutilidade de la sentencia*). O mesmo ocorre com a venda de bem de herdeiro sem a expressa anuência de seus pares ou quando há nulidade de adjudicação de propriedade em que a ação se dirige contra o atual possuidor sem chamar o adjudicante.²⁹⁴²⁹⁵²⁹⁶²⁹⁷

²⁹²No original: Con profusión se insiste, que el litisconsorcio necesario se justificaría por respeto al principio de audiencia (o de audiencia bilateral), esto es, en la garantía básica tendiente a asegurar que nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio, o en términos análogos, de que nadie pueda ser condenado sin haber gozado de la oportunidad de ser oído en juicio (*nemo debet inaudita damnari*).

²⁹³SEGUEL, A. R. Litisconsorcio Necesario en el Derecho Procesal Chileno - Doctrina y Jurisprudencia. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, vol. 25, n. 02. p. 387-422, 1988. p. 396.

²⁹⁴No original: Ahora, en los casos que ocupan nuestra atención, ante la falta de emplazamiento del tercero a un determinado proceso, en el cual por la naturaleza de relación jurídica material objeto del juicio este debió figurar indefectiblemente como parte, nuestra jurisprudencia ha procedido a declarar la existencia de un litisconsorcio necesario impropio, tal como se expresa en la doctrina contenida en las siguientes sentencias a) La sentencia que declara resuelto un contrato no produce efecto alguno contra una tercera persona que no figuró como parte en el juicio de resolución" b) "Pugnaría con los principios básicos del procedimiento el que alguien, dueño de un derecho, sin ser oído, pudiera ser privado de él y debiera recurrir al juicio ordinario para recuperarlo, al mismo tiempo que su contra interesado, aun de buena fe, le hubiera sido dado operar la privación sin forma de juicio". (Se denegó la nulidad de manifestaciones de trece pertenencias mineras) 33. c) "Para que la sentencia que declara la nulidad de un contrato dé a las partes o a terceros el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, es menester que todos hayan sido partes en el juicio porque una sentencia, por regla general, no puede obligar ni perjudicar al que no ha litigado, aplicación esta del principio de derecho que nadie puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio "En consecuencia, la sentencia que declara la nulidad a petición de tales demandantes no puede invocarse contra terceros que no intervinieron en el juicio.

²⁹⁵No original: hay imposibilidad absoluta de que un heredero del vendedor pueda ejercer tal acción [la acción rescisoria de la compraventa] sin la concurrencia de sus demás coherederos, puesto que, admitiendo el ejercicio singular de ella, habría que concluir que el heredero sólo podría accionar por su cuota, lo que llevaría al resultado de la rescisión accionada, es decir, el vendedor lograría la restitución de una parte del precio, conservando el comprador el resto razón de tal imposibilidad es improcedente la acción rescisoria ejercida por uno solo de los herederos del vendedor.

²⁹⁶No original: "Si se deduce una acción de nulidad de adjudicación de una propiedad y de restitución de ella y se la dirige sólo contra el actual poseedor y no contra la persona que intervino en la adjudicación y el demandado alega en el escrito de dúplica esa excepción y la repiten los citados de evicción en sus escritos de contestación, la sentencia que desecha esas acciones fundándose en que la de nulidad no se ha dirigido contra legítimo contradictor, no falla *ultra petita*, no sólo porque la excepción fue invocada oportunamente sino porque aunque no se invoque el juez tiene el deber de establecer ese hecho". (En esta sentencia de 1920, la Corte Suprema expresa que la apreciación de la falta de legitimación es un deber del juez, actuando de oficio).

²⁹⁷SEGUEL, A. R. Litisconsorcio Necesario en el Derecho Procesal Chileno - Doctrina y Jurisprudencia. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, vol. 25, n. 02. p. 387-422, 1988. p. 396.

Mas a pedra de toque ser o direito material condição indispensável a propositura do litisconsórcio não é só um caso do direito chileno. Esclarecem Rafale Prado Brigas e Orestes Francisco Zegarra Valencia que o litisconsórcio impróprio, no direito peruano, se desprende da natureza da relação jurídica das quais múltiplos agentes se afirmam possuidores “ *el litisconsorcio impropio se “desprende de la naturaleza de la relación jurídico-material respecto de la que (las partes) hacen las afirmaciones legitimadoras.*”²⁹⁸

Mas o direito peruano permite, por via reflexa, a chamada intervenção coadjuvante (*intervención coadyuvante*), notadamente, no art. 97 do CPC peruano, como aquele que pretende colaborar com a vitória de uma das partes (é assistência do nosso direito nacional).²⁹⁹

A questão é polêmica no direito peruano, porque a doutrina clássica apenas considera como litisconsorte os titulares de direito material em juízo o que vedaria a intervenção coadjuvante como consorte. De toda sorte, as Cortes têm admitido a participação de terceiros por afinidade para a melhor cognição do juízo, naquele país, como medida excepcional ainda que por meio de uma construção meramente doutrinária, mas que tem sido admitida amplamente na jurisprudência sob a rubrica de litisconsórcio espúrio impróprio.³⁰⁰³⁰¹

Assim, é possível concluir que o direito pátrio é bem avançado. Permite a união de partes em conexão como o direito francês, mas o admite em questões de mera afinidade como o faz o direito alemão (*Gleichartigkeit*). Mais, a afinidade que permite a união é por uma questão de fato ou de direito, ainda que sem conexão, que visa a harmonia dos julgados com idênticas justificativas do direito anglo-saxão e permite uma forma singular de litisconsórcio coadjuvante (impróprio) como se observa no direito peruano (litisconsorte adesivo).

²⁹⁸ BRIGAS, R. P.; VALENCIA, O. F. Z. Litisconsorcio e intervención de terceros: em el proceso civil: Buscando una nueva aproximación, **Revista IUS et Veritas**, Lima, n. 52, p.298-315, jul. 2016. p. 302.

²⁹⁹No original: La intervención coadyuvante, o también llamada intervención adhesiva o accesoria, se encuentra regulada en el artículo 97 del CPC y constituye un supuesto de legitimación sobrevenida y de intervención voluntaria adhesiva simple. El coadyuvante constituye un sujeto ajeno al proceso (hasta ese momento) que pretende su incorporación en el proceso para colaborar con la victoria de una de las partes. La doctrina no es unánime en calificarlo como parte del proceso. Un sector de la doctrina nacional menciona que no constituye parte ya que no es titular de la relación material que se ventila en el proceso. Otro sector señala que sí constituye parte en tanto puede efectuar diversas peticiones en el curso del proceso.

³⁰⁰La forma en que interviene el tercero en el proceso dependerá de lo que se señale en su escrito de intervención. En algunos casos podría ser una acumulación objetiva sucesiva por ser un tema de intervención excluyente de propiedad. En otros casos puede derivarse en una ampliación de los legitimados para ser demandante o demandado (intervención litisconsorcial o coadyuvante).

³⁰¹BRIGAS, R. P.; VALENCIA, O. F. Z. Litisconsorcio e intervención de terceros: em el proceso civil: Buscando una nueva aproximación, **Revista IUS et Veritas**, Lima, n. 52, p.298-315, jul. 2016. p. 315.

Em que pesem as críticas apontadas por Daniela Bermudes Lino, para a qual a afinidade não seria causa suficiente a se permitir a união, nos casos de interesse público, como ocorrem nos processos de Contas, adere-se a tese de Dinamarco para o qual o bem coletivo em jogo supera as temerárias críticas a estabilização da tutela.

É, pois, cabível e impositivo a adesão em questões meramente afins quando o interesse coletivo estiver em jogo.

Não se trata apenas de harmonia dos julgados, adiciona-se a necessidade de que tutelas coletivas sejam tratadas economicamente e homoganeamente, incabível, pois, que se segreguem as demandas para se evitar a possibilidade de decisões que tenham uma mesma *causa pretendi* comum, mas com desfechos díspares, apenas porque as partes não foram as mesmas.

Assim se um réu é condenado ao pagamento de indenização ambiental por se considerar uma substância tóxica, outro juízo não pode isentá-lo por se tratar de norma em branco, ainda que os casos sejam distribuídos em juízos distintos.

Não se trata aqui de mera conexão porque podem ter ocorridos danos em locais distintos por empresas distintas pelo uso de uma mesma substância: o que se discute é se substância seria ou não tóxica em múltiplos juízo, para eventos múltiplos em domicílios e com réus e autores díspares.

A decisão que valer a um deverá valer a todos, por isso que a reunião de ações é recomendável, para que o ordenamento jurídico não se veja tolhido de decisões díspares sob um mesmo fato jurídico objeto de múltiplas ações, e é por isso que a competência territorial relativa se prorroga e até deveria se prorrogar na afinidade.

Na verdade, a questão jurídica deveria ser tratada em IRDR ou assunção de competência ao qual recomenda-se o leitor remeter-se ao capítulo 02, mas não o sendo, ao menos a reunião de demandas que tratem de uma mesma discussão jurídica há de ser reunida em um mesmo juízo para harmonia de julgados, salvo quando se tratar de competência absoluta.

Mas, e quanto ao processo de Contas? Como se adiantou muitas questões de Contas contornarão os problemas apresentados. Explica-se: de início a jurisdição do TCE envolve todo o estado, logo questões como foros de domicílio distintos, problemáticos ao direito austríaco não encontrarão campo fértil nas Cortes de Contas.

Segundo a maioria dos casos de união de causas em litisconsórcio de Contas advirá da conexão ou continência. É o caso do processo licitatório viciado com edital publicado

advindo de erro do parecerista, do orçamentista e da empresa vencedora. A causa *pretendi* é una, o processo licitatório viciado, logo problemas que envolvam parecer jurídico, contábil ou orçamento defeituoso serão tratados no mesmo processo por uma imposição legal de conexão. Muitas das vezes o são como ocorre nos processos de representação de natureza interna (ou externa) em que a equipe de auditoria avalia todas as nulidades e chama todos que dela participaram em um mesmo processo.

Mas pode ocorrer que em um processo de denúncia tenha sido apontado apenas erro no parecer jurídico ou contábil, nestes casos, quando da auditoria, os auditores devem se certificar que havendo pluralidade de causas que deram origem ao vício, todos os agentes devem participar em um mesmo processo por uma imposição advinda de conexão.

Há ainda um caso peculiar. Adiantou-se que nos processos em que há interesse público com uma mesma questão de fato ou de direito, estes devem ser reunidos por uma questão de harmonia de julgados, ainda que se trate de mera afinidade.

Imagine-se o caso de Município A ter contratado um escritório de advocacia por licitação dispensada, ou comprado um *software* por inexigibilidade e o município B, sob igual fundamento, contrata outro *software* por licitação dispensada e um escritório de advocacia por inexigibilidade.

Deveriam ser reunidas as questões para julgamento conjunto. Sim. Porque em que pese não haver conexão, a questão jurídica de fundo é a mesma, a deliberação da taxatividade ou explicação do rol de dispensa e inexigibilidades.

A afinidade de questões aliada ao interesse público superveniente impõe o dever de se reunirem as ações para julgamento em conjunto, nas mesmas lógicas do IRDRs. É a tese jurídica de fundo que determina a aglutinação de partes, não a causa de pedir.

Ademais, sendo possível, é recomendável que o relator seja o mesmo, isto a se permitir votos dissonantes e vista de seus pares sobre uma mesma questão jurídica, ainda que o relator do município B seja diametralmente oposto a seu par encarregado das Contas do Município A. Em suma: o mesmo debate jurídico impõe a reunião de ações e autores, interessados e réus sob a mesma relatoria e sob o mesmo julgado, evitando-se, por consequência, discrepâncias entre julgados de um mesmo órgão.

Não custa ressaltar que essa união de causas está prevista no atual projeto de lei do código de Contas, ainda em tramitação: a reunião de causas está prevista no art. 5º, ou seja, o envio a um mesmo relator de ações que partilhem pontos comuns. A previsão de um

mesmo relator está no parágrafo único do dispositivo: quando houver prejudicialidade ou afinidade de questões.

Chegando-se à conclusão do subtópico de que tanto a conexão quanto a afinidade são vias necessárias a se aglutinarem demandas díspares sob um mesmo julgado e, ainda, sob uma mesma relatoria, é imprescindível compreender as demais formas de intervenção de terceiros nos processos a permitir sua adequação dos institutos aos processos de Contas. Antes, há um problema, o rol de intervenção de terceiros seria taxativo ou exemplificativo. A resposta a esta pergunta será tema do próximo subtópico.

4.1.4 A Insuficiência dos meios Interventivos

A questão da suficiência ou não das formas interventivas foi objeto de tese de Sofia Temer, posteriormente convertida em livro.³⁰²

Primeiro ponto que a autora levanta é a necessidade de se incluir no sistema jurídico brasileiro a situação do litisconsórcio eventual, isto é, quando houver pedido daquele que “ocorre quando cumulados pedidos subsidiários: por exemplo, o art. 148 do Código Civil prevê a possibilidade de formular pretensão para anulação de negócio jurídico e, subsistindo este, a possibilidade de condenação de terceiro pelas perdas”³⁰³ e danos, o que poderia dar ensejo à formação do litisconsórcio eventual.

Também, aponta-se que há necessidade de regulamentação do litisconsórcio sucessivo que “se configura, por exemplo, quando o autor buscar a condenação de um réu e, como consequência do acolhimento de seu pedido, também do outro (como ocorre em contratos dependentes).”³⁰⁴

No tocante a ausência de poder do juiz em determinar de ofício a formação do litisconsorte necessário e facultativo a autora afirma que “já há diversas previsões legais no sentido de conferir ao magistrado poder de dar ciência do litígio e eventualmente convocar sujeitos ao processo” como ocorre “na intervenção do *amicus curiae* (art. 138 do CPC), na produção antecipada de provas (art. 382 §1º do CPC) e nos embargos de terceiros.”³⁰⁵

³⁰²TEMER, S. **Participação no Processo Civil**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2022. p. 68.

³⁰³TEMER, S. **Participação no Processo Civil**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2022. p. 53.

³⁰⁴TEMER, S. **Participação no Processo Civil**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2022. p. 53.

³⁰⁵TEMER, S. **Participação no Processo Civil**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2022. p. 65.

Critica-se também a rigidez do atual modelo de processo na execução, para a autora: é consenso que as quatro modalidades nominadas de intervenção de terceiros “previstas na parte geral [...] não são permeáveis ao processo de execução, [...] não há regramento sobre a integração entre outros sujeitos. Por isso são definidas como anômalas.”³⁰⁶

A autora conclui que há necessidade de “renovação da categoria interesse [na causa a se permitir novas formas interventivas] porque fundada na diversidade de funções exercidas pelo judiciário e das finalidades perseguidas pelos sujeitos no processo.”³⁰⁷

A autora defende, assim: “a instituição de uma cláusula geral de intervenções inominadas ou atípicas, como [decorrência] do reconhecimento das várias formas e finalidades na participação no processo judicial que deveriam levar em consideração”³⁰⁸ outros fatores que não apenas evicção ou interesse jurídico na causa.

Assim, a cláusula aberta poderia ser pensada como meio a se “autorizar, no processo, a participação de sujeitos que demonstrem a existência de interesse legítimo e relevante e a utilidade [ao sistema jurídico] de sua intervenção”.

A crítica da autora é no descompasso entre a multiplicidade de ações e as formas nominadas de intervenção de terceiros o que demandaria uma cláusula aberta a se permitir uma maior flexibilização das formas interventivas.

A autora não é um caso isolado, a jurisprudência já reconhece a insuficiência das formas nominadas de intervenção. Assim, aponta, Felipe Marinho Amaral,³⁰⁹ que o Supremo Tribunal Federal, “ao julgar o Recurso Extraordinário n. 550769/RJ interposto por uma indústria de cigarro em face da União [considerou pertinente a intervenção do sindicato da indústria de Fumo de São Paulo [...] como assistente simples.”³¹⁰

Contudo, apesar de ter sido deferida a intervenção como assistente simples, o “sindicato não mantinha nenhuma relação jurídica conexa com a que consistia no objeto litigioso do feito, não possuindo interesse jurídico nos moldes preconizados pela doutrina

³⁰⁶TEMER, S. **Participação no Processo Civil**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2022. p. 87.

³⁰⁷TEMER, S. **Participação no Processo Civil**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2022. p. 458.

³⁰⁸TEMER, S. **Participação no Processo Civil**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2022. p. 458.

³⁰⁹AMARAL, F. M. Intervenção de terceiros e incidentes de formação de precedentes. **Revista de Direito Unifacs**, [S.], n. 168, n.p., 2014. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3131/2254>. Acesso em: 22 nov. 2022. p. 12.

³¹⁰AMARAL, F. M. Intervenção de terceiros e incidentes de formação de precedentes. **Revista de Direito Unifacs**, [S.], n. 168, n.p., 2014. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3131/2254>. Acesso em: 22 nov. 2022. p. 12.

nacional.” Ou seja, o próprio STF já havia flexibilizado a exigência de interesse jurídico na causa como condição indispensável a se permitir a intervenção como assistente.

Também sobre a assistência simples, Lia Carolina Batista Cintra³¹¹ aponta que o “conteúdo econômico de eventual interesse do assistente não afasta de plano sua juridicidade”³¹², conforme entendeu “o STJ no Resp n. 1.235.758, Rel. Min Nancy Andrighi j. 2.2.2010, Diário de Justiça Eletrônico de 1.07.2010.”³¹³

Mas a flexibilização não passou despercebido pelo legislador, a autora considera a possibilidade do art. 190 do CPC, que permite formas atípicas de convenções processuais, estabelecer formas díspares a “ampliar [as] possibilidades de participação voluntária no processo. [Mas, ainda assim,] é inaceitável que seja celebrado negócio processual entre as partes que possa restringir direitos de terceiros.”³¹⁴

Portanto, “resumidamente, é possível afirmar tanto a possibilidade de criação de novas hipóteses de intervenção por meio do negócio processual como a alteração de regras relacionadas às intervenções já previstas no código.”³¹⁵

O problema é que esta cláusula aberta é para intervenções negociadas, as intervenções forçadas: (p. ex denúncia a lide, chamamento ao processo) ainda estão taxativamente previstas o que não atenderia a pluralidade de interesses de terceiros na causa, logo, não seria “difícil perceber que o sistema de intervenção de terceiros está a demandar uma reforma generalizada.”

Até que o seja, eis o panorama atual: as formas voluntárias de intervenção podem ser negociadas nos termos do art. 190, as coatas, ainda requerem novas adaptações legislativas, isso porque ninguém há de ser obrigado a participar do processo salvo as determinadas taxativamente por lei. Logo é possível afirmar a exemplificatividade das formas interventivas voluntárias e a taxatividade das formas coatas.

³¹¹CINTRA, L. C. B. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. **Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia**, Brasília, vol. 8, p. 185-238, 2016. p. 192.

³¹²CINTRA, L. C. B. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. **Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia**, Brasília, vol. 8, p. 185-238, 2016. p. 192.

³¹³CINTRA, L. C. B. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. **Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia**, Brasília, vol. 8, p. 185-238, 2016. p. 192.

³¹⁴CINTRA, L. C. B. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. **Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia**, Brasília, vol. 8, p. 185-238, 2016. p. 225.

³¹⁵CINTRA, L. C. B. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. **Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia**. Brasília, vol. 8, p. 185-238, 2016. p. 225.

4.1.5 Os Meios Tipos de Intervenção de Terceiros

Aponta Herick Mardegan e Giovanna Rosa Perin³¹⁶ que as formas típicas de intervenção de terceiros seriam: a assistência simples, a assistência Litisconsorcial (art. 110 a 124 do CPC), a denunciação à lide (art. 125 a 129 do CPC), o chamamento ao processo (art. 130 a 132), o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (art. 133 a 137) e o *amicus curiae* (art. 138).

Além desses, a oposição restou excluída bem como a nomeação à autoria que era forma de o réu nomear o efetivo autor, tema que agora passa a ser objeto da contestação, Já a oposição virou procedimento especial, em que terceiro, prevendo titular da coisa litigiosa coloca autores e réus originários no polo passivo. A mudança no codex atual, para os autores, justifica-se para que a oposição ficasse próxima dos capítulos de embargos de terceiros.

Além desses, Lia Carolina Batista Cintra enumera: Recurso de Terceiro Prejudicado (art. 996 do CPC), tratado, sobretudo por meio de embargos de terceiros³¹⁷ e a reconvenção subjetivamente ampliada.³¹⁸

Sobre o terceiro prejudicado, o código previu que cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação lhe poder atingir reflexamente.

É o que ocorre com embargos de terceiros em que o terceiro pretende ver excluída da execução ou cumprimento de sentença a cota parte que não lhe comunica. É instituto utilizado sobretudo em relações matrimoniais para que o cônjuge adimplente exclua da execução aquilo que não foi constituído no regime de comunhão parcial do qual tenha sobre havido evicção ou inadimplemento e sobre o qual esteja sendo objeto de penhora ou outra forma de constrição patrimonial.

A reconvenção ampliada é prevista no código por permitir que o terceiro reconvenha contra autor original ou terceiro e ainda se prevê que o réu pode reconvir sozinho ou em litisconsortes.

³¹⁶MARDEGAN, H.; PERIN, G. R. A intervenção de terceiros no novo código de processo civil e sua comparação com a atual normatividade processualista: Ênfase na denunciação a lide. **Actio**: revista de Estudos Jurídicos. Maringá, vol. 01. n. 05, n. p, jan. jul. 2015. p. 2.

³¹⁷CINTRA, L. C. B. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. **Publicações da Escola da AGU**: Direito, Gestão e Democracia, Brasília, vol. 8, p. 185-238, 2016. p. 214.

³¹⁸CINTRA, L. C. B. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. **Publicações da Escola da AGU**: Direito, Gestão e Democracia, Brasília, vol. 8, p 185-238, 2016. p. 218.

Dentre estes, a oposição seria inaplicável ao TCE porque o titular da coisa jurídica (o bem público) é sempre a sociedade, agindo a Corte como mero substituto processual (legitimado extraordinária). Os embargos de terceiros não seriam aplicáveis por se tratar de processo executivo, sendo que o TCE atua na constituição do título (processo de conhecimento).

Contudo, não se observa óbice ao uso do embargo de terceiros. A título de exemplo, imagine que uma empresa em consórcio com outra fica encarregada de executar uma obra pública, sendo a consorciada adimplente e sua parceira inadimplente, entende-se perfeitamente cabível a impetração de embargos do terceiro prejudicado da consorciada adimplente a ver-se excluída do polo passivo pela qual, escorreitamente, cumpriu com suas obrigações.

O código é expresso em prever que o *amicus curiae* e a desconsideração da personalidade jurídica seriam aplicáveis a todos os processos.

Não existe consenso na doutrina, mas não se visualizam óbices ao seu uso pelas Cortes de Contas. O *amicus curiae*, como se viu, é exercido, sobretudo, na defesa de uma tese jurídica nos IRDRs.

Já, deparando-se com abuso do poder econômico ou uso fraudulento da pessoa jurídica, nada impede os Tribunais de Contas de citarem os sócios das empresas a se pode facilitar eventual execução, até porque se evitaria que os sócios que não tiveram conhecimento do processo constitutivo do título no TCE, arguissem de ilegitimidade em futura execução.

Aliás, recomenda-se que sejam citados, quando verificado o abuso do poder econômico ou abuso do uso da pessoa jurídica, que os sócios das contratadas com o poder públicos componham um litisconsorte com a empresa. Na verdade, seria uma forma de litisconsorte eventual, ou seja, imputa-se em débito a empresa, mas citam-se os sócios de forma subsidiária para que, na execução, havendo dilapidação patrimonial societária, a procuradoria do ente possa executá-los sem acabar surpreendida com questionamentos de limitação de defesa prévia na constituição do título executivo, agora, objeto de constrição patrimonial.

Da mesma forma, difícil observar a reconvenção nas Cortes de Contas. Isto porque a empresa contratante colocaria a Corte (autora e juiz da causa, em vista ao processo inquisitivo) no polo passivo.

Imagine-se o caso que o TCE afirme que houve superfaturamento. Seria um tanto forçoso que a empresa responsabilizasse a Corte e administração pública arguindo que não apenas não houve superfaturamento, como que teria tido prejuízo, isto porque a lei de licitações não estabelece preços mínimos, se a proposta da empresa foi vencedora, é porque tacitamente concordou com os termos ofertados.

Da mesma forma, em um processo contra agentes estatais, seria difícil visualizar um caso de que o agente público imputado reconvesse afirmando que o equívoco foi da administração pelo qual há de ser indenizado.

É que o TCE não é competente para apreciar erros da administração em favor do agente estatal inicialmente posto no polo passivo, o que se permite é arquivar o processo originário de responsabilização do servidor, não lhe conceder um título de credor contra administração pelo qual o agente estatal terá de valer-se do judiciário.

Enfim, de todas as formas interventivas questionadas pelos autores, apenas os embargos de terceiros parece se adequar às Cortes de Contas. Não há estudos sobre o tema, razão pela qual foi objeto desta tese que, antes, preleciona ineditismo em suas análises. Ficam, assim, a cargo de futuros estudiosos questionarem os posicionamentos expostos.

Os embargos de terceiros muito se assemelham a assistência, quando não forem propostos como embargos à execução. Contudo, entende-se que a assistência é um meio explícito de intervenção de terceiros daquele que tem interesse jurídico reflexo. Logo, é possível concluir que o mais adequado seria vedar-se os embargos de terceiros às Cortes de Contas por existir meios mais eficazes de intervenção explícitos ao processo de conhecimento, no caso a assistência simples.

Ademais, no projeto de código de Contas, há previsão que o denunciante atuará obrigatoriamente no processo como parte. Não é caso de assistência por ser intervenção coata da parte, mas muito se aproxima desta, razão que se corrobora a tese de a assistência ser meio mais idôneo que os embargos de terceiros.

Resumindo, das formas controversas: apenas a desconsideração da personalidade jurídica seria aplicada, mas no caso, haveria um litisconsorte formado entre sócios e empresas para se permitir a execução sem que a procuradoria ficasse tolhida de recolher o débito dos sócios, formando uma espécie de litisconsórcio sucessivo eventual.

Não custa lembrar, contudo, que o litisconsorte sucessivo não tem previsão legal, ou seja, ainda é tema de controvérsia, mas entre inviabilizar a execução sobre os bens dos sócios após uma condenação da empresa que arruína seu patrimônio para elidir-se da execução e o interesse coletivo maior, opta-se pelo último.

Em outras palavras, suspeitando-se de que a empresa possa estar dilapidando seu patrimônio para evitar ser executada quando do julgamento do TCE, é um dever de este formar litisconsórcio eventual com os autores, citando-os desde o início do processo inquisitivo a se permitir ampla defesa e viabilizando-se, assim, a efetiva prestação de Contas à sociedade com

a devolução, agora pelos sócios, via execução da procuradoria do ente, do processo executivo do acórdão da Corte de Contas que lhe sobrevier.

Assim, com a desconstituição da personalidade jurídica sendo um dever da Corte de Contas (até porque o legislador o estipulou cabível em qualquer processo) e com o *amicus curiae* analisado em demasia no capítulo 02 e com o uso da assistência simples sendo meio mais eficaz que os embargos de terceiros para os processos de Contas - como no caso da empresa perdedora que auxiliará o TCE em eventual rescisão de um contrato antieconômico ao erário, fornecendo meios mais eficazes de se demonstrar a antieconomicidade do contrato pactuado) - eis o panorama que surge das formas interventivas de Contas:

- a) Assistência simples;
- b) Chamamento ao processo;
- c) Denúnciação à lide.

A assistência simples, esclarece o código, é aquele em que alguém tem interesse reflexo na causa auxiliando alguma das partes. Como ficaria sua aplicação aos processos de Contas? Um exemplo é esclarecedor:

Imagine que uma empresa tenha sido contratada pelo poder público, após sucessivos aditivos o TCE abre um processo de representação a fim de rescindir o processo licitatório, viciado, por apresentar orçamento defeituoso e em consequência o contrato resta superfaturado.

Entende-se, no caso, perfeitamente cabível que as demais licitantes apresentem, voluntariamente, suas propostas para fornecer à Corte de Contas meios mais seguros de convencimento da antieconomicidade da proposta.

Ocorre que para auxiliar as Cortes de Contas, há necessidade de interesse jurídico reflexo. É por isso que o assistente simples não pode praticar atos contrários ao substituído. Assim, havendo desistência da ação, prejudicada estará a assistência. Também, havendo renúncia ao recurso não poderá, o assistente, recorrer adesivamente. É por isso que o *codex* de processo de Contas em tramitação coloca o denunciante como parte, sendo parte, pode recorrer ainda que com desistência da ação.

Contudo, sendo revel ou omissa, o assistente passa a ser verdadeiro substituto processual do sustido, podendo inclusive recorrer da decisão. É o que expõe Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni.³¹⁹

Adiantou-se o caso da empresa licitante que ficou em segundo lugar que poderá auxiliar TCE na anulação do processo licitatório e do contrato. Seu interesse jurídico é evidente, demonstrando a viabilidade de sua proposta, será, agora, vencedora do certame com o que firmará novo contrato com a administração. Parece, pois, que a assistência simples é bem-vinda às Cortes de Contas, notadamente, nos processos licitatórios a que empresas perdedoras possam fornecer meios mais eficazes de se demonstrar a lesividade coletiva, notadamente, para os casos superfaturados ou com propostas inexequíveis.

Ademais, a assistência simples é meio voluntário de adesão a processo em curso. Nestes termos, uma empresa que se sinta lesada pode propor denúncia ao TCE, julgada procedente a denúncia, atuará junto a Corte a fornecer os meios mais eficazes de se apurar a lesividade do contrato firmado com outra empresa, apresentará, pois, subsídios a melhor se apurarem: os erros de projeto e orçamento e as justificativas para tanto.

Rescindindo o contrato e tendo sido habilitada, será chamada a firmar novo contrato com a administração, agora como vencedora, ou seja, o interesse jurídico é evidente.

Questão interessante seria o que ocorreria com a empresa caso sua entrada no processo restasse vedada. A questão foi objeto de estudo de José Américo Zampar Júnior.³²⁰

É que o CPC de 1973 previa o recurso do agravo de instrumento pelo terceiro prejudicado, mas o atual CPC previu um rol taxativo.

Ocorre que o STJ no Tema Repetitivo 988 já definiu que a taxatividade há de ser mitigada quando houver urgência a não se pode esperar a apelação. Mais urgência que permitir o andamento de um contrato superfaturado lesivo ao erário é difícil de verificar. Logo, se a empresa desclassificada tiver sua admissibilidade desconsiderada pela Corte, poderá valer-se do agravo de instrumento de rol mitigado.

Exemplifica-se. Duas empresas participaram de uma concorrência. A empresa A, embora tenha apresentado proposta exequível fora desclassificada por apresentar proposta maior que sua concorrente imediata, a empresa B. Após sucessivos aditivos desmontou-se que a proposta B superaria a proposta da empresa A, pelo que a empresa A apresenta denúncia à

³¹⁹ MARIONI, L. G. B. Sobre o assistente litisconsorcial. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 58, n. 03, p. 250-274, abr./jun. 1990.p. 252.

³²⁰ZAMPAR JÚNIOR, J. A. interposição de agravo de instrumento por terceiro prejudicado. **Revista de Processo**., São Paulo, vol. 326, p. 213-230, abr. 2022. p. 222.

Corte de Contas, julgada procedente, a Corte de Contas põe fim a representação e passa a ser a parte acusatória e julgadora do processo licitatório e do contrato, agora objeto de representação de natureza externa ou tomada de Contas, sem a denunciante.

Assim, a empresa A, desclassificada, poderá pedir intervenção como assistente simples na futura tomada de Contas ou representação, negada sua participação, poderá valer-se da mitigação do rol de agravo de instrumento para que o colegiado reforme a decisão monocrática do relator que lhe inadmitiu.

Não caberá outro recurso pelo princípio da taxatividade e singularidade do sistema recursal nacional, vale dizer, se o colegiado não reformar a decisão, sua admissibilidade será terminantemente vedada, mas terá direito de resposta da decisão do TCE por ter sido julgada procedente sua denúncia recebendo o número do processo e o acórdão que sobrevier.

Mas há um problema, a doutrina entende que o assistente simples não poderá apresentar provas. A questão é que os processos licitatórios são públicos, como o são o projeto básico e orçamento, logo, querendo demonstrar a lesividade do ato, não apresentará outros documentos que a Corte já não tivesse analisado, apenas apresentará esclarecimentos mais efetivos dos pontos controversos, ou seja, as provas produzidas pela assistente, perdedora do certame, serão as que a equipe técnica já tinha acesso, apenas haverá um maior detalhamento a fornecer meios mais contundentes a Corte para sua análise cognitiva exauriente.

O assistente litisconsorcial é tratado na doutrina como litisconsorte ulterior tema já abordado previamente. Oportunidade que se demonstrou que os processos de Contas deveriam ser reunidos quer por conexão quer por afinidade para que haja uniformidade nos julgados. Mas os processos do TCE tratam de casos em que a titularidade é sempre da Corte, o litisconsórcio é sempre formado no polo passivo do TCE, nunca ativo.

Há, pois um problema com o assistente litisconsorcial nos processos do TCE, é que o assistente litisconsorcial é titular da relação jurídica, o que nos processos de Contas não se verifica, porque o TCE é um substituo processual do bem coletivo, o erário, exclusivo.

Permitir a assistência litisconsorcial aos processos de Contas seria desvirtuar a titularidade desta Corte que atua como verdadeiro substituto processual no qual é parte e juiz.

No polo passivo, também, o assistente litisconsorcial é titular conjunto, mas se demonstrou, as tutelas de Contas entre administração, agentes estatais e contratadas são díspares, o que veda, vez mais, o uso do assistente litisconsorcial por titularidades disjuntivas.

Enfim, apenas a assistência simples é admitida nos processos de Contas. O litisconsórcio é permitido nas uniões de causas e o assistente litisconsorcial vedado pela titularidade difusa do bem coletivo em que o TCE atua como substituto processual.

No polo passivo, também, não há como reconhecer titularidade para além das Cortes de Contas. A solução parece mesmo admitir o litisconsórcio por conexão e por afinidade (impróprio) na reunião de causas, vedando-se o uso do assistente litisconsorcial, porque não há outro colegitimado com o TCE no polo ativo e não há outro titular da coisa coletiva, o erário no polo passivo.

Logo, a assistência às Cortes de Contas se restringe as hipóteses da modalidade simples. Aliás, no capítulo 03, Didier já explicava que a assistência no processo coletivo, quaisquer que sejam, só seria admissível na forma simples, jamais a qualificada. Mas se questionava o uso por ausência de interesse de agir. Aqui, nada impede que a empresa perdedora auxilie o TCE na melhor cognição do juízo, em especial, para os casos de contratos superfaturados.

Bem-postas as coisas, passa-se a análise dos dois próximos casos, aqui, trata-se de intervenção coata: denúncia à lide e chamamento ao processo.

O tema do chamamento ao processo é objeto de estudo de José Miguel Garcia Medina.³²¹

Aponta, o autor, que o chamamento ao processo é possível tanto por parte do autor quanto do réu.³²²

Quando feita pelo autor tem a intenção de favorecer a execução, ou seja, o autor chama os demais codevedores ou fiadores para que possa executá-los no processo de execução sobre quem melhor lhe convier.

Feito pelo réu, há duas hipóteses. No caso de codevedores solidários, para que o réu possa exercer seu direito de regresso de sua cota-parte, no caso do fiador, só é cabível quando o fiador é acionado pelo autor (exclusivamente ou em coparticipação ao afiançado) e este chama o devedor principal para que, paga a obrigação, possa, nos mesmos autos, executar o devedor principal.

Aponta-se que seu uso foi pensado para o processo de execução e cautelar, mas sobretudo, foi idealizado para o processo de conhecimento.³²³

³²¹MEDINA, J. M. G. Chamamento ao processo: questões polêmicas. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais Unipar**. Curitiba, vol. 01, n. 01, p. 13-49, jul. dez. 1998. p. 15.

³²²MEDINA, J. M. G. Chamamento ao processo: questões polêmicas. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais Unipar**. Curitiba, vol. 01, n. 01, p. 13-49, jul. dez. 1998. p. 15.

³²³MEDINA, J. M. G. Chamamento ao processo: questões polêmicas. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais Unipar**. Curitiba, vol. 01, n. 01, p. 13-49, jul. dez. 1998. p. 27.

No processo cautelar a inicial será emendada, razão pela qual seu uso não é vedado, apenas a defesa do chamado restará postergada na emenda da inicial.

De toda sorte, o instituto é previsto para ações condenatórias, logo, seu uso em ações declaratórias e constitutivas só “será cabível nas hipóteses de cumulações de ações, quando a declaração ou constituição são pressupostos para condenação.”³²⁴

Ponto central é que o chamamento ao processo só é cabível para que codevedores ou fiadores exerçam o direito de reembolso.

O autor aponta, assim duas hipóteses de chamamento, no processo de execução e no processo de conhecimento:

Existe título extrajudicial e o credor aciona apenas o fiador ou fiador e devedor afiançado, simultaneamente, neste caso, o prazo para o fiador indicar os bens do devedor afiançado não será “até a contestação da lide”, mesmo porque no processo de execução não existe contestação, por parte dos executados. Estes podem, no máximo, embargar à execução. No caso vige o disposto no art. 595 do Código de Processo Civil de modo que, no prazo a que o art. 652 do mesmo diploma (24 horas) o fiador deverá pagar ou nomear bens à penhora. Se pagar, poderá executar afiançado nos autos do mesmo processo (art. 595, parágrafo único). Se quiser nomear bens à penhora, deverá fazê-lo no prazo do art. 652, que é o prazo previsto para a realização de tal ato.

Não existe título executivo extrajudicial e, por isso, o credor utiliza ação condenatória somente contra o fiador; nessa hipótese, o fiador não poderá “exigir, até a contestação que sejam primeiro executados os bens do devedor (art. 1491 do CPC), porque tal solução só é possível em processo de execução, e não em processo de conhecimento. A solução propugnada pelo Código de Processo Civil, à qual deve adaptar-se ao instituto do benefício de ordem é a regra discriminada nos art. 77 e ss cumulados com o art. 595, todos do Código de Processo Civil. Assim acionado o fiador, deverá ele, no prazo para resposta, chamar ao processo o devedor afiançado art. 78), porque daí, havendo condenação do fiador e devedor afiançado, estarão ambos os presentes no mesmo título executivo, como devedores, aplicando-se, então, a solução proposta na alínea “a”, retro. Todavia, caso o fiador acionado não promova o chamamento ao processo no prazo legal, haverá preclusão de tal direito e, havendo condenação, a sentença condenará apenas o fiador, por quanto só este foi réu na ação principal. Deverá, assim, no processo de execução, pagar e depois exercer seu direito de regresso contra o devedor afiançado, não no mesmo processo de execução, porque o devedor afiançado não consta no título, mas mediante ação nova condenatória.

Primeiro ponto digno de nota é que o devedor principal sendo acionado sozinho não pode chamar o fiador, apenas o fiador poderá chamá-lo caso tenha sido acionado pelo autor.

Da mesma forma, no processo de conhecimento, o fiador deverá chamar o devedor principal para que possa, na execução, nomear os bens do devedor a penhora. Identicamente, para que possa executar a cota parte que não lhe compete, o codevedor solidário deve chamar, no processo principal, os demais codevedores. Não chamando, arcará sozinho com a dívida a qual poderá exercer o direito de regresso em ação autônoma.

³²⁴MEDINA, J. M. G. Chamamento ao processo: questões polêmicas. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais Unipar**. Curitiba, vol. 01, n. 01, p. 13-49, jul. dez. 1998. p. 27.

O codevedor não se exime da dívida toda, apenas para que possa exercer seu direito de regresso é conveniente que, no processo de conhecimento, chame os demais codevedores para que sejam igualmente condenados. Logo, a ação de regresso não analisará mais se há ou não solidariedade passiva, já transitada em julgado com o chamamento. A ação regressiva, assim, será mais célere porque o codevedor já chamou seu par a responderem solidariamente perante o título.

A questão é essencial ao processo de Contas. Primeiro, os processos do TCE são condenatórios e a questão da solidariedade passiva é vista, sobretudo, no caso dos consórcios públicos em que múltiplas empresas estão presentes.

Para que se possa executá-las, é interessante ao TCE chamar ao processo o consórcio com sua personalidade jurídica própria e as empresas constitutivas para que não se veja tolhida, na execução do título, a procuradoria do ente, que restaria incapaz de executar as empresas que alegarão ou supressão de instância, posto não chamadas a se defender no processo de conhecimento do título (feito na Corte de Contas) ou ilegitimidade passiva, porque não constam expressamente no título executivo do qual apenas o consórcio fora condenado.

Ademais, a nova lei de licitações (lei 14.133 de 2021), no art. 121, estabeleceu que: nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas: I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas.

A segunda hipótese do inciso I é imprescindível: fiança bancária, logo, o TCE como autor, para que possa evitar a dilapidação patrimonial deve chamar o banco fiador ao processo de conhecimento, se não o fizer, caso haja inadimplemento da empresa afiançada não poderá, a procuradoria do estado, em tese, executar o banco, porque como se mencionou, em que pese ser caso de título extrajudicial, o processo de conhecimento, com fase probatória e instrutória, em essência, ocorreu, e se deu dentro da Corte de Contas.

A procuradoria do ente federado cabível (estado ou município) apenas utilizará dos meios executórios (penhora, bloqueio de Contas via Bacenjud) a melhor garantir a salvaguarda do erário.

É que o CPC privilegiou a essência sobre a forma, é inegável que em que pese o julgado do TCE ser um título extrajudicial, em essência, o processo de conhecimento ocorreu e para que o fiador seja acionado com o autor no TCE, há de se chamar o banco afiançante aos autos

no processo que apurar o inadimplemento (representação ou tomada de Contas) sob pena de preclusão consumativa inadmissível de repristinação na ulterior execução.

Outra hipótese interventiva coata é a de denúncia a lide. A denúncia a lide é vista no direito privado como forma de o devedor chamar alguém com o qual tenha direito de regresso ou sobre o qual sofreu evicção. Interessa a Corte de Contas o direito de regresso, porque a evicção é típica de direito privado.

Segundo Fernanda Salinas di Giacomo³²⁵ em que pese a responsabilidade do ente Estatal ser objetiva, o direito de regresso via denúncia a lide ao servidor “exige [...] mentalização da respectiva atividade administrativa, necessária para emanação do ato administrativo autorizativo de regresso.”³²⁶

Ou seja, a administração estaria obrigada a propor a responsabilização na via administrativa em que se apura a própria falta do serviço. Mas a questão é polêmica, conforme expõe Alessandra de Souza Araújo³²⁷: segundo a maioria dos processualistas civis, o direito de regresso pertencente ao Estado poderá ser exercido pela denúncia a lide, posto que é a via “adequada com previsão legal que atenderá ao princípio da economia processual. Ao ofertar a contestação na ação indenizatória, o estado (litisdenuciante) poderá deflagar uma demanda incidental de garantia.”³²⁸

Ademais, o próprio STJ já teria afirmado ser “de todo recomendável que o a agente público, responsável pelos danos causados a terceiros, integre, desde logo, a lide, e apresente sua resposta e produza prova e acompanhe toda a tramitação do processo (STJ-RT 667/172).”³²⁹

Aponta, o autor, que há de ser ressaltar que existe corrente que admite a intervenção de terceiros, mas não a denúncia a lide, no caso haveria solidariedade passiva “tornando inadequada a denúncia da lide, revendo-se cabível, no caso, o chamamento ao processo.”³³⁰

³²⁵GIACOMO, F. S. D. A aplicabilidade da denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado. **Revista Unifacs** [S.l], n 227, n.p., 2019. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6054/3778>. Acesso em 22 nov. 2022. p. 28.

³²⁶GIACOMO, F. S. D. A aplicabilidade da denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado. **Revista Unifacs** [S.l], n 227, n.p., 2019. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6054/3778>. Acesso em 22 nov. 2022. p. 28.

³²⁷ARAUJO, A. D. S. A denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do estado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 25, p. 205-235, 2004. p. 206.

³²⁸ARAUJO, A. D. S. A denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do estado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 25, p. 205-235, 2004. p. 206.

³²⁹ARAUJO, A. D. S. A denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do estado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 25, p. 205-235, 2004. p. 206.

³³⁰ARAUJO, A. D. S. A denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do estado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 25, p. 205-235, 2004. p. 206.

Da mesma forma, há autores que entendem cabível outra modalidade de intervenção de terceiros: “a assistência, que é voluntária, por parte do agente. Isto como pressuposto da ilegitimidade passiva deste na ação principal.”³³¹

De toda sorte, “a doutrina administrativista sustenta, majoritariamente, ser incabível a denunciação a lide nas ações de responsabilidade civil estatal.”³³² entre os autores que inadmitem se encontram Antônio Bandeira de Melo, Celso Ribeiro Bastos, Weida Zancaner e Vicente Greco Filho.³³³

O entendimento que prevalece que é que inserir a denunciação a lide seria ampliar o escopo da responsabilidade objetiva estatal para lhe inserir uma discussão estranha que seria o grau de culpabilidade do agente.

Ademais o “STJ no RSTJ 14.440, RT 492/159, TJTJERGS 167/273, 168/216, JTA 98/122,”³³⁴ por mais de uma vez, pronunciou-se que permitir a denunciação seria permitir a “vedada intromissão de fundamento novo não constante na ação originária (STJ 4ª Turma, Resp 2.967-RJ, Rel. Min Barros Monteiro, j. 23.10.90, DJU 18;2;91, p. 1042).”³³⁵

Enfim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência são oscilantes, o ponto central é a questão da inserção da culpabilidade do agente para uma denunciação que evolue culpa presumida por inadimplemento da administração. Eis pois a questão que se aplica ao TCE:

- a) Sendo caso de inadimplemento da empresa perante a administração, incabível denunciação à administração, porque a tese majoritária seria que o inadimplemento presume-se culposos, logo não caberia a empresa arguir de inadimplemento por fato da administração, o que lhe permite é deixar de cumprir a obrigação após 90 dias ininterruptos de pagamentos pelo serviço público ou 120 dias intercalados, jamais imputar a administração erro por inadimplemento do contratado, até porque concordou tacitamente com as cláusulas contratuais de adesão com as quais aderiu;

³³¹ ARAUJO, A. D. S. A denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do estado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 25, p. 205-235, 2004. p. 209.

³³² ARAUJO, A. D. S. A denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do estado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 25, p. 205-235, 2004. p. 209.

³³³ ARAUJO, A. D. S. A denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do estado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 25, p. 205-235, 2004. p. 209.

³³⁴ ARAUJO, A. D. S. A denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do estado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 25, p. 205-235, 2004. p. 209.

³³⁵ ARAUJO, A. D. S. A denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do estado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 25, p. 205-235, 2004.

- b) Havendo culpa do agente estatal a situação é diferente. Imagine-se o caso de o gestor público ser imputado em débito por um ato irregular, poderia ele denunciar seu subordinado?

A questão não foi decidida, mas a rigor, poderia parecer que sim. O motivo é que a vedação nas ações indenizatórias estatais encontra óbice na questão da culpabilidade, mas aqui a ação originária já trata da culpabilidade do gestor, o que ele faria seria tentar uma nomeação a autoria que não existe mais, então arguiria de ilegitimidade passiva alegando-se que seu ato fora provocado por culpa exclusiva do subordinado, é o que ocorre quando se imputa ao gestor um contrato antieconômico do qual a responsabilidade é exclusiva do orçamentista, ou, no caso, de uma dispensa errônea de licitação, com parecer favorável do parecerista jurídico cuja culpa exclusiva deste há de se encontrar.

Mas há um óbice, o direito de regresso há de ser integral, o gestor pagaria e denunciaria o subalterno, parece, no mínimo, estranho, o que existe será ou ilegitimidade passiva ou responsabilização solidária, no primeiro caso o gestor apresentaria sua ilegitimidade na peça de defesa perante a Corte, no segundo caso, seria um chamamento ao processo em que se chamaria os demais codevedores solidários.

Enfim, o caso não é de denunciação, mas cairá em ou ilegitimidade passiva apresentada na contestação ou chamamento ao processo, não em denunciação a lide.

No caso das empresas inadimplentes não é possível atribuir a administração a causa *pretendi* porque seria impor uma discussão de culpabilidade que foge ao inadimplemento que se presume culposos (a empresa que não adimpliu é presumidamente culpada), nas questões de hierarquia, seriam casos de culpa de outrem (tratado em ilegitimidade passiva) ou culpa concorrente, tratado em chamamento ao processo.

Assim, é possível observar, a rigor, a aplicação dos seguintes institutos de intervenção de terceiros: litisconsortes próprios e impróprios por conexão e afinidade de causas, assistência simples, desconsideração da personalidade jurídica e chamamento ao processo.

Os embargos de terceiros são meios utilizáveis em processos de execução, a denunciação incorporaria questões de culpabilidade estranhas ao inadimplemento da contratada, a oposição implicaria conferir a outrem, que não o titular (TCE), uma titularidade de uma causa transindividual (difusa) e a reconvenção ampliada, da mesma forma, seria pôr o TCE como autor original no polo passivo para um processo inquisitivo do qual seria juiz e réu (impossível).

Expostos os principais institutos há de se mencionarem ainda alguns estudos interessantes sobre litisconsortes contida numa coletânea de estudos coordenado por Eduardo Talamini.

Primeiro ponto é observado por Osmar Paixão³³⁶ que, diferente de Calmon de Passos e Cândido Rangel Dinamarco, entende que a ausência da citação do litisconsorte necessário importará na inexistência da decisão e não na sua ineficácia, porque a relação processual sequer teria se aperfeiçoado, se é inexistente para uns, será para todos, ou seja, diferente da ineficácia, que pode ser relativa, nos termos de Pontes de Miranda, a inexistência é sempre absoluta, logo, no litisconsorte necessário, tanto autor omissor quanto litisconsorte não sofrerão quaisquer efeitos da sentença.

Adotando-se essa tese, não seria cabível, como Dinamarco preleciona, aproveitar alguns efeitos da sentença para aqueles que estiveram no processo, a sentença será inútil, extirpável para litisdenunciante e litisdenunciado.

Mas a questão do litisconsórcio envolve, ainda, o debate sobre substituição processual. É o caso do herdeiro que pretende alienar bens da partilha. Lia Carolina Batista Cintra³³⁷ considera, no caso, que haveria um litisconsórcio necessário implícito entre substituto e substituído, o que demandaria reformas pelo legislador. Isto porque “de todo modo, não será possível estender a coisa julgada contrária aos interesses de quem não tiver parte no processo.”

Por fim, Heitor Vitor Mendonça Sica apresenta três velhos problemas sobre litisconsortes:³³⁸

- a) No caso de litisconsórcio facultativo ativo, como se desenha a eficácia da sentença e a imutabilidade da coisa julgada em relação a colegitimados que não forma integrados ao processo?
- b) Existe litisconsórcio ativo necessário ativo, se existir, como se proceder o juiz ao constatar que não foi formado?
- c) Como se desenha a validade e a eficácia da sentença proferida em processo desprovido da integração de litisconsorte necessário?

³³⁶CÔRTEZ, O. M. P. Falta e nulidade de citação litisconsorte passivo necessário: consequências da existência ou não da relação processual. In: Talamini et. al (coord.) **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020. p. 313.

³³⁷CINTRA, L.C.B. Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído. In: Talamini (et. al). **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020. p. 289.

³³⁸SICA, H. V. M. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC de 2015. In: Talamini et. al. (Coord.). **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020. p. 217.

O autor coloca diversas perspectivas de vários autores sem que se possa afirmar definitivamente uma corrente como vencedora, o que mostra a dificuldade de que as formas interventivas possam responder satisfatoriamente os casos, neste trabalho, sugeriu-se as seguintes respostas as perguntas:

- a) Sendo litisconsórcio necessário a incorporação de autor ou réu será pela ineficácia da sentença, se a questão for de litisconsorte necessário simples, a sentença será anulável ao autor presente, em 02 anos, e ineficaz e perpétua ao que não participou é a tese de Dinamarco adaptada ao que quis preterir o legislador.
- b) Sim, existe litisconsorte necessário ativo, como no caso das ações anulatórias de cônjuges que constituem bem móvel em regime de comunhão, mas o litisconsorte necessário ativo poderá ser simples ou unitário. A regra é que seja unitário, sendo unitário a ineficácia da sentença do litisconsorte não ouvido aproveita a seu consorte que se beneficiará da ineficácia, sendo simples, a possibilidade de decisões díspares faz aparecer a figura da nulidade para o autor demandante faltoso e da ineficácia da sentença para o litisconsorte que nunca se apresentou aos autos.

4.1.6 Síntese do Tópico

Apontou-se neste tópico as principais dificuldades de se adaptarem-se as intervenções de terceiros aos processos do TCE, cuja integralidade pode ser resumida:

- a) Por conexão e afinidade os processos de Contas devem permitir o litisconsórcio, inclusive esta tese está no projeto de lei do primeiro código de processo de Contas, remetendo-se ao mesmo relator discussões jurídicas similares ainda que se trate de municípios díspares;
- b) A desconstituição da personalidade jurídica é recomendável como forma de litisconsórcio eventual ou sucessivo para evitar arguição de supressão de instâncias na execução, sobretudo, dos sócios das contratadas que arguiriam não terem sido chamados no processo de formação do título (processo de conhecimento) e em face da primazia da essência sobre a forma, porque o processo de conhecimento se exaure no processo do TCE;

- c) A oposição é inviável ao TCE porque o próprio juiz da causa seria réu e autor;
- d) A nomeação da autoria agora não é cabível, sendo arguida em preliminar de contestação (defesa) no TCE;
- e) A reconvenção não é cabível porque colocaria o TCE como réu de uma causa que é autor e juiz;
- f) A assistência litisconsorcial não é cabível nos processos do TCE porque não existe outro colegitimado que não a própria Corte, a titularidade (o erário) do qual é substituto processual exclusivo;
- g) Os embargos de terceiros são meios idôneos para execução, fugindo ao escopo do TCE que trabalha no processo de conhecimento;
- h) A assistência simples é recomendável aos processos do TCE como direito reflexo, cuja inadmissibilidade será objeto de agravo de instrumento de rol taxativo mitigado;
- i) O *amicus curiae*, já foi admitido no TCE nos termos do cap. 02;
- j) O chamamento ao processo é meio idôneo de intervenção de terceiros, em especial, no caso de fiança bancária (obrigatório) e nos casos de imputação solidária de gestor com algum subordinado; e
- k) A denúncia a lide não é meio inidôneo aos processos do TCE porque não há evicção e exige-se direito de ressarcimento de quem arca com o ônus, não é o caso das Cortes de Contas que trata ou de solidariedade no débito (caso de chamamento ao processo) ou de ilegitimidade passiva (caso de preliminar de contestação).

Com a parte sobre quem deva participar nos processos do TCE exaurida, resta saber a forma que é possível provar-se os argumentos perante as Cortes de Contas, tema do próximo tópico.

4.2 PROVAS NO PROCESSO CIVIL DE CONTAS

Provas são meios a disposição das partes para demonstrarem o alegado. Ocorre que no direito civil o juízo nem sempre é convencido satisfatoriamente, é o que ocorre com a revelia do réu, neste, como o sistema nacional veda o *non liquet*, o juiz é obrigado a sentenciar ainda que a cognição não seja exauriente. Essa tese é relativizada no direito penal sobre a qual há de

ser perseguida a verdade real. O mesmo ocorre nas Cortes de Contas, conforme expressamente preveem os respectivos regimentos internos

Contudo, esclarece Felipe Kirchner,³³⁹ a verdade real jamais pode ser considerada como “sendo objetivo perseguido com a instrução criminal, e muito menos servir de argumento para que o jogador avoque para si atividades processuais [...] o processo penal surge como veículo utópico à utópica pretensão de alcance da verdade real”³⁴⁰ isto porque a verdade real nunca será atingida, o que existe no processo penal é uma tentativa de busca incessante a cognição do juízo o que no direito civil é, de certa forma, relativizada.

Aponta João Batista Lopes³⁴¹ que, para o juízo, a preclusão não lhe atinge. Ou seja, se no processo civil, a revelia faz presunção da veracidade dos fatos do autor, esta presunção é bem flexibilizada no processo penal pelo que o juízo deve esgotar todas as tentativas a que se possa melhor proferir a sentença, ainda que a verdade real nunca possa ser obtida, deve-se buscar ao máximo aquilo que mais se aproxima de uma melhor prestação jurisdicional.

A verdade real é uma utopia, nos termos de Felipe Kirchner, porque o processo sempre trabalhará com fatos passados e a reconstrução dos fatos nunca será fiel ao que, de fato, ocorreu, o que se exige nos processos de Contas, como nos processos penais, é uma tentadiça exaustiva para que o mínimo de dúvida ocorra na prolação da decisão.

Ademais, mesmo no processo civil, esclarece Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa A revelia não obsta que o réu, tente “elidir esta presunção requerendo provas pertinentes [...] permitindo ao omissor a produção de provas sempre que faça ativo e em tempo útil [...], provas que serão tomadas em conta pelo juiz, embora isso não implique desfazer a presunção.”³⁴²

Ou seja, ainda que o réu seja impedido de produzir provas, esta presunção não impede que o réu tome o processo no estado em que se encontra e apresente suas alegações, ainda que em termos de alegações finais, findo a fase saneadora, não se impede o juiz que, convencido da verossimilhança das alegações do réu, de ofício, requeira provas que corroborem as alegações do réu porque a preclusão não se faz contra o juízo.

A conclusão acima é importantíssima ao processo de Contas, porque, como regra, os regimentos internos destas Cortes têm previsto a aplicação subsidiária do CPC o que faria a

³³⁹ KICHLNER, F. A utopia da verdade real. **Revista Brasileira de ciências criminais**, [S./], n. 80, vol. 119, n.p., 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5071361>. Acesso em: 04 dez. 2022. p. 11.

³⁴⁰ KICHLNER, F. A utopia da verdade real. **Revista Brasileira de ciências criminais**, [S./], n. 80, vol. 119, n.p., 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5071361>. Acesso em 04 dez. 2022. p. 11.

³⁴¹ LOPES, J. B. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 35, p. 24-75, jul. 1984. p. 34.

³⁴² YOSHIKAWA, E. H. D. O. Revelia e Direito à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 185, p. 35-52, jul. 2010. p. 39.

entender (equivocadamente) que, sendo revel, quaisquer dos agentes públicos, a aplicação dos efeitos da revelia ser-lhes-ia aplicável. Não é.

O código de processo de Contas expressamente previu que a revelia não faz presunção dos fatos (art. 31) isto ocorre porque o processo de Contas é inquisitivo. Logo, ainda que em alegações finais, em se deparando, o relator, com a verossimilhança das alegações do revel, pode (e deve) pedir diligências às equipes técnicas ou solicitar, de ofício, a apresentação dos documentos pelo faltoso para melhor formação de seu juízo. Enfim, como a preclusão probatória não corre contra o juízo e sendo o TCE autor e juiz (processo inquisitivo), havendo verossimilhança nas alegações de quaisquer das partes, ainda que em alegações finais, cabe diligências para a melhor compreensão do juízo dos fatos narrados: a estabilização da tutela, o exaurimento da fase cognitiva não corre contra o juízo.

Na verdade, o próprio STF e STJ tem amenizado a súmula 279 do STF que impede o reexame de provas, até mesmo, em recurso em extraordinário e especial. Esclarece Luiz Guilherme Bittencourt Marioni que quando o reexame for da “substância do ato, [...]”, trata-se do chamado documento substancial, que não se presta a provar, mas sim, a constituir o direito.”³⁴³

O que Marioni coloca é que quando o exame da prova for requisito para “a validade do ato” ³⁴⁴ é impossível que mesmo os tribunais superiores se esquivem da necessidade de reexaminá-la, nos autos.

Ora, se os próprios tribunais superiores tem flexibilizado esta regra, posto não discutirem casos, mas, teses jurídicas, quando mais os tribunais de Contas, na verdade, os Tribunais superiores os têm feito por mais de uma vez vide: STJ, 4.^a T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 183.508/RJ, Dj de 10.06.2002 e no STJ, 2.^a T., rel. Min. Eliana Calmon, Resp 343.904/PR, Dj de 24.02.2003.

A questão seria, trata-se de posicionamentos isolados? Na verdade, não. Sidney Pereira de Souza Júnior³⁴⁵ afirma que “em razão da perplexidade em que se encontrava o julgador de segundo grau, no momento de prolatar sua decisão [...] diante de provas conclusas ou

³⁴³MARIONI, L. G. B. Reexame da prova diante dos recursos especiais e extraordinários. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 130, p. 19-32, dez. 2005.p. 21.

³⁴⁴MARIONI, L. G. B. Reexame da prova diante dos recursos especiais e extraordinários. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 130, p. 19-32, dez. 2005.p. 20.

³⁴⁵SOUZA JÚNIOR, S. P. D. A preclusão pro Judic ato na determinação de provas e a limitação do poder instrutório do juiz (art. 130 do CPC): comentários ao Resp 345.436-SP. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 33, n. 158, p. 264-274. Arb. 2008. p. 158.

incompletas” é imprescindível o reexame probatório, ainda que se trate de juízo de segundo grau.³⁴⁶

Enfim, o que se pode extrair dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários é que a presunção da veracidade dos fatos não ocorre nos TCE em que este é autor e réu (processo inquisitivo), porque, para o juízo, não existe preclusão e mesmo para o polo passivo, ainda que se trate de alegações finais, havendo verossimilhança nas alegações dos autores, é um dever do relator determinar que o polo passivo apresente os documentos que embasem suas afirmações.

Na verdade, esse reexame é possível até mesmo em grau recursal perante a Corte, quando as provas colhidas em primeira instância forem insuficientes, porque se os tribunais superiores têm flexibilizado a súmula impeditiva de reexame de provas, quando mais o deverá o TCE. Mas claro, o reexame em segundo grau é excepcional, só sendo admitido quando as provas colhidas em primeiro grau forem insuficientes, eis pois o panorama geral:

- a) Em primeiro grau de Contas: é um dever do relator esgotar os meios de provas, ainda que em alegações finais, em se deparando com a verossimilhança das alegações das partes e sem término da fase instrutória, é um dever do relator determinarem-se as equipes técnicas, as empresas contratadas ou aos agentes estatais que apresente os documentos que embasam suas alegações;
- b) Em análise recursal administrativa, o reexame é admitido sempre que o novo relator considerar insuficientes as provas colhidas no primeiro grau, quando os novos documentos sejam imprescindíveis para esclarecerem-se os fatos.

É o que Zaneti Júnior chama de raciocínio judicial que deveria, *última ratio*, ser balizada pela decisão justa.³⁴⁷

Sabendo-se que a verdade real não passa de um objetivo que, ainda que inatingível, deva ser buscado ao máximo no processo de Contas, resta saber quem seria o destinatário da prova.

A doutrina, há muito, pacificou-se que o destinatário da prova não é apenas o juiz, mas as partes, é por isso que William Santos Ferreira defende que, no plano probatório, sejam empregadas tanto técnicas executivas diretas quando sub-rogatórias que estimulem o devedor

³⁴⁶SOUZA JÚNIOR, S. P. D. A preclusão pro Judic ato na determinação de provas e a limitação do poder instrutório do juiz (art. 130 do CPC): comentários ao Resp 345.436-SP. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 33, n. 158, p. 264-274. Arb. 2008. p. 158.

³⁴⁷ZANETI JÚNIOR, H. O problema da verdade no processo civil: modelo de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 29, n. 116, p. 334-350, jul. 2004. p. 339.

a cumprir a obrigação, objetivando a máxima eficiência dos meios probatórios, como multa diária, se possível ou cabível.³⁴⁸³⁴⁹

É o mesmo posicionamento de Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “o juiz é o seu principal destinatário: ele é quem precisa saber a verdade quanto aos fatos para que possa decidir [...] [Mas,] também, [deve-se] convencer as partes.”³⁵⁰

É, igualmente o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini³⁵¹ como se expõe: “o juiz é o destinatário principal da prova, sobretudo, no curso do processo, mas ele não é, absolutamente, o único a quem a prova interessa [...] [a qual] tem fundamental relevância para as partes.”³⁵²

Isto ocorre porque o código atual prevê um modelo colaborativo de processo que deixa de colocar o juiz em uma posição privilegiada e acima das partes para colocá-lo em uma postura mais colaborativa.

Assim, tanto no processo judicial quanto no processo de Contas a fase probatória há de se dar de forma colaborativa, sempre permitindo o contraditório.

Mas antes de se adentrar nos meios propriamente ditos de provas, alguns pontos preliminares se fazem singulares.

Primeiro: é cabível o uso da prova ilícita no processo de Contas? Segundo é possível o uso da prova emprestada? Terceiro, é cabível a produção antecipada de provas nos processos de Contas?

São questões preliminares que não de serem respondidas.

O estudo da prova empresta é trabalhado por Ada Pellegrini Grinover para a qual “entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro para gerar efeitos distintos.”³⁵³

³⁴⁸FERREIRA, W. S. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In : DIDIER JR. F.; JOBIM, M. F.; FERREIRA, W. S. **Coleção grandes temas do novo copy: direito probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2018. p. 575.

³⁴⁹FERREIRA, W. S. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In : DIDIER JR. F.; JOBIM, M. F.; FERREIRA, W. S. **Coleção grandes temas do novo copy: direito probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2018. p. 577.

³⁵⁰DIDIER JR. F, BRAGA, P. S, OLIVEIRA, R. A. D. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisões, precedentes, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2016. Vol. 2. p. 57.

³⁵¹WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo civil: Cognição jurisdicional: processo comum, de conhecimento e tutela provisória**. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Vol. 02. p. 110.

³⁵²WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo civil: Cognição jurisdicional: processo comum, de conhecimento e tutela provisória**. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Vol. 02. p. 110

³⁵³GRINOVER, A. P. Prova Emprestanda. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 1, n. 04, p. 60- 69. Out. 1993. p. 65.

Mas há um óbice, o uso da prova emprestada, para a autora, tem origem nos artigos 357 a 397 do ZPO alemão para o qual só é cabível o transporte para outro processo quando, no processo anterior, tiverem sido ofertados os contraditórios, logo o transporte para outro processo sem o contraditório prévio seria ilegítimo. A questão então a ser respondida seriam: as partes devem ser as mesmas? Para a autora sim: as provas colhidas fora do contraditório seriam inexistentes ou ilegítimas. “O primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é a de ter sido produzida em processo formada entre as mesmas partes.”³⁵⁴ Ademais, seu valor “em essência será sempre a originária, consoante foi produzida no processo principal.”³⁵⁵

O posicionamento da autora é o seguinte, para ser transportada a prova, é necessário que as partes sejam as mesmas e que no processo original tenha-se dado a oportunidade de contraditório. Será, contudo, transportada ao outro processo como prova documental, mas com valor que fora dado no processo principal. Ou seja, se foi colhida como prova testemunhal será transportada como prova documental, mas com “valor” de prova testemunhal.

A pergunta permanece é possível seu uso no TCE. A resposta a esta pergunta não é tão evidente porque o transporte é feito por juízos e o TCE não tem juízo estrito senso. Ocorre que, salvo os processos em segredo de justiça, os atos processuais são públicos, assim, uma vez transitado em julgado nada impede, por exemplo, que o TCE solicite prova de um juízo e mesmo de outro TCE. É o que ocorre nas tutelas coletivas: uma mesma empresa pode ter sido declarada inidônea em uma certa ação coletiva.

Para melhor esclarecer os fatos, o TCE pode solicitar ao judiciário (ou a outro TCE) que envie cópias dos autos da ação civil pública transitada em julgado para averiguar, em seu processo, se uma determinada empresa já seria inidônea e assim impedida de contratar com o serviço público.

Poderia ser o caso, igualmente, de se incrementar o *quantum* punitivo-inibitório quando o TCE averiguar que a empresa já fora condenada em outro processo judicial por lesividade coletiva julgada em um processo judicial.

Mas repita-se, como é possível o reexame de provas, excepcionalmente, até em recursal, no judiciário, quando essencial a averiguação dos fatos, o ideal é que o transporte ao TCE ocorra apenas e, tão só, após o transito em julgado da decisão. Mas o fato de se permitir o transporte

³⁵⁴GRINOVER, A. P. Prova Emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 01, n. 04, vol. 04, p. 60- 69. Out. 1993. p. 65.

³⁵⁵GRINOVER, A. P. Prova Emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 01, n. 04, p. 60- 69. Out. 1993. p. 65.

não advém da prova emprestada, em *última ratio*, mas da publicidade dos atos processuais que permite esse transporte.

Mas, e quanto aos processos dentro do próprio TCE, aqui a questão é interessante. É que uma empresa pode ter sido contratada por um município e o relator queira transportar a prova colhida para um outro processo. Este transporte, frise-se, só será possível se o contratante for o mesmo: o mesmo município, a mesma autarquia, a mesma empresa pública, porque como se demonstrou: o primeiro requisito é a identidade de partes. Contudo, transitado em julgado no TCE, nada impede que haja transporte para outro processo, novamente, pela publicidade dos autos, ainda que com partes díspares. Eis então o que se extraem:

- a) Transitado em julgado, o transporte da prova emprestada é possível ainda que as partes não sejam as mesmas como medida de se averiguar a reincidência, o transporte é possível tanto do Tribunal de Justiça para o TCE quanto para processos com partes distintas dentro de processos distintos dentro do próprio TCE ou mesmo entre TCEs díspares, cujo permissivo advém da transparência dos atos processuais; e
- b) Nos processos em trâmite no TCE, a prova emprestada só é cabível nos processos do TCE quando as partes forem as mesmas: mesma empresa e mesmo município ou mesma empresa e mesma autarquia ou mesma empresa contratada e mesma empresa pública.

Outro ponto tema de debate é sobre o uso da prova ilícita, o tema foi objeto de Marcia Cunha Silva Araújo de Carvalho para a qual “a prova ilícita, quando *pro reo*, vem sendo aceita pela doutrina e jurisprudência posto que [...] o sujeito estaria em verdadeiro estado de necessidade.”³⁵⁶

A tese de admissibilidade da prova ilícita advém da jurisprudência pacífica da suprema Corte alemã (*Bundesgerichtshof*) que defende sua admissibilidade quando imprescindível a defesa do réu (*Erforderlichkeit*). A questão que se extrai seria aplicável ao TCE, em que termos?

Sim, a jurisprudência das Cortes Superiores nacionais a admitem, razão pela qual as Cortes de Contas o devem fazê-lo quando imprescindível ao réu. Ocorre sobretudo no caso do sigilo das propostas.

³⁵⁶CARVALHO, M. C. S. D. Prova Ilícita. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 801, p. 429-435, jul. 2002. p. 432.

Eventualmente, caso o TCE entenda que um documento nos autos fora extraído em prejuízo do sigilo das propostas deve extirpar a prova dos autos e apurar, via infração disciplinar, quem deu causa ao vazamento, mas se dessa prova puder se excluir o débito ou a responsabilização da empresa ou do agente público, é cabível o uso da prova ilícita.

No caso, o relator não deve deixar que esta conste nos autos, mas, apenas, mencionar que, dos fatos narrados, ainda que colhidos de forma ilícita e em detrimento do sigilo das propostas, o débito não se feriria imputável a parte do polo passivo, mas repita-se, apenas, e excepcionalmente, e como medida a privilegiar-se o réu (parte passiva) e sua presença nos autos há de ser retirada, fazendo-se, tão somente menção, ao fato.

Quanto a produção antecipada de provas a doutrina se divide. Wambier e Talamini compreendem que “não se trata de simples jurisdição voluntária, insere-se no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver [da lide],”³⁵⁷ já Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira a consideram típico caso de jurisdição voluntária.³⁵⁸

É que a prova antecipada tem caráter bivalente: para os que entendem se tratar de ato contencioso, a prova antecipada se presta a assegurar que seja produzida para ser usada em um processo futuro, mas pelo transcurso do tempo, pode ser que sua produção seja comprometida, logo, há uma medida assecutória na produção de prova que deverá ser usada no processo.

Para outros autores, como Didier, que entendem se tratar de jurisdição voluntária, a antecipação de provas permite que as partes sequer entrem em juízo, é o caso, por exemplo de as partes não saberem se houve, de fato, erro do produto ou inadimplemento. Procura-se produzir as provas para que, munidos da certeza, entrem ou não em juízo.

Os autores expõe que todos os tipos de provas podem ser admitidas, salvo a documental que será objeto de constrição daquele que a detiver. A perícia será adiantada por aquele que a requisitar. São cabíveis, pois, provas testemunhais, periciais, atas notariais. Após sua produção, a documentação será entregue ao cartório para consulta das partes.

A questão é: é cabível ao TCE? Sim, nas suas duas formas: acautelatória e inibitória da ação. Explica-se. Imagine que um processo licitatório esteja sendo feito e que se sagrou vencedora da licitação uma empresa que estaria encarregada de fazer a fundação. O TCE, assim, poderá determinar que uma equipe se dirija ao local para averiguar se a fundação está ocorrendo

³⁵⁷WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil**: cognição jurisdicional (processo comum e de conhecimento). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Vol. 2. *E-book*. p. 185.

³⁵⁸DIDIER JR. F, BRAGA, P. S, OLIVEIRA, R. A. D. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisões, precedentes, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2016. Vol. 2. p. 140.

conforme o projeto básico, ainda que não haja denúncia. A medida é preventiva, posto poder ser que, pela peculiaridade do caso, a fundação seja de difícil e singela execução e inauferível em fato posterior, o que demanda uma atenção maior, pela Corte, que não há de se contentar, somente, com as medições do engenheiro da prefeitura.

Mas há ainda um outro caso: imagine-se que determinado processo licitatório foi segregado em lotes, pelo que a empresa A ficou encarregada de fazer a terraplenagem de uma rodovia e a empresa B a pavimentação. Ou ainda, que a empresa A tenha sido encarregada de um trecho da rodovia e a empresa B de outro trecho.

Receosa de que sua consorte possa executar insatisfatoriamente o serviço seria, em tese, cabível a empresa idônea solicitar produção antecipada de provas para que o TCE se dirigisse ao local a fim de averiguar que a terraplenagem fora feita nos exatos termos pactuados, ou que o trecho que lhe cabia está de acordo com o estipulado.

A medida aqui é evitar o litígio, evitar-se que a empresa idônea seja condenada com outra (em solidariedade), notadamente, para serviços parcelados em que não é possível, sem inspeção prévia, aguardar-se o fim da obra e o termo de recebimento provisório e definitivo. Aquele que bem executou o contrato, tem o direito de requerer a Corte que verifique que a sua cota parte (a que lhe competia) fora feita nos exatos termos pactuados. Hipótese bem plausível em consórcios públicos. Mas os autos ficarão no TCE, não em cartório.

Há, ainda, um outro ponto merecedor de destaque: a prova diabólica. Quem se debruçou sobre o tema foi Fernando Adrián Hernín.³⁵⁹

O autor expõe que há uma nítida distinção entre provas difíceis e provas impossíveis. Seriam impossíveis, por exemplo, as provas diabólicas. Mas há uma ressalva, é que nem toda prova negativa é diabólica, apenas a que nega fatos gerais. Assim, é possível, por exemplo, solicitar que o agente público não esteve naquela data e horário, em um determinado lugar. Seria, contudo, diabólica a exigência de que provasse nunca ter estado em determinado lugar.

A questão é interessante as Cortes de Contas, primeiro ponto: é possível que se exijam provas negativas sem ser diabólicas nos TCE? A princípio sim. É o caso de a Corte de Contas solicitar do agente estatal que prove não ter, por um período, e em determinado município, praticado qualquer ato. Caso simples é o do pregoeiro. O Tribunal pode solicitar que o pregoeiro prove que, em determinada data, não adjudicou nenhum processo licitatório a determinada

³⁵⁹HERNÍN, F. A. Las Pruebas difíciles. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 33, n. 166, p. 71-80. Dez. 2008. p. 72.

empresa. Trata-se de uma prova negativa, mas pela limitação temporal exposta, o fato negativo a se provar não o torna, por si, diabólico.

Enfim, como preliminar é possível extrair:

- a) O destinatário da prova nos TCE é o próprio Tribunal e as partes;
- b) A prova emprestada entre juízos e TCE ou entre TCEs diferentes só é cabível após o trânsito em julgado, e mesmo entre relatores, só após o trânsito em julgado;
- c) Será cabível a prova emprestada entre processos pendentes intra TCE quando as partes forem as mesmas;
- d) A antecipação de provas no TCE é cabível como medida inibitória a postulação e como medida acautelatória, quando se verificar que sua produção posterior poder-se-á mostrar imprestável; e
- e) É cabível que o TCE exija provas negativas, mas limitadas a uma relação espaço-temporal pré-fixada sem a qual cair-se-á na prova diabólica.

Expostas as preliminares, passam-se aos meios de prova, que são as formas de que se dispõe as partes a poderem demonstrar suas alegações em juízo.

O tema é objeto de estudo de Didier, Braga e Oliveira.³⁶⁰

O legislador atual corrigiu a impropriedade do codex predecessor ao estabelecer a atipicidade dos meios de prova, logo, seriam meios de prova todos aquelas formas dispostas às partes para alegarem seus fatos em juízo. Quanto aos meios típicos de provas, estes foram previstos taxativamente, são eles:

- a) A confissão;
- b) A ata notarial;
- c) O depoimento pessoal;
- d) A prova testemunhal;
- e) A prova documental;
- f) A prova pericial;
- g) A Inspeção judicial.

³⁶⁰DIDIER JR. F, BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. D. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisões, precedentes, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2016. Vol. 2. p. 100 e ss.

A confissão é a forma de declarar verídico um fato. O legislador estabeleceu que independentemente de provas os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra. Ocorre, contudo, que essa presunção é relativa. Ademais, isto não quer dizer que o juiz esteja vinculado a confissão e a afirmação das partes, pois, como se apresentou, a preclusão não corre contra o juízo, não estando convencido dos fatos alegados, o juiz poderá pedir diligências para que os fatos controversos sejam mais bem esclarecidos.

O legislador estabeleceu, ainda, no art. 384 que “ a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.”

O depoimento pessoal é meio de o juiz escutar as partes sobre algum fato ocorrido. As partes não estão obrigadas a depor sobre fatos que lhe acusem, nem sobre os quais devam guardar alguma forma de sigilo, mas o seu silêncio importará presunção relativa da veracidade dos fatos.

A prova testemunhal se assemelha ao depoimento pessoal, mas é colhido de terceiros. Diferencia-se daquela porque a testemunha que mente em juízo comete crime. Contudo, não está obrigada a testemunhar sobre fato que por ofício (p. ex: sacerdote) ou por honra possa comprometer-se em juízo.

A prova pericial é aquela que envolve vistoria, exame ou avaliação de determinado fato do qual se exijam conhecimentos técnicos e a inspeção judicial é meio de o juiz colher, por si mesmo, as informações necessárias de que precise.

Mas, por se tratar de processos públicos interessa, a Corte de Contas, a prova documental.

O legislador corrigiu a impropriedade da redação predecessora ao estabelecer que não apenas o papel há de formar prova documental, mas todos aqueles documentos que podem ser juntados aos autos. As partes não são obrigadas a apresentar os documentos, mas quanto a terceiros esta obrigação subsiste, podendo, o juízo, exercer meios coercitivos e sub-rogatórios a fazer com que o documento seja apresentado.

Feitos os esclarecimentos iniciais, passa-se a aplicação dos institutos às Cortes de Contas.

Primeiro ponto digno de nota é que os regimentos não têm previsto de uso da ata notarial como meio de prova, estando em princípio, excluídas dos meios de provas disponíveis às Cortes de Contas.

No que tange à prova testemunhal, entende-se que o Tribunal pode solicitar quando se tratar de agentes estatais ou contratados com o serviço público, estaria, contudo, extrapolando

os limites de sua competência ao determinar o testemunho de terceiros com imputação de crime de falso testemunho.

É o que ocorre com a subcontratada com o serviço público. Não lhe compete em princípio exercer meios indiretos coercitivos a que apresente sua versão dos fatos, mas os agentes públicos e as empresas contratadas das repartições fiscalizadas estão, por lei, obrigados a fazê-lo. Isto porque na subcontratada não há relação com o poder público, mas somente com a contratada.

A inspeção é o meio por excelência do TCE averiguar determinado fato, realizado, sobretudo, por suas equipes técnicas.

Quanto a prova pericial, seu uso não é vedado, mas é importante lembrar que, em princípio, o TCE não há de valer-se desta porque a antieconomicidade dos atos são, em regra, previamente documentados. É o que ocorre com as medições de obras públicas, o transcorrer da obra é previamente documentado. Contudo, por se tratar de um ente público, e sendo requerida de ofício, a remuneração do perito ocorreria por conta dos cofres públicos o que demanda o uso de precatórios.

De toda sorte, seu uso é bem restrito porque os meios preferenciais de se apresentarem, em juízo, os fatos alegados, continua a cargo das provas documentais. É que o TCE avalia a economicidade dos fatos e suas legalidades os quais: ou constam de boletins oficiais ou estão documentados. Explica-se, o ato de registro previdenciário estará todo documentado nos autos o que por si dispensa inspeção.

As obras estatais têm seus preços máximos estabelecidos pelo sistema Sinapi ou Sicro da caixa econômica federal ou DNIT, logo com todos os serviços de execução previamente fixados e tabelados pelos órgãos federais. A excepcionalidade de um item no orçamento será objeto de descrição pormenorizada nos autos do processo licitatório, é por isso que o uso da perícia, embora não vedado, é bem restrito.

O depoimento pessoal é outro meio de colheita de afirmações das partes. No TCE seu uso é feito, sobretudo, nas alegações finais, meio posto à disposição das partes para esclarecer os fatos alegados dos quais estão sendo imputados.

São, pois, os documentos os meios de prova mais usados pelos Tribunais.

Se as partes não estão obrigadas a apresentar os documentos arcando com o ônus da presunção da veracidade dos fatos, esta escusa não corre contra terceiros que permite ao juízo usar de meios sub-rogatórios e indiretos a que o documento seja exigido, a pergunta que se faz seria, esta previsão, aplicável ao TCE?

A resposta é afirmativa. É o caso da subcontratada. A lei permite a subcontratação de obras e serviços públicos, logo, a princípio a relação com a subcontratada é com a empresa vencedora e não a administração, o que a exclui como parte.

Contudo, em se deparando com uma irregularidade, o regimento interno do TCE prevê o uso de multas diárias a fazer que o documento requisitado, indispensável, seja apresentado. É que o documento da subcontratada não lhe pertence, somente, mas a administração: embasa o pagamento do poder público.

É evidente que o terceiro pode arguir não possuir o documento que será tratado de forma incidental. Contudo, por ser fato atinente a obra com o poder público, as escusas não de serem bem restritas, limitadas a fatos como extinção da pessoa jurídica contratada, caso fortuito ou força maior. Sendo subcontratada, há o dever de guardar os documentos necessários cuja não apresentação em juízo pode levá-la a sofrer multa de até 100% do débito previsto, nos exatos termos regimentais. Aqui, a tese é diferente da prova testemunhal.

De toda sorte, os meios de prova compõem um rol meramente exemplificativo, porque o legislador fez por bem prever que outros meios de provas seriam admitidos, o que se aplica aos Tribunais.

Mas há um ponto polêmico, é que os regimentos dos Tribunais preveem a aplicação do CPC como medida subsidiária de cognição do juízo, e este prevê a ressunção relativa dos fatos narrados pelo autor, quando revel o réu. O tema é objeto do próximo item.

4.2.1 Ônus da Prova e Presunções

Esclarece Bruno Augusto que o enunciado 491 do Fórum de processualistas estabeleceu expressamente “é possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada necessidade de anuência do terceiro quando lhe causar prejuízo.”³⁶¹

Ou seja, o primeiro ponto a se considerar na inversão probatória é que para que tenha efeitos contra terceiros é imprescindível sua expressa anuência. Outra questão é que a presunção se diferencia do indício. “ indício é o fato conhecido do qual se parte para o desconhecido, ou seja, o fato conhecido em que se funda o raciocínio do juiz para chegar ao fato desconhecido.”³⁶²

³⁶¹FUGA, B. A. S. **A prova no processo civil**: principais inovações e aspectos contraditórios. 3. ed. Thorth: Londrina, 2019. p. 16.

³⁶²MALUF, C. A. D. As presunções na teoria da prova. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 24, p. 62-80, out. 1981. p. 62

Ou seja, a doutrina é pacífica ao se admitir a prova indiciária, como aquela da qual o juiz se vale de meios indiretos a se chegar a uma conclusão. Exemplo, por meio de câmaras do saguão de um hotel, o juiz pode se convencer que as partes não estavam presentes na pactuação do negócio jurídico na hora afirmada pelo autor. Por meio de um fato indireto (gravações de um saguão) o juiz se convence de um outro fato (não presença das partes no local da assinatura do contrato afirmado pelo autor).

Outra questão importante é que a revelia não impõe necessariamente a veracidade dos fatos, conforme expõe Eduardo Yoshikawa: É bem verdade que a revelia, por si, não assegura, “automaticamente a procedência do pedido, vez que a presunção de veracidade dela decorrente, segundo entendimento dominante tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pode vir a ser afastada se os fatos afirmados forem impossíveis.”³⁶³

O código de processo de Contas, ainda em tramitação, extrapolou este entendimento: expressamente afirmando, no art. 31, que à revelia não impõe a presunção da veracidade dos fatos pelo autor, pondo fim, assim, a discussão da aplicação deste dispositivo do CPC.

É que no processo de Contas, os fatos alegados pelas partes estão, em regra, previamente documentados, não basta, pois, que a equipe de auditoria afirme determinado fato, é preciso apresentar o documento que embase suas afirmações.

Não se averiguando o documento, é um dever de o relator determinar que, por meio de outros documentos, ou mesmo por meio de inspeção, a equipe de auditoria prove o alegado em juízo. Isto porque os processos do TCE estão expressamente documentados.

Enfim: revelia nos processos de Contas não gera presunção e a inversão do ônus contra terceiros demanda expressa anuência deste, salvo se não lhe causar prejuízo algum.

Feitas as preliminares, passa-se a conceituar ônus de obrigação. Esclarece Munir Karam³⁶⁴ que obrigação é algo que a parte faz em favor do adversário, já o ônus é produzido em favor do próprio agente.

Assim, ônus da prova tem duas perspectivas. A parte a quem incumbe o ônus tem a obrigação de provar o que alega, não fazendo, arcará com as consequências jurídicas da sua omissão. Para o juiz, é meio subsidiário de julgamento quando supridas as tentativas exaurientes.

³⁶³YOSHIKAWA, E. H. D. O. Revelia e Direito à prova. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 185, p. 35-52, jul. 2010. p. 52.

³⁶⁴KAHAM, M. ônus da prova: noções fundamentais. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 4, p. 745-754, out. 2010. p. 749.

Em regra, ao autor cabe a alegação dos fatos constitutivos e ao réu os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.

Assim, se o autor afirma que houve inadimplemento, deve juntar aos autos a comprovação do inadimplemento, ao réu, cabe demonstrar que houve pagamento, ou dação, ou novação, enfim, quaisquer que sejam as causas que extinguem ou modifiquem o direito do autor.

O problema é que esta regra pode ser invertida. O legislador estabeleceu várias formas de inversão dessa lógica. A inversão do ônus probatório pode, assim, se dar a) de forma convencional, por acordo entre as partes, ou b) legalmente (quando o legislador o previu, notadamente, nas relações de consumo) e na c) forma judicial, como medida auxiliar do juízo.

Ao TCE a única inversão que interessa, *prima facie*, seria a do CPC que, como se demonstrou foi extirpada pelo legislador derivado, resta assim a questão da inversão judicial.

Como se demonstrou, a doutrina é pacífica ao considerar a prova indiciária, resta, contudo, saber em que hipóteses o juiz (e o TCE) poderiam inverter o ônus, o tema é objeto de estudo de Lucas Buril de Macêdo e Ravi Medeiros Peixoto.³⁶⁵

Para os autores: “mesmo que se pense em situações de presunção simples, não parece ser adequado o raciocínio de que a elaboração de uma presunção judicial gera uma transferência do ônus da prova da não ocorrência do fato presumido” é que “quando ocorre a incidência de uma presunção em um caso concreto o juiz não irá julgar com base nas regras do ônus da prova. Haverá um julgamento no sentido de que ele foi efetivamente convencido.”³⁶⁶

Na verdade, a posição dos autores não é bem de presunção, mas de prova indiciária, ou seja, quando o juiz está convencido de um determinado fato, ainda que indiretamente, não há necessidade de inversão probatória, é esta a melhor interpretação que se retira da passagem.

Ou seja, não é que a presunção legal, como a revelia, desobrigue o juízo de inverter o ônus: é que estando convencido de alguma forma, ainda que por via indireta (prova indiciária), não há a necessidade de se inverterem os ônus.

Em termos mais simples, o juiz só há de inverter o ônus probatório quando não estiver convencido dos fatos alegados pelas partes e desde que dessa forma sua produção seja facilitada.

³⁶⁵MACEDO, L. B. D.; PEIXOTO, R. M. **ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 85.

³⁶⁶MACEDO, L. B. D.; PEIXOTO, R. M. **ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 85.

A afirmação acima leva a uma segunda conclusão. Se o ônus da prova é uma consequência da parte que sofrerá os efeitos deletérios de sua omissão é, da mesma forma, uma diretiva para o juiz, ou seja, na dúvida, e, para evitar o *non liquet*, não estando ainda convencido, o juiz utilizará da carga probatória para dar ganho de causa àquele que tinha o ônus de fazê-lo.

Um exemplo ajuda a esclarecer: suponha que ao autor cabe a demonstração de inadimplemento e ao réu o pagamento. Não estando convencido de quem tem razão, o juiz deverá velear-se de outros meios, até porque, para o juízo, a preclusão probatória não se verifica. O juiz então intima as testemunhas. Sem estar convencido ainda, ele elaborará sua sentença com base no ônus probatório.

Mas pode ser que ao se inverter o ônus, as coisas fiquem mais claras ao juízo, exatamente, porque, a parte adversa, é mais fácil de produzi-la, devendo, o juiz diligente, determinar de ofício a inversão porque só se deve julgar com base na carga probante quando não se esteja convencido. Se puder inverter esta carga para melhor se convencer deverá fazê-lo, ainda que de ofício.

Cabe, assim, ao autor, o dever de apresentar o inadimplemento, ao réu, o seu adimplemento, quaisquer das partes que não conseguir demonstrar este ônus, ausentes outras provas, ser-lhe-á imputada a sentença porque tinha o ônus de fazê-lo, não cumprindo, arcará com os efeitos deletérios de sua omissão, o juiz considerará (presumidamente) contraprovados os fatos alegados daquele que, embora tivesse o ônus de fazê-lo, não apresentou as provas de sua alegação.

Esclarecidos os pontos principais, passa-se aos casos permitidos de inversão.

Primeiro ponto digno de nota é que o legislador estabeleceu, nos termos do art. 373, §3º que não se admitirá a inversão do ônus probatório quando a) recair sobre direito indisponível ou quando b) de sua inversão, esta tornar excessivamente difícil sua produção para a parte adversa.

A leitura desatenta da primeira previsão legal poderia levar ao equívoco de se entender que pelo fato de os TCEs trabalharem com direito indisponível, a inversão probatória ser-lhes-ia inaplicável.

Não é o melhor entendimento, conforme expõe Antônio do Passo Cabral: os interesses “materiais podem ser indisponíveis, mas ainda assim as partes podem acordar [...] [sobre] redistribuição de ônus da prova [...]”³⁶⁷ e o “inverso também se verifica: não é porque o direito

³⁶⁷CABRAL, A. D. P. **Convencões Processuais**. Salvador: Juspodium, 2016. p. 298.

material seja disponível que se seguirá automaticamente a conclusão [que] sejam admissíveis.”³⁶⁸

No capítulo 3 tratou-se da questão da indisponibilidade do direito em que se demonstrou que o que se veda é a oblação, a disposição de algo indisponível. Essa é a interpretação correta.

Em outros termos, se da inversão, o direito que era indisponível passa a ser objeto de exercício pleno, não há limites a inversão, o que se veda é que da inversão se disponha de algo indisponível. Se da inversão o direito indisponível restar ressaltado, é de se imputá-la.

É de salutar importância a conclusão anterior. O TCE visa resguardar o direito coletivo, salvaguardá-lo, emancipá-lo daqueles que pretendem arruiná-lo, logo se da inversão probatória o direito puder ser mais bem exercido, a inversão não só é recomendável, é, antes, imperativa.

Enfim, a vedação da inversão deve ser compreendida com a possibilidade inversão judicial, possível ao juiz sempre que entender ser cabível esta inversão quando de seu uso trazer maiores esclarecimentos as partes e ao juízo; e sempre que a parte adversa tiver melhores meios de produzi-la.

Pelo exposto, não ficam vedadas inversões nos processos de Contas. Mais, recomenda-se o uso sempre que dessa inversão a produção probatória possa ser mais bem colhida, porque a parte adversa é mais bem preparada em produzi-la. A título de exemplo suponha o seguinte caso:

A empresa contratada com o poder público fora acusada de não ter executado a fundação na profundidade correta. Em consulta as medições são impossíveis determinar a profundidade em que estas teriam sido realizadas. O TCE, no caso, pode atribuir o ônus de provar a fiel execução a empresa, porque munida de meios mais eficazes que a Administração para demonstrar o alegado. Ela terá, por exemplo, as notas fiscais de compra dos materiais, a administração não. Terá, também, as inspeções de seu engenheiro e encarregado, além do diário de obras.

Tudo isso formará um arcabouço probatório mais robusto ao TCE em formar seu convencimento final. Em teoria, caberia a Equipe de Auditoria demonstrar que a fundação não se executou, mas é possível (e recomendável) que, em face a maior facilidade de a parte adversa demonstrar sua fiel execução, que o Tribunal inverta a ordem natural probatória impondo o ônus a empresa de provar sua fiel execução.

Por todo o exposto, principalmente nas ações bivalentes, o ônus probatório é imperativo às Cortes de Contas, em especial para os casos em que a demonstração dos fatos se torne

³⁶⁸CABRAL, A. D. P. **Convencões Processuais**. Salvador: Juspodium, 2016. p. 298.

excessivamente onerosa à administração e relativamente fácil de ser produzida por parte do contratado.

Com estes apontamentos é possível se concluir o presente subtópico:

4.2.2 Síntese do Tópico

Por todo o exposto é possível concluir:

- a) A antecipação de provas é aplicável ao TCE tanto como medida acautelatória como como via de cognição prévia a se evitar o litígio, inclusive com intimação de terceiros pelo juízo;
- b) A inversão probatória nas Cortes de Contas é recomendável sempre que dessa forma a parte adversa estiver com meios mais eficazes de produzi-la para a melhor cognição do juízo;
- c) A prova pericial é cabível ao TCE, mas de forma reduzida, posto que a maioria dos casos há de ser documentada;
- d) A ata notarial não tem previsão no TCE, por não existir expressa previsão legal;
- e) A prova documental é a mais utilizada, podendo, o TCE, usar de meios coercitivos quando o documento estiver em poder de terceiros, como ocorre nos casos de subcontratação, porque não é exclusiva da parte, mas, igualmente, da administração;
- f) A prova testemunhal é possível, sem a possibilidade de se imputar o crime de falso testemunho;
- g) O depoimento pessoal é usado, sobretudo, nas alegações finais; e
- h) Contra o relator (juízo) não recaem preclusões, logo, havendo dúvidas dos fatos alegados é sempre possível a solicitação de diligências.

Finda esta parte, é preciso adentrar em um outro ponto controvertido: as convenções processuais, porque não deixam de ser uma forma de disposição e, como se apresentou, o TCE trata de direitos indisponíveis, o tema é objeto do próximo capítulo

4.3 ACORDOS PROCESSUAIS DE CONTAS

Os acordos processuais não são temas antigos, no *common law*, neste sistema, as partes são as principais dirigentes do processo, adiantam as custas, produzem provas, intimam especialistas, arrolam testemunhas.

Há, pois, uma série de liberdades conferida as partes na condução processo, mas esta liberdade é limitada, posto não poder reduzir as formas de convicção do juízo. Não são permitidos, pois, acordos que excluam a competência do júri ou a livre apreciação das admissibilidades das provas pelo magistrado.

Ocorre, contudo, que os acordos entre as partes (*party rulemaking*) tem sido questionado na doutrina exatamente por subtrair a adjudicação do judiciário o que acaba por colocar o juiz em uma espécie de regulador da racionalidade dos acordos processuais: “*it also supported giving judges power to review rulemaking agreements for reasonableness.*”³⁶⁹

Michael L. Moflitt³⁷⁰ aponta que os acordos processuais, nos Estados Unidos, são não apenas previstos extrajudicialmente, mas, sobretudo, nas próprias regras do *civil procedure*, assim: “um sistema judicial mais flexível atenderia muito melhor a prestação jurisdicional que um sistema customizado. As partes como alvo principal da tutela, teriam meios mais eficazes de avaliar quais medidas melhor seriam aplicáveis ao *trial*.”³⁷¹

A ideia não passou despercebida pelo legislador que colocou fim a discussão do *codex* predecessor, permitindo acordos processuais típicos e atípicos. Há, contudo, uma indagação, as convenções seriam aplicáveis ao poder público, em que medida, de que forma? Para iniciar a resposta à pergunta, partiu-se do autor que inseriu a previsão de convenções processuais no código: Pedro Henrique Nogueira.

³⁶⁹BONE, R. G. Party rulemaking: making procedural rules through party choice. **Texas Law Review**, Texas, vol. 90, p. 1329-1397, 2012. p. 1396.

³⁷⁰MOFFITT, M. L. Customized Litigation: The case of making civil procedures negotiable. **George Washington Law Review**, Washington, vol. 75, n. 03, p. 461-521, abr. 2007.p.416.

³⁷¹No original: *A judicial system that presents an opportunity for customized litigation would be more procedurally just, more efficient, and more accessible than one with only a set of nonnegotiable procedural rules.*

4.3.1 A obra de Antônio do Passo Cabral e Henrique Nogueira, as Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros e os Poderes Instrutórios do Juiz de Contas.

Pedro Henrique Nogueira foi o autor da proposta que inseriu no código a alteração legislativa de previsão dos negócios jurídicos (art. 190), razão pela qual preferiu-se iniciar o estudo dos negócios jurídicos processuais por sua obra.

Pedro Henrique Nogueira traz a traz a lição de Chiovenda para o qual “dizem-se atos jurídicos processuais os que têm importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, atos que têm por consequência imediata a constituição [ou] modificação de uma relação” processual.³⁷²³⁷³

O problema da definição Chiovenda é que seriam atos processuais “só os praticados pelos sujeitos [autor e réu] da relação processual.”³⁷⁴ Essa mesma concepção acabou sendo aceita por Leibman.³⁷⁵

Dentre os atos processuais, encontram-se os negócios jurídicos, ou seja, a possibilidade de as partes, por acordo de vontade, transigirem sobre algumas relações processuais que possuem.

Ocorre que, aos poucos, a definição de Liebman e Chiovenda acabaram sendo reformadas por Paula Sarno Braga e Fredie Didier Jr para os quais o fato processual (em sentido amplo) seria assim considerado “como o fato [inserido] no suporte fático de uma norma processual [com] aptidão para que produza efeitos em uma dada relação processual [trata-se, de] concepção ampla.”³⁷⁶

Reformada, pois, a velha doutrina dos anos 70, para os quais os negócios processuais seriam somente as convenções dentro de um processo em curso. O conceito atual parte de uma elasticidade inerente: são atos processuais os regidos pelas partes dentro de um processo e aqueles acordos estabelecidos exercidos fora do processo que visassem processos futuros, ainda que eventuais.

Já se adiantou, inclusive, que, na doutrina (e o fórum de processualistas a acompanhou), para que estas convenções tenham efeitos contra terceiros, há necessidade de suas expressas

³⁷² NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 37.

³⁷³ CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 03. p, 20

³⁷⁴ NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 38.

³⁷⁵ NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 39.

³⁷⁶ NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 39.

anuências nos atos que sobrevierem. Isto porque a ninguém se deve compelir um contrato com o qual não se coadunou.

O autor, também, traz a velha crítica de Golschmidt para o qual a visão de Bülow de processo, há muito, encontrava-se ultrapassada: o processo seria o resultado de uma série de atos que visassem uma dada prestação, portanto, dinâmico, por essência.³⁷⁷

Ocorre que, adotando-se a tese de que o processo é dinâmico e que visaria uma dada prestação jurisdicional, não seria o caso de permitirem as partes escolherem a melhor forma de se prestar esta jurisdição?

É embasado nessa ideia da qual surgiram os principais esboços das convenções processuais: permitirem-se as partes melhor escolherem os meios da prestação jurisdicional.

O legislador, assim, acompanhando a sugestão de Nogueira inseriu uma “cláusula geral de negociação sobre o processo (art.190) ao lado da regra que estipula a eficácia imediata dos atos e negócios processuais celebrados.”³⁷⁸

É possível, pois, as partes acordarem sobre o procedimento a se valerem, desde que admissíveis, é o caso de as partes acordarem que, em que pese o documento escrito, o processo não tramitará por ação monitória, mas pelo juízo comum.

É de se ressaltar, contudo, que as partes não podem sobrepor normas cogentes. O acordo seria nulo. É o caso de se adotar mandado de segurança para contratos privados: a tutela do mandado de segurança impõe não apenas o direito líquido e certo, mas, igualmente, a ação contra agente público ou investido nas atividades do poder público: o acordo poderá, assim, dentre os vários procedimentos cabíveis, adotar um que tenha previsão legal.

Há muita divergência doutrinária sobre os juizados especiais, mas a maioria é pacífica ao permitir que as partes transijam previamente (acordo pré-processual) afirmando que, no caso de inadimplemento, o processo não tramitará pelo juizado. É que as partes podem preferir uma dilação probatória maior. Nulo, vez mais, será o caso de a administração abdicar do juizado especial da fazenda, porque a competência seria, no caso, absoluta, insuscetível de oblação.

Mas há, também, possibilidade de as partes acordarem sobre os ônus, faculdades e deveres processuais: como ônus probatório, tempo de audiência, escolhas de perito, “valorizando o diálogo entre o juiz e as partes.”³⁷⁹

³⁷⁷NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 39.

³⁷⁸NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 39.

³⁷⁹NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 222.

Assim, o CPC “conferiu livre disponibilidade às partes neste aspecto, que podem dispor, conforme lhes convier, as situações de vantagem que lhe favoreçam”³⁸⁰ A regra é *in dubio pro libertate*, ou seja, na dúvida, opta-se pela liberdade em estipular.

Se admitiu que a doutrina, em especial, Nogueira³⁸¹ e Cabral, vem reafirmando que nem tudo é transigível, apenas, aquilo que não comprometer o juízo e não conflitar com normas cogentes: nula será, pois, a cláusula que vise interromper a prescrição, visto que esta opera-se uma única vez, da mesma forma, nula a cláusula que tornar impossível a prova pericial ou que dispense previamente a prova documental, porque afrontariam a livre cognição do juízo.

O que se deve ter em mente é que o processo atual há de ser visto como um diálogo entre partes e juiz, mas que não pode a) nem conflitar com normas cogentes de direito material e processual, b) nem subtrair a livre cognição do juízo, c) nem mesmo inovar no direito processual. O termo inovar aqui há de ser lido com ressalvas.

Como se demonstrou, o legislador, expressamente, previu a exemplificatividade dos meios probatórios, logo, é lícito as partes estabelecerem meios probatórios para além dos previstos, porque o legislador assim previu.

Não cabe, contudo, acordos para novas formas recursais ou que retirem a audiência de instrução, posto que aquela inovaria em algo que o legislador não conferiu poderes às partes, esta, por diminuir a cognição do juízo: diálogo com o juízo não é arbítrio: é um acordo para que as partes tenham a melhor prestação jurisdicional, não subtrair os meios cognitivos postos ao juízo.

Bem-postas as coisas, o autor esclarece que é possível o uso do acordo em quaisquer procedimentos, e em qualquer momento, inclusive na execução.³⁸²

Contudo, a liberdade das partes não é uma autorização genérica: “o juiz pode, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções processuais. O parágrafo único do art. 190 não deixa dúvidas a este respeito.”³⁸³

Em regra, a validade da celebração dos negócios processuais pressupõe: a) causa que admitam autocomposição, b) atendam ao regramento na existência de normas cogentes e c) sejam vedadas nas cláusulas de adesão.³⁸⁴

³⁸⁰NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 223.

³⁸¹NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 231.

³⁸²NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 231.

³⁸³NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 231.

³⁸⁴NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 232.

Nogueira, assim, segue a linha de Cabral ao afirmar que “ os negócios processuais são admissíveis, quando, em jogo, direitos que admitam a autocomposição [não devendo se] confundir com os direitos disponíveis, opção conceituada na lei 9.307/96.”³⁸⁵

Ou seja, ainda que se trate de direitos indisponíveis é possível a convenção desde que não se disponha de algo indisponível, mas, antes, aprimore-se a tutela jurisdicional, na efetiva concretização daquilo que não se pode dispor, até porque, “permite-se a autocomposição de direitos materiais na fazenda pública.”³⁸⁶

Também, exige-se partes capazes, mas a capacidade “é a processual, aqueles que, a despeito de possuírem plena capacidade de direitos, estejam desprovidos de plena capacidade processual (como o preso)”³⁸⁷ ou mesmo aquele que não tem procuração com poderes para dispor, estão, pois, impossibilitados de transigir.

Também, veda-se o uso para situações de vulnerabilidade, mas a vulnerabilidade “há de ser entendida com a existência de situação de desequilíbrio entre os sujeitos que celebram determinado negócio jurídico, configurando quebra de isonomia.”³⁸⁸

É por isso que o autor entende ser cabível a transação mesmo para os trabalhadores e mesmo para “consumidor e fornecedor, [porque] conquanto no plano substancial possam estar em situação de desequilíbrio, podem negociar em situação de isonomia.”³⁸⁹

O que se exige é que as partes estejam em pé de igualdade para conhecer sobre o que negociam, assim: “não por outro motivo, o assessoramento do advogado, procurador, defensor público [...] sujeitos com qualificação técnica para o tipo de ato jurídico material numa convenção [...] é indicativo de ausência de vulnerabilidade.”³⁹⁰

Pedro Nogueira foi cauteloso na conclusão anterior: é indicativo de vulnerabilidade e não imperativo. A ausência de advogado não pressupõe desequilíbrio, o que se exige é que as partes tenham conhecimento do que estão transigindo e quais efeitos podem sofrer com esta negociação.

O juiz, como colaborador das partes, tem o dever de orientá-las neste sentido. Assim, não é vedado o uso da técnica nos juizados especiais, tão só, por ausência de advogado, o que se veda é que haja assimetria informacional: as partes devem ter pleno conhecimento sobre o que estão dispendo e quais efeitos poderão sofrer.

³⁸⁵NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 232.

³⁸⁶NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 232.

³⁸⁷NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 234

³⁸⁸NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 236

³⁸⁹NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 236.

³⁹⁰NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 236.

Também, permite-se que o negócio jurídico seja renovado ou revogado, mas como a constituição foi feita interpartes, a revogação deve seguir a sorte do ato constitutivo, ou seja, plena anuência das partes revocatórias.³⁹¹

O autor prevê uma série de acordos processuais típicos como a calendarização. Em regra, as convenções processuais independem de homologação judicial, mas no caso da calendarização, o que subsiste é que as partes já ficam sabendo, de antemão, as datas de cada ato processual, dispensando-se intimações, citações, marcações de audiência. Por interferir diretamente nos prazos processuais do juízo, a anuência deste há de ser expressa, até porque, salvo urgências, não podem ocorrer no recesso forense.

Admite-se, ainda, acordos sobre os prazos processuais, mas dentro de limites da razoabilidade: nem se admite a redução de prazos a ponto de inviabilizar a defesa das partes (30 min. para apresentar contestação), nem a ampliação em demasia a ponto de resultar em “violação ao preceito de duração razoável do processo.”³⁹²

O autor também admite, nos termos do art. 999, a ampla “e abrangência renúncia ao direito de recorrer, sem ressalvas quando à possibilidade de um pacto prévio neste sentido (acordo de instância única).

Aqui existe a primeira ressalva ao TCE, é que os regimentos internos são leis e leis especiais que se sobrepõe a normas gerais e, nessas, o direito de recorrer é expresso, logo, pela antinomia das normas, prevalece a norma especial: não cabe pacto de irrecorribilidade nas Cortes de Contas por expressa opção do legislador derivado em não o recepcionar. Não é o caso de remessa necessária, mas de um direito posto a administração que não pode se contentar com erro *in judicando* ou *in procedendo*, permitido, somente, aos particulares. Isto porque a administração deve sempre buscar a melhor prestação jurisdicional, quer seja parte passiva no TCE, quer figure como assistente.

Mas o art. 190 é uma cláusula aberta, permite-se uma pluralidade de convenções, tanto de deveres quanto sobre o procedimento, desde que as partes estejam em pé de igualdade, logo: nada impede “que as partes, no curso do processo pactuem: a distribuição diferenciada do ônus da prova, a eleição convencional de foro ou mesmo a ampliação de prazos recursais.”³⁹³

O autor aponta, ainda, as normas constitucionais do processo civil, inclusive os princípios, como “limites objetivos aos negócios processuais [...] não se admitindo a prática de

³⁹¹NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 239.

³⁹²NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 239

³⁹³NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 240.

atos negociais que afastem as prescrições [...], regime de publicidade dos atos [...], mudança da competência absoluta, do juiz natural [...], em síntese: a dimensão do devido processo legal.”

Mas há um ponto essencial: a vedação ao contrato de adesão. É que os Tribunais de Contas orbitam os contratos públicos que são, em essência, de adesão.

A vedação é, contudo, relativa, assim, “a base da negociação processual está justamente na valorização do auto regramento de vontade, existente em grau mínimo nos contratos de adesão, daí porque o art. 190 o veda [mas, somente,] em caso de abuso.”³⁹⁴

Isto porque “em tese é possível, embora pouco provável, que o contrato de adesão contenha cláusula relativa ao processo [...] preocupou-se, o legislador, em limiar a preterição [...] de fornecedor [em detrimento do consumidor] em contratos de adesão.”³⁹⁵

Enfim, o que se veda é a preponderância de uma das partes sobre a outra, a unilateralidade das disposições, a vulnerabilidade exacerbada. Não é o caso do TCE, o contrato de adesão é entre a administração e o contratado, o processo no TCE é um outro processo que se refere tanto à Administração como à contratada, como o TCE não foi parte na relação negocial inicial, não é hipersuficiente na relação, pelo que, não há de se vedar o seu uso nestas Cortes.

Expostas as preliminares, é interessante adentrar nas vedações. Guilherme Henrique Faria Lage bem sintetiza a questão: “tudo que se sabe sobre a licitude do objeto do negócio jurídico privado aplica-se ao negócio processual. [...]. Sempre que a matéria se tratar de tema objeto de reserva legal a disposição é ilícita.”³⁹⁶

Behlúa Maffessoni vai além, a autora defende um maior protagonismo do juiz nas convenções, porque o processo é, antes, um diálogo entre juízo e partes: “o poder instrutório do juiz deve ser complementar à atividade probatória das partes [...] fala-se então na possibilidade de negociar o cenário probatório e não de negociar os poderes do juiz.”³⁹⁷

Behlúa Maffessoni dedicou todo um capítulo de seu livro sobre as invalidades processuais.

³⁹⁴NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 240.

³⁹⁵NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 240

³⁹⁶FARIA, G. H. L. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. 2 ed. Salvador: Juspodium, 2019. p. 105.

³⁹⁷MAFFESSIONI, B. I.A. **Convenções Processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodium, 2021. p. 174.

A autora aponta que além dos vícios de vontade, o respeito aos bons costumes, as questões relativas à reserva legal e a vedação às externalidades como igualmente óbices as transposições às normas gerais do processo convencional.³⁹⁸

O tema externalidades é definido como a impossibilidade de atribuir-se a outrem (terceiros) ou à administração ônus impostos às partes.

Assim, vedados, serão acordos que estipulem que os custos do perito entre um litígio entre administração e empresa contratada devam ser acobertados pelo juízo (ou TCE), salvo quando requisitado por este, de ofício, que deverá tramitar pelo regime de precatórios, isto porque cabe à parte que suscitar o dever de adiantar-lhes as custas. Ou seja, não é possível atribuir a outrem, seja terceiro, seja a Corte (de Contas, ou qualquer uma outra) aquilo que incumbe as partes fazê-lo.

Da mesma forma, exige-se capacidade processual do agente (tema já tratado), declaração válida, baseada em consentimento livre e objeto lícito e determinável³⁹⁹.

Ademais, todos os vícios de vontade contaminam a convenção, por se tratar de um contrato, os vícios de consentimento: dolo, coação, erro, contaminam o direito material do acordo que se expande ao processo: eivado de nulidade a convenção, ineficaz os efeitos para dentro do processo.

Sobre o contrato de adesão, que interessa ao TCE, a autora segue a mesma linha de Nogueira: “é possível a realização de convenções processuais em contratos de adesão desde que não seja de forma abusiva [...] [busca-se] manter o equilíbrio entre as partes.”⁴⁰⁰

Edson Freitas de Oliveira, Pedro Augusto de Souza Brambilla e Laura Junqueira⁴⁰¹ seguem o mesmo entendimento dos autores acima: assim, faz-se necessário que “o direito admita a autocomposição, [que os] sujeitos sejam capazes [...] [que atendam a] limitação às matérias de ordem pública, [...] aos casos de nulidade [material] [...] a inserção de cláusulas abusivas em adesão [...] e [para os casos de] vulnerabilidade.”

³⁹⁸MAFFEISSONI, B.I.A. **Convenções Processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodium, 2021. p. 174.

³⁹⁹MAFFEISSONI, B. I. A. **Convenções Processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodium, 2021. p. 77-89.

⁴⁰⁰MAFFEISSONI, B. I. A. **Convenções Processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodium, 2021. p. 77-89.

⁴⁰¹OLIVERIA, E. F.; BRAMBILLA, P. A. D. S.; JUNQUEIRA, L. (IN)validade das convenções processuais típicas e vulnerabilidade: uma análise à luz do auto regramento da vontade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. 22. n. 01. p. 234-260, Jan. Abr. 2021. p. 245-246.

Os autores arguem que se objetiva equilibrar as partes na convenção, assim, é possível a distribuição do ônus da prova [como medida a] mitigar-se a vulnerabilidade técnica”⁴⁰² e, desta forma, escusar-se a vedação.

Contudo, as nulidades só serão declaradas se houver prejuízo, o enunciado 16 do Fórum de processualista é translúcido: “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção [...] deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade sem prejuízo.”⁴⁰³

Enfim, a vedação a convenção só ocorre quando houver assimetria informacional ou técnica entre as partes, podendo, por exemplo, o juízo, inverter o ônus da prova (em especial nas relações de consumo) para se evitar essa discrepância contratual das partes e se permitir a contratação com o reequilíbrio negocial das partes que advier.

Da mesma forma o Fórum de processualista estabeleceu no enunciado 18 que há “indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnica jurídica.”⁴⁰⁴

Enfim, indício não é presunção. As partes têm que ter conhecimento sobre o que estão transigindo e os efeitos dessa negociação no litígio. Na adesão, o que se veda é o sobrestamento de uma parte a outra, a imposição unilateral. Logo, é possível concluir, no que tange ao TCE:

- a) Um: os processos do TCE não dependem de advogado, mas como se demonstrou, dos fóruns de processualistas, isto é um indício de vulnerabilidade. Contudo, como o TCE não é parte no acordo da administração com a contratada, o processo que apura as irregularidades não exige, nem dos agentes estatais, nem das equipes de auditoria, nem dos contratados com a administração, a presença de procurador constituído, estão, pois, em pé de igualdade, razão pela qual não há vedação à convenção processual nos processos de Contas;
- b) Dois: os processos da administração é que são de adesão, não os do TCE, portanto a vedação ao uso nos contratos de adesão não lhes é aplicável: a apuração da

⁴⁰²OLIVERIA, E. F.; BRAMBILLA, P. A. D. S.; JUNQUEIRA, L. (IN)validade das convenções processuais típicas e vulnerabilidade: uma análise à luz do auto regramento da vontade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. 22. n. 01. p. 234-260, Jan. Abr. 2021. p. 245-246.

⁴⁰³OLIVERIA, E. F.; BRAMBILLA, P. A. D. S.; JUNQUEIRA, L. (IN)validade das convenções processuais típicas e vulnerabilidade: uma análise à luz do auto regramento da vontade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. 22. n. 01. p. 234-260, Jan. Abr. 2021. p. 245-246.

⁴⁰⁴OLIVERIA, E. F.; BRAMBILLA, P. A. D. S.; JUNQUEIRA, L. (IN)validade das convenções processuais típicas e vulnerabilidade: uma análise à luz do auto regramento da vontade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. 22. n. 01. p. 234-260, Jan. Abr. 2021. p. 356.

irregularidade é um outro processo que não se confunde com aquele que a administração firma com o contratado, este é de adesão, aquele, inquisitivo.

Mas Antônio do passo Cabral vai além, para o autor: se o acordo subverter o sistema de “tutela jurisdicional, estabelecendo regras que levem a resultados inconsistentes com a função do processo de atuar e proteger o direito substancial, a convenção será inválida e inadmissível.”⁴⁰⁵

Não só, as convenções processuais podem ser consideradas “inválidas se estabelecerem um obstáculo intransponível ao acesso à justiça.”⁴⁰⁶

O autor cita que cláusulas de exclusão de vir a juízo (*non pretendo*) ou que demandam o pagamento antecipado do devedor (*pet repete*) como capazes de “fulminar as garantias fundamentais como o contraditório e ampla defesa”⁴⁰⁷ impondo sua inevitável nulidade processual.

No que convergem os autores? A convenção deve ampliar o acesso à justiça e viabilizar as partes a uma melhor prestação jurisdicional, garantindo-lhes meios mais eficazes de se valer do direito material. Cláusulas processuais que tenham este escopo são bem-vindas, quer se trate de direito público, quer privado, quer se trate de direitos indisponíveis quer não, quer tenham por escopo contratos de adesão quer não. É este o entendimento que há de ser extraído.

Como se adiantou, o legislador foi claro, no art. 999, em estabelecer a hipótese de não recorribilidade (*non pretendo*), mas, ao TCE, esta cláusula aberta esbarra no regimento interno que é norma especial o que põe fim a qualquer discussão: sua inadmissão expressa perante as Cortes de Contas.

Mas há outros pontos interessantes.

Como se adiantou, as partes podem convencionar sobre foro relativo, a fazer valer o direito material, mas Renato Resende Beneduzi⁴⁰⁸ expõe o seguinte: poderia as partes terem feito a convenção de foro (*foro shopping*) mas o juiz declinar desta competência por existir um juízo mais adequado para julgar a causa, figura típica do *common law* - *fórum non coveniens* - ? O autor entende que sim, sempre que houver abuso na escolha do juízo pelas partes. É uma forma

⁴⁰⁵CABRAL, A. D. P. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodium, 2016. p. 337.

⁴⁰⁶CABRAL, A. D. P. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodium, 2016. p. 337

⁴⁰⁷CABRAL, A. D. P. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodium, 2016. p. 236.

⁴⁰⁸BENEDUZI, R. R. Fórum non coveniens. In: Freire et. a (Coord.). **Coleção novo CPC**: doutrina selecionada: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 799.

de o juízo reequilibrar a convecção: reestabelecer o equilíbrio original que deu origem a vedação (*prima facie*) do uso das convenções nos contratos de adesão.

De toda sorte, a competência territorial do TCE é absoluta, com jurisdição (*lato sensu*) em todo o território estatal em que a administração pública estadual ou municipal puder contratar, afastando, por si, a incidência do dispositivo do *fórum non coviens* a estas Cortes.

Mas Antônio do Passo Cabral levanta outra questão: a cláusula de pague depois postule (*pet repete*) seria possível, mas limitada a um certo período, sem esta ressalva, limitaria o direito material posto em juízo caindo, por si, em nulidade insanável.

Rodrigo da Guia Silva e Jeniffer Gomes da Silva apontam ser “não só admissível, como também útil a cláusula *solve et repete* no direito brasileiro.”⁴⁰⁹

Em que pese este entendimento, entende-se inaplicável a regra ao TCE, porque a instrução do TCE é inquisitiva, é o próprio Tribunal que atuará de ofício no processo, não pode ser, pois, compelido a arcar com a dívida para postular algo que deva fazer de ofício: não existe *pet repete* contra o juiz da instrução.

Ademais, Marília Siqueira da Costa bem expõe que para que a convenção tenha eficácia contra terceiros, imprescindível a anuência destes à convenção. Um exemplo trazido pela autora é relevante para o exposto.

Um caso envolvendo um assistente simples bem exemplifica o problema: suponha que A e B, autor e réu de uma demanda, convencionam o cabimento, fora das hipóteses legais, da intervenção de C, neste caso; neste mesmo processo, D figura como assistente simples A. Ocorre que D, por questões diversas daquela discutida e juízo, possui interesse contrário aos de C e se opõe à convenção celebrada por A e B, apenas com fundamento na sua não participação;

Questiona-se, então, se a convenção celebrada por A e B é oponível a D. A resposta é afirmativa. Muito embora não haja vinculação pela exteriorização da vontade de D, a sua posição processual, neste caso, não lhe confere poder para obstar a implementação de convenção no processo [...] Situação diversa seria se D fosse litisconsorte de A, pois os seus poderes seriam mais amplos.⁴¹⁰

O que a autora traz nos autos é que somente as partes têm o poder de convencionar sobre intervenção de terceiros e somente estas podem fazer objeção, terceiros não tem o poder de levantar suspeições, impedimentos ou objeções para convenções com as quais não participaram.

⁴⁰⁹SILVA, R. D. G.; SILVA, J. G. D. Cláusula solve et repete: peripécias de atuação da autonomia privada na delimitação das exceções oponíveis ao devedor. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado Rio de Janeiro – PGE-RJ**. Rio de Janeiro, n.p., vol. 03, n. 01, jan./abr. 2020. p. 32.

⁴¹⁰COSTA, M. S. D. **Convenções Processuais sobre intervenção de terceiros**. Salvador: Juspodium, 2018. p. 62.

Mas há ainda um outro entendimento, inverso a este, as convenções processuais só vinculam terceiros que, a este, anuíram, isto porque a ninguém é dado vincular-se a um contrato com o qual não anuiu. Mas como se adiantou, é pacífico, nos fóruns de processualistas, que esta regra deva ser conjugada com a necessidade de prejuízo, logo: a convenção sobre acordos processuais não vinculará terceiros que a este não anuíram, salvo se prejuízo nenhum lhe aprouver.

Mas há, ainda, uma questão, as convenções processuais poderiam se estender ao poder público e, por via reflexa, às cores de Contas? O tema será objeto do próximo item.

4.3.2 Os Acordos Processuais Formam Precedentes?

Até o presente momento, o foco das convenções processuais se ateve as relações privadas, a pergunta que segue seria, as convenções processuais seriam aplicáveis ao poder público? Se a resposta for afirmativa, formariam precedentes? Ou seja, os particulares poderiam ulteriormente solicitar uma mesma convenção já aplicada a um caso pretérito com questões afins?

Inicia-se a resposta ao primeiro questionamento, em vista que os demais são subordinados a uma resposta afirmativa deste: ‘uma espécie de pedido subsidiário, para os processualistas que gostam do termo.’

Amanda Ferreira dos Passos e Sandoval Alves da Silva analisaram exatamente a questão dos acordos processuais e o poder público, para estes, seria possível a Fazenda pública agir de “forma voltada a transação [...] haja vista a possibilidade de ponderação adequada entre interesse público e privado ser um dos diversos permissivos legais e principiologicos da administração,”⁴¹¹ ademais, “muitas vezes pode, um negócio processual, ser uma forma até mesmo de favorecer o ente público, inclusive ajudar a dirimir o processo de forma mais eficiente e dinâmica.”⁴¹²

Outra autora que se preocupou sobre o tema foi Tânia d’Able Rocha de Torres Bandeira, para esta, a questão, há muito, tem sido pacificada, notadamente, em face do enunciado 30 do

⁴¹¹SILVA, S. A.; PASSOS, A. F. D. A realização de negócios processuais pela fazenda pública como instrumento de efetivação do interesse pública. **Revista Brasileira de Direito Civil em perspectiva**. [S.l], vol. , n. 01, p. 163-183. jan./jul. 2021. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/7945/pdf>. Aceso em: 07 dez. 2022. p. 169.

⁴¹²SILVA, S. A. D.; PASSOS, A. F. D. A realização de negócios processuais pela fazenda pública como instrumento de efetivação do interesse pública. **Revista Brasileira de Direito Civil em perspectiva**. [S.l], vol. , n. 01, p. 163-183. jan./jul. 2021. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/7945/pdf>. Aceso em: 07 dez. 2022. p. 181.

II fórum nacional do poder público, em vitória: “é cabível a celebração de negócio jurídico processual pela fazenda pública que disponha sobre formas de intimação pessoal.”⁴¹³

Ademais, mesmo o ministério público, ainda que em fase recursal, não estaria vedado de celebrar acordos processuais: em sendo a convenção processual utilizada de forma “impessoal, legal, moral e transparente com o intuito de alcançar maior eficiência na tutela dos direitos difusos, coletivos [...] inexistente razão para se restringir a utilização pelo ministério público.”⁴¹⁴

Mas, há ainda uma autora que dedicou toda uma tese de doutorado, publicada na UERJ, e convertida em livro sobre o assunto: Lorena Santos Miranda Barreiros, para esta: “os negócios processuais devem ser utilizados no âmbito do processo administrativo, como tendência ao reforço da participação cidadã.”⁴¹⁵

Mas como todo contrato administrativo, a convenção há de dar-se de forma total e transparente, aliás, com todo um banco de dados de acesso público a ser criado.

Este banco de dados seria acessível aos particulares que quisessem firmar convenções com o poder estatal, isto porque a decisão administrativa de celebração de negócio qualifica-se “como precedente administrativo vinculante capaz de impor uma autolimitação ao ente público que deverá aplicá-lo [...] desde que [...] advenha do mesmo ente envolvido [e] haja prova de sua existência.”⁴¹⁶

Ou seja, sequer há discricionariedade para o ente estatal, isto, por uma questão de isonomia no tratamento com os particulares: se foi possível uma convenção processual para um ente ou um particular com a administração, não há como se negar que um outro caso semelhante não observe o precedente, estará, pois, obrigada, a administração, em firmá-lo.

De toda sorte, no caso do poder público, exige-se negócio formal escrito como condição de validade e eficácia, é uma decorrência do princípio da transparência a se permitir que outros particulares possam impugnar a convenção e exigir tratamento isonômico quando se encontrarem em uma posição semelhante àquela firmada anteriormente com outrem.

Aliás, nem mesmo a ausência de personalidade jurídica tem sido apontada como impedimento à celebração, conforme enunciado 114 da jornada de processo civil do Conselho

⁴¹³BANDEIRA, T. D. A. R. D. T. O poder de negociação processual do ministério Público em matéria recursal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 13, vol. 20, n. 03, p. 524-545. Set. dez. 2019.p. 531.

⁴¹⁴BANDEIRA, T. D. A. R. D. T. O poder de negociação processual do ministério Público em matéria recursal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 13, vol. 20, n. 03, p. 524-545. Set. dez. 2019.p. 542.

⁴¹⁵BARREIROS, L. M. S. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodium, 2017. p. 381.

⁴¹⁶BARREIROS, L. M. S. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodium, 2017. p. 387.

Nacional de Justiça bem expõe: “os entes despersonalizados podem celebrar negócios jurídicos processuais.”

Ademais, a resolução 118/2014 do Conselho do Ministério Público reafirma a competência do MP para celebrar negócios jurídicos.

Adicionalmente, Fernando da Fonseca Gajardoni explica que não restam dúvidas que “há um enorme espaço para os negócios processuais no âmbito do cumprimento de sentença e de execução [...] que se preenchidos [...] pode propiciar não só um processo mais aderente à realidade [...] dos envolvidos, mas aumentar a [...] efetividade [mesmo] na execução.”⁴¹⁷

Enfim, tanto o conselho de justiça, quanto o conselho do ministério público, quanto a doutrina, são bem elásticas na possibilidade de celebração de convenções processuais, até mesmo em execução, quer por formas típicas, quer atípicas, exigindo-se homologação, apenas, nos casos típicos de calendarização e isto apenas para que o juízo tome ciência das datas em que os atos processuais (intimações, perícias, colheita de provas, etc.) ocorrerão, mas, no que tange ao poder público, a forma escrita advém de uma imposição legal de transparência e meio a se permitir um tratamento isonômico para com seus demais.

Mas não só com os particulares é possível a celebração de negócios processuais. Fredie Didier Jr e Leandro Fernandes⁴¹⁸ relembram que a lei 9.784/99 previu uma forma de acordo entre entes públicos, sobretudo como meio de facilitar o acesso à justiça.

É o que ocorre com os convênios com a receita federal para que se possa saber, via última declaração de Imposto de Renda, o endereço atual para fins de citação e intimação, bem como o compartilhamento de videoconferências para audiências que sobrevierem.

Obviamente, que as declarações estarão sob sigilo, portanto, inacessíveis, mas os endereços atualizados das partes, constante do banco de dados da receita, pode ser de vital importância nas citações, notadamente, face a processos antigos e que estiverem na eminência de prescreverem, ou seja, próximo ao lapso quinquenal.

No TCEMT, inclusive, já há um convênio nesse sentido, o CADUN (cadastro único da receita), a intenção é poder ter acesso aos endereços eletrônicos (meios preferenciais de comunicação dos atos processuais) e os domicílios mais recentes das pessoas físicas e jurídicas que possam ser partes perante um processo no Tribunal de Contas.

⁴¹⁷GAJARDONI, F. D. F. Convenções processuais atípicas na execução civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 01, p. 283-32, jan. abr. 202. p. 317.

⁴¹⁸FERNANDES, L.; DIDIER JR, F. Contribuições da decisão administrativa coordenada para o sistema brasileiro de justiça multiportas. In: CABRAL, A. D. P.; MENDONÇA, J. V. S. D. **Decisão administrativa coordenada: reflexões sobre o art. 49-A e seguintes da lei 9.784/99**. Salvador: juspodium, 2022. p.156.

De toda sorte, resta evidente a flexibilidade com que autores, Conselho de Justiça, Conselho do MP e o próprio legislador estabeleceram sobre a ótica das convenções, não havendo motivos para se vedar o uso nas Cortes de Contas.

Ademais, e não menos importante, o art. 9º do código de processo de Contas, ainda em tramitação prevê, expressamente, a administração coordenada (acordo intra entes federados para uma melhor prestação jurisdicional – lato de Contas).

4.3.3 Síntese do Tópico

Por todo o exposto, tanto os fóruns de processualistas, como o Conselho de Justiça Federal, quanto o Conselho do Ministério Público, como o próprio legislador tem mantido uma perspectiva bem flexível na convenção processual com o poder público permitindo acordos processuais inclusive com outros entes a se melhor oferecer uma prestação jurisdicional (lei 9.784/99): administração coordenada.

Não restam, pois, dúvidas de sua aplicação no TCE, mas como se alertou, há necessidade de algumas ponderações:

- a) O acordo deve facilitar a tutela jurisdicional;
- b) Sendo calendarização, excepcionalmente, é preciso a homologação do colegiado do TCE para que se saibam, previamente, as datas dos atos processuais;
- c) As convenções formam precedentes para o TCE que estará vinculado a este e não poderá negar a convenção a outro ente estatal (município) ou particular que se encontre em situação similar à de uma convenção já celebrada;
- d) É preciso que haja um banco de dados públicos a se permitir transparência e tratamento isonômico a todos os administrados, não apenas para que possam exercer um controle de legalidade sobre as convenções, mas para que se possa suscitar uma convenção já estabelecida como precedente vinculante da qual a administração não poderá, imotivadamente, escusar-se a celebrar com outro particular que se encontre em situação equivalente; e
- e) A forma escrita é indispensável, bem como o é a disponibilização das convenções no site do Tribunal a se dar publicidade em conformidade com a lei de acesso à informação;

- f) São permitidas tanto convenções típicas quanto atípicas, como previu o legislador (art. 190 do CPC).

Um último tópico se faz importante. Como se salientou, o TCE faz as vezes do processo de conhecimento, como alternativa ao já congestionado judiciário, o que remete ao leitor ao que a doutrina tem denominado de justiça multiportas.

Mas é uma justiça multiportas diferente, porque trata de bens coletivos indivisíveis e indisponíveis, é preciso, portanto, averiguar em que medidas seriam cabíveis as transações neste peculiar meio multiportas, tema do próximo tópico.

4.4 JUSTIÇA MULTIPORTAS DE CONTAS E PRESCRIÇÃO

O sistema multiportas veio como medida a se tentar desaforar o já abarrotado judiciário. Essa afirmativa, em que pese verídica é, no entanto, incompleta. O sistema multiportas veio, sobretudo, permitir as partes que transijam para que, por meio de conciliação e mediação, possam melhor chegar a uma prestação jurisdicional.

É claro que da mesma forma que as convenções processuais não de obedecer a boa-fé processual e a observância às normas cogentes, o mesmo entendimento se aplica sistema multiportas, que não as permite, porque, de toda forma, seja por acordos processuais, seja por convenção entre as partes, ao fim e ao cabo, trata-se de formas, ainda que diferentes, de dispor.

A lei de arbitragem veio complementar o dispositivo, permitindo que, não apenas as partes possam transigir, mas se poderá, igualmente, fazer, a administração pública.

O problema é que ao contrário da convenção processual (que trata de direitos que admitem a autocomposição), a lei de arbitragem tratou, expressamente, de direitos públicos disponíveis, ou seja, resta a pergunta: seria possível que o sistema multiportas permitisse seu uso para tutelas coletivas e direitos indisponíveis?

A resposta a primeira pergunta é trabalhada por Hermes Zeneti Jr e Fredie Didier para os quais “é possível aplicar, então, por analogia, o regramento de transação aos chamados direitos coletivos, [...], mas não só.”⁴¹⁹ É que as tutelas coletivas devem buscar uma máxima efetividade, logo, se da transação multiportal for cabível a se permitir uma máxima efetivação

⁴¹⁹ZENETI JR, H.; DIDIER JR, F. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZENETI JR, H.; CABRAL, T, N. X. (coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador, Juspodium, 2017. p. 39.

do direito material indisponível, seu uso não é somente aceitável, é, antes, recomendável, para não mencionar impositivo.

Aliás, Eduardo Talamini⁴²⁰ se dedicou especificamente a questão da (indis)ponibilidade do interesse público e a possibilidade de transação para tutelas que envolvam bens indisponíveis. Primeiro ponto digno de nota é que o próprio TCU “ já se pronunciou pela admissibilidade da arbitragem em contratos administrativos, trata-se da decisão 188/95 (TCU 0006.098/93-2).”⁴²¹

Mas não só, admite-se “ autocomposição não apenas e exclusivamente [em ações] que envolvam direito material disponível. Certamente causas que envolvem direitos disponíveis admitem a autocomposição, mas não somente elas.” Assim, para o autor, “causas que envolvem a administração pública, em regra comportam autocomposição.”⁴²²

Ricardo Guerreiro Bernardes Dias e Diogo Abnineder Ferreira Nolasco Pereira acompanham o mesmo entendimento de Eduardo Talamini: “como demonstrado, no presente estudo, a arbitragem é efetivo instrumento de solução de controvérsias envolvendo a administração pública, sendo necessário destacar que não há mais lugar para afirmação de que o interesse público seja sempre indisponível.”⁴²³

É, ainda, o mesmo entendimento de Carolina Assis, para quem: um meio adequado tão importante “quanto o processo tradicional; [é o previsto na lei 13.140/2104], ao dispor sobre a mediação entre particular como meio de solução de controvérsias e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.”⁴²⁴

Aliás, relembra, a autora, os professores “Ethan Katsh e Janet Rinkin, já, em 1997, teriam fundado *o nacional center of technology and dispute resolution*, vinculado à Universidade de Massachutes, com o objetivo de fomentar a tecnologia de informação e o

⁴²⁰TALAMINI, E. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. In: ZENETI JR, H.; CABRAL, T, N. X. (coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador, Juspodium, 2017. p. 292.

⁴²¹ TALAMINI, E. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. In: ZENETI JR, H.; CABRAL, T, N. X. (coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador, Juspodium, 2017. p. 292

⁴²²TALAMINI, E. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. In: ZENETI JR, H.; CABRAL, T, N. X. (coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador, Juspodium, 2017. p. 292

⁴²³DIAS, R. G, B.; PERERIA, D. A. F. N. Justiça Multiportas E Os Conflitos Envolvendo a Administração Pública: Arbitragem e os Interesses Públicos Disponíveis. **Revista Jurídica**, Curitiba, vol. 03, n. 60, p. 361-838, 2020. p. 379-381.

⁴²⁴ASSIS, C. A. Justiça Multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 44, n. 297, p. 399-417, nov. 2019. p. 404.

gerenciamento de conflitos.”⁴²⁵ Ou seja, no *common law*, em que as partes estão menos amarradas as normas cogentes, a solução consensual é incentivada, inclusive, por meios atípicos (ou seja, rol exacerbadamente exemplificativo de autocomposição).

Enfim, a doutrina é bem convergente em se admitir o uso da justiça multiportas no âmbito da administração pública, aliás, Ana Conceição Barbuda Saches Guimaraes Ferreira e Ana Bárbara Barbuda Ferreira Motta reafirmam, vez mais, que “a utilização de métodos consensuais de resolução de conflito alcança os conflitos envolvendo a Fazenda pública [mantendo, contudo,] a indisponibilidades do interesse público,”⁴²⁶ isto porque a resolução 135/2010 do Conselho de Justiça seria peremptória ao reafirmar que o poder judiciário e administração pública devem, sempre que possível, incentivar a autocomposição como medida de melhor se efetivar a tutela em juízo.

De toda explicação, a regra das convenções processuais se aplicaria não só as mediações e conciliações envolvendo poder estatal, mas a uma série de outras hipóteses que visem a máxima eficiência e efetividade do direito indisponível, logo, sempre que a autocomposição for meio mais eficaz em se efetivar, em se maximizar a eficiência de um direito indisponível, o uso multiportas é bem-vindo, recomendável por sua própria natureza.

Os TCEs tem previsto, conforme orientação do Conselho do Ministério Público, a autocomposição via termos de ajustamento de conduta, o problema é que não é bem uma autocomposição, mas sim um contrato de adesão.

É preciso, pois, que haja propostas e contrapropostas debatidas entre administração, TCE e o contratado com o poder estatal a se procurar um entendimento confluyente razoável e não apenas uma oferta de acordo unilateral por parte do Ministério Público de Contas, cuja não adesão levará o processo a tramitar pelo juízo comum de Contas (procedimento comum): transigir, é, antes, negociar, conceder, abdicar de alguns requisitos reciprocamente, sempre buscando a máxima satisfação do direito, em especial, quando direitos indisponíveis estiverem sob juízo (*lato*, vez mais).

Mas o sistema multiportas é mais que isso. Os julgados de Contas são uma das portas do microssistema multiportas. O são porque exaurem o processo de conhecimento em si mesmos, formando título extrajudicial passível de execução, o qual o judiciário não poderá, em

⁴²⁵ASSIS, C. A. Justiça Multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 44, n 297, p. 399-417, nov. 2019. p. 413.

⁴²⁶MOTTA, A. B. B. F.; FERREIRA, A. C. B. S. G. O sistema multiportas como propulsor do acesso à justiça no âmbito do juizado de fazenda pública. **Revista Novato**, Salvador, 1. Ed., p.68-93, 2020. p. 82.

regra, desconstituir, salvo se alguma garantia constitucional restar violada o que demandará retratação da mesma Corte de Contas.

Mais, o judiciário não poderá reformar a decisão, há, pois, de remetê-la ao TCE para que outro pronunciamento colegiado seja proferido, da mesma forma que se faz com o juízo de retratação em agravo de instrumento, hipótese em que o Tribunal *ad quem* remeterá o ato ao Tribunal *ad quo* para que este o reproduza sem nulidade, em especial, havendo erro *in iudicando* ou *in procedendo* pelo juízo singular. São diferentes, de fato, os institutos, mas guardam certas similitudes que tiveram a intenção de fazer o leitor (processualista) a melhor compreender a tese que se expôs.

Logo, transações no TCEs seriam multiportas dentro de uma porta alternativa inserida no sistema multiportas. Em vez do judiciário, abre-se espaço para que um ente próprio, institucionalmente, incumbido de apreciar as Contas, possa constituir um título em caso de dilapidação do erário que será objeto de execução e constrição patrimonial, e, neste processo, a transação entre poder público, contratados com o poder público e o TCE é bem-vinda, sempre que se vise a máxima efetividade do direito indisponível em debate.

Por fim o TCU (Resolução 344 de 2022) acompanhou a decisão do STF que impôs o prazo prescricional de 05 anos (que era de 10 anos) tanto para tutelas punitivas quanto ressarcitórias, dando novo entendimento ao art. 37 da CF/88. A regra vale para todos os processos, salvo os de pensão, ou seja, caiu-se por terra o prazo dilatatório de que o dano ao erário seria imprescritível, o qual passou a observar o prazo peremptório preconizado pelo STF.

4.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Por todo o exposto, tentou-se, neste capítulo, esboçar o que seria um processo de Contas (de conhecimento) próximo do ideal, nos termos mais modernos e aceitos pela doutrina e jurisprudência pátria, cujos entendimentos podem ser sumarizados da seguinte forma:

I) No Sistema multiportas:

- a) Os processos do TCEs seriam multiportas dentro de uma porta alternativa do sistema multiportas. Em vez do judiciário, abre-se espaço para que um ente próprio, institucionalmente incumbido de apreciar as Contas, possa constituir o título que será objeto de execução e constrição patrimonial, e neste processo, a transação entre

poder público, contratados com o poder público e o TCE é bem-vinda, sempre que se vise a máxima efetividade do direito indisponível em debate;

- b) Mas transigir é negociar, não se deve objetivar contratos de adesão, mas a negociação constante com a administração e o particular que firmou contrato com o poder público, sempre visando-se a máxima efetividade do direito indisponível.

II) No modo de convenções processuais

- a) Os processos no TCE devem facilitar convenções processuais;
- b) O acordo deve facilitar a tutela jurisdicional;
- c) Sendo calendarização, excepcionalmente, é preciso a homologação do colegiado do TCE para que se saibam, previamente, as datas dos atos processuais;
- g) As convenções formam precedentes para o TCE que estará vinculado a estes e não poderá negar a convenção a outro ente estatal (município) ou particular que se encontre em situação similar à de uma convenção já celebrada;
- h) É preciso que haja um banco de dados públicos a se permitir transparência e tratamento isonômico a todos os administrados, não apenas para que possam exercer um controle de legalidade sobre as convenções, mas para que se possa suscitar uma convenção já estabelecida como precedente vinculante da qual a administração não poderá, imotivadamente, escusar-se a celebrar com outro particular que se encontre em situação equivalente; e
- i) A forma escrita é indispensável, bem como o é a disponibilização das convenções no *site* do Tribunal, a se dar publicidade ao termo, em conformidade com a lei de acesso à informação;
- j) São permitidas tanto convenções típicas quanto atípicas, como previu o legislador (art. 190 do CPC)

III) Na tutela probatória (fase instrutória)

- a) São permitidas provas típicas e atípicas;

- b) A antecipação de provas é aplicável ao TCE, tanto como medida acautelatória, como como via de cognição prévia a se evitar o litígio, inclusive com intimação de terceiros pelo juízo, mas os autos ficarão na própria Corte de Contas;
- i) A inversão probatória nas Cortes de Contas é recomendável sempre que dessa forma a parte adversa estiver com meios mais eficazes de produzi-la para a melhor cognição do juízo;
- j) A prova pericial é cabível ao TCE, mas de forma reduzida, posto que na maioria dos casos há de ser documentada;
- k) A ata notarial não tem previsão no TCE por não existir expressa previsão legal;
- l) A prova documental é a mais utilizada, podendo o TCE usar de meios coercitivos quando o documento estiver em poder de terceiros, como ocorre nos casos de subcontratação, até porque embasa os pagamentos da administração: titularidade comum da prova.
- m) A prova testemunhal é possível, sem a possibilidade de se imputar o crime de falso testemunho;
- n) O depoimento pessoal é usado, sobretudo nas alegações finais; e
- o) Contra o relator (juízo) não recaem preclusões, logo, havendo dúvidas dos fatos alegados é sempre possível a solicitação de diligências.

III) Sobre a prova emprestada e a antecipação de provas

- a) O destinatário da prova nos TCE é o próprio Tribunal e as partes;
- b) A prova emprestada entre juízos e TCE só é cabível após o trânsito em julgado, e mesmo entre relatores, só após o trânsito final.
- c) Será cabível a prova emprestada entre processos intra TCE pendentes quando as partes forem as mesmas;
- d) A antecipação de provas no TCE é cabível como medida inibitória a postulação e como medida acautelatória, quando se verificar que sua produção posterior poder-se mostrar imprestável; e
- e) É cabível que o TCE exija provas negativas, mas limitadas a uma relação espaço-temporal pré-fixada sem a qual cair-se-á na prova diabólica.

IV) Quanto a intervenção de terceiros

- a) Por conexão e afinidade os processos de Contas devem permitir o litisconsórcio, inclusive esta tese está no projeto de lei do primeiro código de processo de Contas, remetendo-se ao mesmo relator discussões jurídicas similares ainda que se trate de municípios díspares;
- b) A desconstituição da personalidade jurídica é recomendável como forma de litisconsórcio eventual ou sucessivo para evitar arguição de supressão de instâncias na execução, sobretudo, dos sócios das contratadas que arguiriam não terem sido chamados no processo de formação do título (processo de conhecimento) e em face da primazia da essência sobre a forma, porque o processo de conhecimento se exaure no processo do TCE;
- c) A oposição é inviável ao TCE porque o próprio juiz da causa seria réu e autor;
- d) A nomeação da autoria agora não é cabível, sendo arguida em preliminar de contestação (defesa) no TCE;
- e) A reconvenção não é cabível porque colocaria o TCE como réu de uma causa que é autor e juiz: não se reconvém contra o juízo;
- f) A assistência litisconsorcial não é cabível nos processos do TCE porque não existe outro colegitimado que não a própria Corte, a titularidade (o erário) do qual é substituto processual exclusivo, no polo passivo, da mesma forma, as titularidades das relações jurídicas entre administrado e contratada com o poder público são díspares;
- g) Os embargos de terceiros são meios idôneos para execução, fugindo ao escopo do TCE que trabalha no processo de conhecimento;
- h) A assistência simples é recomendável aos processos do TCE como direito reflexo, cuja inadmissibilidade será objeto de agravo de instrumento de rol taxativo mitigado;
- i) O *amicus curiae*, já foi admitido no TCE nos termos do cap. 02;
- j) O chamamento ao processo é meio idôneo de intervenção de terceiros, em especial, no caso de fiança bancária (obrigatório) e nos casos de imputação solidária de gestor com algum subordinado; e
- k) A denúncia a lide não é meio inidôneo aos processos do TCE porque não há evicção e exige-se direito de ressarcimento de quem arca com o ônus, não é o caso

das Cortes de Contas que trata ou de solidariedade no débito (caso de chamamento ao processo) ou de ilegitimidade passiva (caso de preliminar de contestação).

Não menos importante, é de ressaltar que o código de processo de Contas (apenso a esta tese) previu expressamente a) o uso atípico de provas, inclusive com meios de prova emprestada (art. 39), b) que o denunciante atuará no processo como parte (art. 30), previu-se, igualmente c) a cooperação com outros entes (como contratos processuais) e previu-se, ainda, expressamente d) o uso de IRDRs.

Em que pese o denunciante atuar no processo como parte, tratando-se de intervenção coata, não se nega a possibilidade do uso da assistência simples, a opção do legislador foi permitir que o denunciante possa recorrer, o que é vedado ao assistente.

Enfim, boa parte dos institutos modelados neste capítulo se adequa a redação de Didier Jr., autor do primeiro código de Contas e do projeto de lei da nova ação civil pública.

Parece, pois, em uma análise sumária, que a modelagem está em congruência ao que previu o legislador derivado. É bem verdade que o código ainda está em deliberação assemblar, mas isto não retira o fato de que, ao menos na redação original, as ideias aqui expostas confluem a melhor doutrina.

Este capítulo teve por inteiro fazer um modelo (modelagem) dos principais itens que poderiam gerar discussão no processo de conhecimento, tema central ao TCE, que faz as vezes do processo de conhecimento, resta saber se a maioria (ou as mais importantes) questões trabalhadas no modelo estão sendo averiguadas na prática forense de Contas, objeto do próximo capítulo.

5. ANÁLISE DOS CASOS DE CONTAS DE DIVERSOS ENTES FEDERADOS

A tabela a seguir reproduz todos os processos consultados.

Tabela 01

	Ente Federado	Processo	Assunto	Julgado final após CPC
1	Amapá	003349/2017	Representação	sim
2	Amapá	000916/2007	Prestação de contas	sim
3	Acre	24.205.2017-90	Representação	sim
4	Acre	24.263.2018-20	Representação	sim
5	Acre	19.093.2014-90	Análise de contrato	sim
6	Acre	23.493.2017-10	Representação	sim
7	Para	2007/53395-8	Tomada de Contas de Convênio	sim
8	Para	2011/51207-7	Prestação de contas	sim
9	Para	2007/52218-0	Tomadas de Contas de Convênio	sim
10	Paraíba	02.233/16	Inspeção de irregularidades e imputação de débito	sim
11	Paraíba	09.912/16	Inspeção de irregularidades e imputação de débito	sim
12	Paraná	295430/08	Tomada de Contas Extraordinária	sim
13	Paraná	517045/21	Tomada de Contas Especial	sim
14	Paraná	849249/19	Tomada de Contas Extraordinária	sim
15	Rio Grande do Norte	007972/2018	Representação: acúmulo de cargos	sim
16	Rio Grande do Norte	04767 / 2014		
17	Rio Grande do Norte	009280 / 2018	Representação sobre pregão presencial	sim
18	Sergipe	07393/2019	Prestação de contas anuais	sim
19	Sergipe	016080/2019	Pedido de reconsideração em processo que apurou irregularidade de contas	sim
20	São Paulo	010754/026/14	Prestação de contas com restituição de valores	sim
21	São Paulo	02552/026/21	Prestação de contas	sim
22	Tocantins	1856/2013	Prestação de contas	sim
23	Tocantins	2252/2018	Prestação de contas com ressalvas	sim
24	Rio Grande do Sul	12955-02.00/17-1	Tomada de Contas Especial	sim
25	Rio Grande do Sul	9288-0200/10-5	Inspeção especial com apuração de responsabilidades	sim
26	Santa Catarina	22/80055079	Representação	sim
27	Santa Catarina	22/80009980	Representação	sim
28	Goiás	20140005018282/101-02	Tomada de Contas Especial	sim
29	Goiás	2017/00047000640/302	Auditoria de regularidade com objetivo de verificar a contratação de serviços	sim
30	Espírito Santo	120/2016	Representação	sim
31	Espírito Santo	06023/2012-2	Representação	sim
32	Ceará	34080/2018-3	Tomada de Contas Especial	sim
33	Ceará	16522/2019-3	Tomada de Contas Especial	sim
34	Bahia	002492/2004	Apuração de irregularidades em convênio	sim
35	Bahia	004868/2019	Tomada de Contas	sim
36	Minas Gerais	1015647	Tomada de Contas Especial	sim
37	Minas Gerais	997539	Tomada de Contas Especial	sim
38	Mato Grosso do Sul	24611/2012	Condenação em débito, execução de contrato	sim
39	Piauí	003113/2016	Prestação de Contas	sim
40	Mato Grosso	22.165-1/2015	Tomada de Contas	sim

Também, para que análise não se limitasse ao TCES, foram analisados, complementarmente, os processos dos TCM-RIO: 600886/202, 600887/2020, 2817/2017, 98/2020, todos de Tomada de Contas ou Representação ou que envolvessem danos ou agentes estatais.

Da mesma forma, foram analisados os processos TC 011095/2018, 05304/2019 e 35432/2016 do TCM-SP e os Acórdãos: 8782/022, 8802/022, 8803/2022 e 8804/2022 do TCU com objetos semelhantes, sendo que, dos institutos tratados nesta tese, somente o uso da desconstituição da personalidade jurídica se observou e apenas em alguns dos processos do TCU.

Como se adiantou, o intuito, deste capítulo, foi levantar os processos de, pelo menos, um ente federado, cujo pronunciamento final (acórdão) tenha ocorrido após a publicação do CPC, isto porque o CPC atinge os processos conclusos e pendentes.

Nem todos os entes federados disponibilizaram os processos, mas procurou-se ao menos 30 processos que envolvessem restituição ou condenação de valores após o *vacatio legis* do CPC, em atendimento ao teorema do limite central da estatística.

Os processos foram analisados desde a instrução, o voto do relator e os acórdãos que advieram.

A métrica na escolha adveio dos processos mais complexos tidos como aqueles com maiores peças e mais votos dissidentes encontrados, que se pretendeu escolher e cujo pronunciamento final tenha se dado após o *vacatio legis* do CPC e antes de 2022, porque até 2022, caberiam análises revisionais. Também se procuraram processos que já tenham transitado em julgado sem possibilidade revisional, ou seja, com pronunciamentos definitivos pelo colegiado.

Assim, foram selecionados mais de 30 processos como um mínimo a se poder fazer inferências nos termos do Teorema do Limite Central da Estatística, foram, assim, os achados:

A) Quanto a intervenção de terceiros:

a.1) nenhum processo fez remissão a conexão ou julgamento com outros processos por afinidade;

a.2) não houve menção a *amicus curiae* para resolução de conflitos de maior complexidade;

- a.3) não houve chamamento ao processo, nem assistência simples;
- a.4) não há menção a desconstituição da personalidade jurídica, salvo no TCU; e
- a.5) não há menção a intervenções anômalas (art.190).

B) Quanto a prova

- b.1) não há menção a prova emprestada;
- b.2) não há menção a uso de provas atípicas;
- b.3) não há menção a acareação de testemunhas;
- b.4) não há menção a meios coercitivos para obtenção de documentos em poder de terceiros;
- b.5) o depoimento pessoal é colhido, apenas, em alegações finais;
- b.6) não há menção a prova emprestada; e
- b.7) não há inversão do ônus probatório a melhor cognição do juízo.

c) Quanto a convenções processuais

- c.1) não há menção a convenções processuais típicas e atípicas;
- c.2) não há menção a acordos pré-possuais; e
- c.3) não há menção a acordos endo processuais.

d) Quanto ao sistema multiportas

- d.1) apenas TAGs e TACS de acordos de adesão foram observados e de forma esporádica.

O que se sucede é que os processos de contas, dos entes federados pesquisados, como regra geral:

- I) Tem focado nas provas documentais;
- II) Não tem dado a devida atenção a formas alternativas de solução de conflitos como acordos processuais ou ao sistema multiportas;
- III) Tem dado pouca atenção as formas interventivas típicas e atípicas;

- IV) Não tem se preocupado com a eficácia da decisão em relação a terceiros;
- V) Não tem havido reunião de causas por conexão ou afinidade para a melhor compreensão do juízo (litisconsórcio impróprio);
- VI) Não tem havido chamamento ao processo, nem mesmo, nas hipóteses de devedor fidejussório, menos, na responsabilização de gestores com demais administrados;
- VII) Não tem se admitido a assistência simples;
- VIII) Não tem havido a preocupação com o litisconsórcio eventual para o chamamento dos sócios das empresas a se facilitar a execução; e
- IX) Não há tentativa exauriente de cognição do juízo como acareação de testemunhas ou meios coercitivos de obtenção da prova documental por meios indiretos. Ou seja, há um privilégio do uso da prova documental em detrimento as demais.

Enfim, o processo de contas ainda se encontra focado na velha doutrina de Bülow e seu binômio devedor-credor, com o autor (equipe técnica) apresentando as irregularidades e o réu (gestor público e empresas contratadas com o poder público) se atendo a apresentar os documentos desconstitutivos do autor, logo, atem-se ao estereótipo: ao credor (equipe técnica) cabe a demonstração, em regra, documental, dos fatos constitutivos das irregularidades e aos defendentes: gestores, administrados e empresas contratadas os fatos desconstitutivos das irregularidades apontadas. O máximo que se observou são alegações de prescrição.

Não é errado, mas, ainda, embrionário, o direito processual evoluiu, desarmou-se das amarras iniciais: há necessidade de meios mais exaurientes de provas, de se preocupar com terceiros no processo, em especial com a eficácia da decisão, com uma cognição exauriente e satisfativa do juízo, com meios alternativos de solução de conflitos, com acordos processuais que facilitem o bom provimento do uso dos recursos públicos, que, quer por meio do sistema multiportas, quer por meio de formas de convenções processuais, podem levar o processo a, sequer, ser objeto de execução.

Toda a pesquisa feita teve a intenção de auxiliar as Cortes de Contas a aprimorar o processo de contas que, como se viu, empiricamente, ainda está muito embrionário.

As reflexões feitas, neste trabalho, espera-se, possa ajudar gestores públicos e legisladores a melhor ofertar essa prestação, quase jurisdicional, de contas e facilitar, não apenas, a execução do título, mas, sobretudo, o próprio direito material em debate, que, muitas

vezes, sequer deverá ser objeto de execução, posto que a forma colaborativa do processo moderno impõe facilidades para que Corte de Contas, jurisdicionados, empresas contratadas com o poder público e administração pública possam sanar as irregularidades dentro do próprio processo sem necessidade, sequer, de formar-se um título executivo ulterior: é este o foco da justiça multiportas e das convenções processuais.

Se há previsão nas normas gerais de processo elas não podem ser programáticas.

Não basta, pois, prever a aplicação subsidiária do CPC, é preciso mais, é preciso conhecer como aplicá-lo as peculiaridades de um processo que é, inevitavelmente, inquisitivo.

O que se espera com este trabalho é um amadurecimento dos processos de contas, uma preocupação maior, não apenas com a eficácia da sentença em relação a terceiros, mais a toda a sociedade, uma verdadeira tutela (semi) jurisdicional efetiva que será impossível de efetivar-se sem que o instrumento (processo) seja capaz de acompanhar as mudanças na forma de se titularizar, de se garantir, o direito em juízo, que se preocupe em se enaltecer o bom uso do dinheiro público e fornecer meios de as partes chegarem a uma melhor prestação.

Não basta, pois, que o ministério público ofereça TAGs e TACS, é preciso se compreender que acordos processuais demandam concessões recíprocas, propostas e contrapropostas: um debate plural a melhor se garantir o uso do bem público.

A condenação não é o fim último do processo de contas, é subsidiário: podendo-se adimplir o contrato público dentro da Corte de Contas, não há necessidade de se formar o título executivo. O processo, hoje, é colaborativo.

É preciso, também, que se entenda que a decisão não tem eficácia em relação a terceiros que não foram ouvidos, se há garantia fidejussória, o não ouvir do garante impossibilitará sua execução, arruína-se, assim, a garantia dos contratos públicos na própria execução, porque o garante sequer foi parte no processo de conhecimento que se exaure na Corte de Contas, até porque o CPC previu a essência sobre a forma. Se o processo de conhecimento se exauriu no TCE e não foi chamado ao processo, o garante, impossível, pois, chamá-lo na execução.

Também, é preciso que se entenda quais terceiros tem interesse no processo de contas e assim intimá-los da decisão sem a qual o acordo ulterior não lhes poderá ser imputado.

Mais, é preciso que se entenda que a empresa perdedora de uma licitação que, posteriormente, mostrou-se antieconômica, pode auxiliar o juízo na sua melhor cognição e que seu direito reflexo, em debate, não permite deixá-la excluída como assistente simples de um processo cujo interesse reflexo é evidente, haja vista que firmará novo contrato com o poder público.

É preciso, também, compreender que causas que compartilhem pontos comuns devem ser juntadas para harmonia de julgados, enfim, o processo de contas é uma joia, mas que ainda precisa ser lapidada, polida, a melhor atender a sociedade, última interessada no bom uso dos recursos estatais.

Como se adiantou, há um código de contas em tramitação que incorporou boa parte das explicações aqui expostas: previu *amicus curiae*, união de processos por conexão, provas atípicas e IRDS.

Mas as reflexões deste trabalho vão além, apresentam as limitações do IRDR, a necessidade de um órgão de cúpula que uniformize as jurisprudências de contas e, aqui, trabalhou-se todo o núcleo duro de quem pode ser parte nos processos de contas, quem pode ser terceiros, de que forma se pode transacionar e como utilizar os meios típicos e atípicos de provas para um processo que é, por si, singular, posto inquisitivo.

Ademais, o *codex* terá aplicação a, apenas, um ente federado. É preciso mais, é preciso uma verdadeira reflexão a nível nacional de que o velho processo : devedor – credor- juiz há muito se esgotou.

Espera-se, assim, que esta obra contribua a um futuro promissor, em especial, para um órgão que tem o dever de facilitar o bom uso dos recursos estatais, resta, ainda, uma lapidação do caminho, do meio a fazê-lo, esta estrada que se chama direito processual (de contas).

6. CONCLUSÃO

Este trabalho teve por escopo esboçar um modelo de processo de contas, notadamente, no que se refere ao núcleo duro do processo de conhecimento que é o foco do TCE, isso porque os processos de contas fazem as fazes do processo de conhecimento.

O estudo foi limitado, ficaram de fora questões, por exemplo, como a análise recursal a se permitir que futuros estudos possam preencher esta lacuna. O foco foi em quem pode ser parte, quem pode ser terceiros, as formas de se provar em juízo de contas e os meios de se transacionar, apresentando os principais estudos e controvérsias do tema: processo de conhecimento.

No capítulo 01, mostrou-se a multiplicidade de formas de organização dos TCES, desde modelos que compõe o contencioso administrativo, como o francês e o italiano, cujas decisões do TCE restam irreformáveis pelo judiciário, até modelos como de Portugal em que os TCE compõe o próprio judiciário com uma justiça especializada.

Na oportunidade, demonstrou-se que mesmo no *common law*, as decisões dos TCES são quase jurisdicionais, sendo cassadas pelo judiciário excepcionalmente, apenas, quando o devido processo legal não é observado e mesmo assim é impossível a reforma da decisão, visto admitir-se somente um juízo de retratação do TCE que há de reproduzir o título declarado nulo pelo judiciário.

Logo, se concluiu que, por fazer as vezes do processo de conhecimento, estas Cortes exercem uma quase jurisdição, posto que suas decisões formam um título passível de execução e, portanto, resta irreformável pelo judiciário, na verdade, no capítulo 04 mostrou-se que o TCE é uma porta do sistema multiportas, um meio mais célere de bem salvaguardar o bem público por uma via processual que, não apenas, o poder judiciário.

Como as Corte de Contas trabalham com direitos indisponíveis transindividuais, os capítulos 02 e 03 trataram dos dois grandes grupos de tutelas coletivas: IRDR e microssistema de tutelas coletivas.

O capítulo 02, ainda, mostrou que os TCES tem o dever de aplicar o IRDR, mas falta ainda um órgão de cúpula que uniformize os repetitivos a nível nacional como se atua nas cortes superiores com os recursos especiais e extraordinários repetitivos anômalos e, em especial, com a assunção de competência.

Ou seja, a tese jurídica fixada não deve objetivar apenas a discrepâncias de órgãos fracionários dentro dos TCEs, mas espelhar uma uniformização a nível nacional, como se previu o legislador derivado do CPC.

Ademais foram apresentadas as principais limitações, tanto dos IRDRS quanto do microsistema de processos coletivos, são eles:

Críticas do IRDR:

- a) A preponderância dos incidentes de demandas repetitivas sobre assunção de competência, com realce das ações já postas em detrimento das hipotéticas, logo, favorecendo-se o litígio em vez de evitá-lo;
- b) A discussão da submissão ou não dos juizados especiais aos IRDRs, face a súmula impeditiva de recurso do STJ;
- c) O questionamento se o seguimento do feito, passado, *in albis*, a citação do réu, com legitimação superveniente do MP, poderia ser uma forma de melhor fixar um *ratio decidendi* para uma tese jurídica que demanda, *prima facie*, um debate plural, via *amicus curiae*, com a presença de todos que poderiam melhor contribuir para o amadurecimento do *case*.

Ademais, foram expostas as críticas ao microsistema de processos coletivos nacionais:

- a) Possibilidade ou não do assistente simples nos processos de massa por ausência de interesse de agir, que, no processo coletivo, é do grupo não do interesse singular;
- l) Divergência legislativa, como a necessidade de desistência da ação singular no mandado de segurança coletivo e a previsão de somente sua suspensão no núcleo duro de processos coletivos, em especial, o CDC;
- m) A imposição do limite territorial da ação civil pública;
- n) Divergência legislativa e jurisprudencial quanto ao destino das *astreintes*: se medida compensatória ao lapso temporal dos lesados ou medida meramente inibitória, a depender de uma ou outra interpretação, parte dos recursos serão destinados as vítimas ou a um fundo coletivo;
- o) Permissão ou não do interveniente singular adentrar a tutela coletiva como assistente litisconsorcial em direitos individuais homogêneos, em vista a vedação ao

litisconsórcio multitudinário e a ausência de interesse singular em lide coletiva de titularidade extraordinária em substituição processual;

- p) Possibilidade ou não de ações coletivas passivas;
- q) Possibilidade ou não de existência do chamamento ao processo ou denúncia à lide nas ações coletivas, fora das ações de seguro do consumidor (art.100 c/c 101. I, II do CDC) que compõe um núcleo duro no microsistema;
- r) Possibilidade ou não de ampliação dos casos de migração dos polos da lide – zonas de interesse – previsto para a ação popular, cujo ampliação aos demais institutos ainda é objeto de debate, porque a ação popular não compõe as leis que tem benefício de ordem em vagueza legislativa no microsistema, cuja peremptoriedade é reservada a ação civil pública e ao CDC;
- s) Existência ou não de litispendência apenas com 02 elementos: pedido e causa de pedir;
- t) Conflitos de definição entre o que seriam direitos indisponíveis a permitir o uso do TAC;
- u) Possibilidade ou não da presença do *amicus curiae* como interveniente em ações que tutelam direitos do grupo; e
- v) Possibilidade de uma 3ª fase no controle das ações coletivas: representatividade adequada.

Ademais, houve a necessidade de estudo dos processos estruturais que são aqueles que mudam o estado inconstitucional e institucional das coisas, isto porque quando o TCE determina que uma secretaria ou todo um órgão público adote um determinado comportamento não faz para um caso concreto, mas extrapolam-se os limites da lide para todo o ente federado na qual o TCE tem jurisdição administrativa (*lato senso*): o precedente vincula todos os municípios e o Estado respectivo.

Apontadas as limitações dos dois grupos de tutelas coletivas, procurou-se modular o CPC ao TCE, isto porque todos os regimentos internos preveem a aplicação subsidiária do CPC, mas os processos do TCE são inquisitivos, sendo que o mesmo órgão que acusa prolata a decisão, logo questões como intervenção de terceiros (oposição, nomeação a autoria) precisariam ser adaptados às peculiaridades deste processo.

O foco do capítulo 04 foi no núcleo duro do processo de conhecimento: terceiros e partes, provas e transações, bem como os principais estudos e divergências sobre o tema, além

de se trabalhar questões mais sensíveis como transações em direitos indisponíveis, prova emprestada, prova antecipada, união de causas por afinidade, convenções processuais para bens indisponíveis, enfim, aos principais pontos que poderiam gerar discussões no que se refere ao processo de conhecimento que é o núcleo essencial do TCE, visto que suas decisões formarão um título passível de execução.

A modulação trouxe a seguinte proposta:

V) No Sistema multiportas:

- c) Os processos do TCEs seriam multiportas dentro de uma porta alternativa do sistema multiportas. Em vez do judiciário, abre-se espaço para que um ente próprio, institucionalmente incumbido de apreciar as Contas, possa constituir o título que será objeto de execução e constrição patrimonial, e neste processo, a transação entre poder público, contratados com o poder público e o TCE é bem-vinda, sempre que se vise a máxima efetividade do direito indisponível em debate;
- d) Mas transigir é negociar, não se deve objetivar contratos de adesão, mas a negociação constante com a administração e o particular que firmou contrato com o poder público, sempre visando-se a máxima efetividade do direito indisponível.

VI) No modo de convenções processuais

- d) Os processos no TCE devem facilitar convenções processuais;
- e) O acordo deve facilitar a tutela jurisdicional;
- f) Sendo calendarização, excepcionalmente, é preciso a homologação do colegiado do TCE para que se saibam, previamente, as datas dos atos processuais;
- k) As convenções formam precedentes para o TCE que estará vinculado a estes e não poderá negar a convenção a outro ente estatal (município) ou particular que se encontre em situação similar à de uma convenção já celebrada;
- l) É preciso que haja um banco de dados públicos a se permitir transparência e tratamento isonômico a todos os administrados, não apenas para que possam exercer um controle de legalidade sobre as convenções, mas para que se possa suscitar uma convenção já estabelecida como precedente vinculante da qual a administração não

poderá, imotivadamente, escusar-se a celebrar com outro particular que se encontre em situação equivalente; e

- m) A forma escrita é indispensável, bem como o é a disponibilização das convenções no *site* do Tribunal, a se dar publicidade ao termo, em conformidade com a lei de acesso à informação;
- n) São permitidas tanto convenções típicas quanto atípicas, como previu o legislador (art. 190 do CPC)

III) Na tutela probatória (fase instrutória)

- e) São permitidas provas típicas e atípicas;
- f) A antecipação de provas é aplicável ao TCE, tanto como medida acautelatória, como como via de cognição prévia a se evitar o litígio, inclusive com intimação de terceiros pelo juízo, mas os autos ficarão na própria Corte de Contas;
- p) A inversão probatória nas Cortes de Contas é recomendável sempre que dessa forma a parte adversa estiver com meios mais eficazes de produzi-la para a melhor cognição do juízo;
- q) A prova pericial é cabível ao TCE, mas de forma reduzida, posto que na maioria dos casos há de ser documentada;
- r) A ata notarial não tem previsão no TCE por não existir expressa previsão legal;
- s) A prova documental é a mais utilizada, podendo o TCE usar de meios coercitivos quando o documento estiver em poder de terceiros, como ocorre nos casos de subcontratação, até porque embasa os pagamentos da administração: titularidade comum da prova.
- t) A prova testemunhal é possível, sem a possibilidade de se imputar o crime de falso testemunho;
- u) O depoimento pessoal é usado, sobretudo nas alegações finais; e
- v) Contra o relator (juízo) não recaem preclusões, logo, havendo dúvidas dos fatos alegados é sempre possível a solicitação de diligências.

VII) Sobre a prova emprestada e a antecipação de provas

- f) O destinatário da prova nos TCE é o próprio Tribunal e as partes;
- g) A prova emprestada entre juízos e TCE só é cabível após o trânsito em julgado, e mesmo entre relatores, só após o trânsito final.
- h) Será cabível a prova emprestada entre processos intra TCE pendentes quando as partes forem as mesmas;
- i) A antecipação de provas no TCE é cabível como medida inibitória a postulação e como medida acautelatória, quando se verificar que sua produção posterior poder-se mostrar imprestável; e
- j) É cabível que o TCE exija provas negativas, mas limitadas a uma relação espaço-temporal pré-fixada sem a qual cair-se-á na prova diabólica.

VIII) Quanto a intervenção de terceiros

- l) Por conexão e afinidade os processos de Contas devem permitir o litisconsórcio, inclusive esta tese está no projeto de lei do primeiro código de processo de Contas, remetendo-se ao mesmo relator discussões jurídicas similares ainda que se trate de municípios díspares;
- m) A desconstituição da personalidade jurídica é recomendável como forma de litisconsórcio eventual ou sucessivo para evitar arguição de supressão de instâncias na execução, sobretudo, dos sócios das contratadas que arguiriam não terem sido chamados no processo de formação do título (processo de conhecimento) e em face da primazia da essência sobre a forma, porque o processo de conhecimento se exaure no processo do TCE;
- n) A oposição é inviável ao TCE porque o próprio juiz da causa seria réu e autor;
- o) A nomeação da autoria agora não é cabível, sendo arguida em preliminar de contestação (defesa) no TCE;
- p) A reconvenção não é cabível porque colocaria o TCE como réu de uma causa que é autor e juiz: não se reconvém contra o juízo;
- q) A assistência litisconsorcial não é cabível nos processos do TCE porque não existe outro colegitimado que não a própria Corte, a titularidade (o erário) do qual é substituto processual exclusivo, no polo passivo, da mesma forma, as titularidades

das relações jurídicas entre administrado e contratada com o poder público são díspares;

- r) Os embargos de terceiros são meios idôneos para execução, fugindo ao escopo do TCE que trabalha no processo de conhecimento;
- s) A assistência simples é recomendável aos processos do TCE como direito reflexo, cuja inadmissibilidade será objeto de agravo de instrumento de rol taxativo mitigado;
- t) O *amicus curiae*, já foi admitido no TCE nos termos do cap. 02;
- u) O chamamento ao processo é meio idôneo de intervenção de terceiros, em especial, no caso de fiança bancária (obrigatório) e nos casos de imputação solidária de gestor com algum subordinado; e
- v) A denúncia a lide não é meio inidônea aos processos do TCE porque não há evicção e exige-se direito de ressarcimento de quem arca com o ônus, não é o caso das Cortes de Contas que trata ou de solidariedade no débito (caso de chamamento ao processo) ou de ilegitimidade passiva (caso de preliminar de contestação).

No capítulo 05, as principais questões tratadas no capítulo 04 foram objeto de verificação empírica, em que se constatou a pouca importância dada as questões trabalhadas no capítulo 04. Mostrou-se a fase embrionária que os processos de contas se encontram, notadamente:

C) Quanto a intervenção de terceiros:

- a.1) nenhum processo fez remissão a conexão ou julgamento com outros processos por afinidade;
- a.2) não houve menção a *amicus curiae* para resolução de conflitos de maior complexidade;
- a.3) não houve chamamento ao processo nem assistência simples;
- a.4) não há menção a desconstituição da personalidade jurídica, salvo nos Acórdãos do TCU; e
- a.5) não há menção a intervenções anômalas (art.190).

D) Quanto a prova

- b.1) não há menção a prova emprestada;
- b.2) não há menção a uso de provas atípicas;
- b.3) não há menção a acareação de testemunhas;
- b.4) não há menção a meios coercitivos para obtenção de documentos em poder de terceiros;
- b.5) o depoimento pessoal é colhido, apenas, em alegações finais; e
- b.6) não há menção a prova emprestada;
- b.7) não há inversão do ônus probatório a melhor cognição do juízo.

g) Quanto a convenções processuais

- c.1) não há menção a convenções processuais típicas e atípicas;
- c.2) não há menção a acordos pré-possuais; e
- c.3) não há menção a acordos endo processuais.

h) Quanto ao sistema multiportas

- d.1) apenas TAGs e TACS de acordos de adesão foram observados e de forma esporádica.

O que se sucede é que os processos de contas, dos entes federados pesquisados, como regra geral:

- X) Tem focado nas provas documentais;
- XI) Não tem dado a devida atenção a formas alternativas de solução de conflitos, como acordos processuais ou ao sistema multiportas;
- XII) Tem dado pouca atenção as formas interventivas típicas e atípicas;
- XIII) Não tem se preocupado com a eficácia da decisão em relação a terceiros;

- XIV) Não tem havido reunião de causas por conexão ou afinidade para a melhor compreensão do juízo (litisconsórcio impróprio);
- XV) Não tem havido chamamento ao processo, nem mesmo, nas hipóteses de devedor fidejussório, menos, na responsabilização de gestores com demais administrados;
- XVI) Não se tem admitido a assistência simples;
- XVII) Não tem havido a preocupação com o litisconsórcio eventual para o chamamento dos sócios das empresas a se facilitar a execução; e
- XVIII) Não há tentativa exauriente de cognição do juízo como acareação de testemunhas ou meios coercitivos de obtenção da prova documental por meios indiretos. Ou seja, há um privilégio do uso da prova documental em detrimento as demais.

Enfim, o processo de contas ainda se encontra focado na velha doutrina de Bülow e seu binômio devedor-credor, com o autor (equipe técnica) apresentando as irregularidades e o réu (gestor público e empresas contratadas com o poder público) se atendendo a apresentar os documentos desconstitutivos do autor, logo, atem-se ao estereótipo: ao credor (equipe técnica) cabe a demonstração, em regra, documental, dos fatos constitutivos das irregularidades e aos defendentes: gestores, administrados e empresas contratadas, os fatos desconstitutivos das irregularidades apontadas. O máximo que se observou são alegações de prescrição.

Não é errado, mas, ainda, embrionário, o direito processual evoluiu, desarmou-se das amarras iniciais: há necessidade de meios mais exaurientes de provas, de se preocupar com terceiros no processo, em especial com a eficácia da decisão, com uma cognição exauriente e satisfativa do juízo, com meios alternativos de solução de conflitos, com acordos processuais que facilitem o bom provimento do uso dos recursos públicos, que, quer por meio do sistema multiportas, quer por meio de formas de convenções processuais, podem levar o processo a, sequer, ser objeto de execução.

Toda a pesquisa feita teve a intenção de auxiliar as Cortes de Contas a aprimorar o processo de contas que, como se viu, empiricamente, ainda está muito embrionário.

As reflexões feitas, neste trabalho, espera-se, possa ajudar gestores públicos e legisladores a melhor ofertar essa prestação, quase jurisdicional, de contas e facilitar, não apenas, a execução do título, mas, sobretudo, o próprio direito material em debate, que, muitas vezes, sequer deverá ser objeto de execução, posto que a forma colaborativa do processo

moderno impõe facilidades para que Corte de Contas, jurisdicionados, empresas contratadas com o poder público e administração pública possam sanar as irregularidades dentro do próprio processo, sem necessidade, sequer, de formar-se um título executivo ulterior: é este o foco da justiça multiportas e das convenções processuais.

Se há previsão nas normas gerais de processo elas não podem ser programáticas.

Não basta, pois, prever a aplicação subsidiária do CPC, é preciso mais, é preciso conhecer como aplicá-lo as peculiaridades de um processo que é, inevitavelmente, inquisitivo, singular por sua própria natureza.

O que se espera com este trabalho é um amadurecimento dos processos de contas, uma preocupação maior, não apenas com a eficácia da sentença em relação a terceiro, mais com toda a sociedade, uma verdadeira tutela (semi) jurisdicional efetiva que será impossível de efetivar-se sem que o instrumento (processo) seja capaz de acompanhar as mudanças na forma de se titularizar, de se garantir, o direito em juízo, que se preocupe em se enaltecer o bom uso do dinheiro público e fornecer meios de as partes chegarem a uma melhor prestação.

Não basta, pois, que o ministério público ofereça TAGs e TACS, é preciso se compreender que acordos processuais demandam concessões recíprocas, propostas e contrapropostas: um debate plural a melhor se garantir o uso do bem público.

A condenação não é o fim último do processo de contas, é subsidiário: podendo-se adimplir o contrato público dentro da Corte de Contas, não há necessidade de se formar o título executivo.

É preciso que se entenda que a decisão não tem eficácia em relação a terceiros que não foram ouvidos, se há garantia fidejussória, o não ouvir do garante impossibilitará sua execução, arruína-se, assim, a garantia dos contratos públicos na própria execução, porque o garante, sequer, foi parte no processo de conhecimento que se exaure na Corte de Contas, até porque o CPC previu a essência sobre a forma. Se o processo de conhecimento se exauriu no TCE e não foi chamado ao processo, o garante, impossível chamá-lo na execução.

Também, é preciso que se entenda quais terceiros tem interesse no processo de contas e que há necessidade intimá-los da decisão sem a qual o acordão ulterior não lhes poderá ser imputado.

Mais, é preciso que se entenda que a empresa perdedora de uma licitação que, posteriormente, mostrou-se antieconômica pode auxiliar o juízo na melhor cognição e que seu direito reflexo, em debate, não permite deixá-la excluída como assistente simples de um

processo cujo interesse reflexo é evidente, até porque firmará novo contrato com o poder público.

É preciso, também, compreender que causas que compartilhem pontos comuns devam ser juntadas para harmonia de julgados, enfim, o processo de contas é uma joia, mas que ainda precisa ser lapidada, polida, a melhor atender a sociedade, última interessada no bom uso dos recursos estatais.

Como se adiantou, há um código de contas em tramitação que incorporou boa parte das explicações aqui: previu *amicus curiae*, união de processos por conexão, provas atípicas e IRDS.

Mas as reflexões deste trabalho vão além, apresentam as limitações do IRDR, a necessidade de um órgão de cúpula que uniformize as jurisprudências de contas.

Ademais, aqui, trabalhou-se todo o núcleo duro de quem pode ser parte nos processos de contas, quem pode ser terceiros, de que forma se pode transacionar e como utilizar os meios típicos e atípicos de provas para um processo que é, por si singular, posto inquisitivo.

Ademais, o *codex* terá aplicação a, apenas, um ente federado. É preciso mais, é preciso uma verdadeira reflexão a nível nacional de que o velho processo : devedor – credor- juiz há muito se esgotou.

Espera-se assim que esta obra contribua a um futuro promissor, em especial, para um órgão que tem o dever de facilitar o bom uso dos recursos estatais, resta, ainda, uma lapidação do caminho, do meio a fazê-lo, esta estrada que se chama direito processual.

7. REFERÊNCIAS

ABAD, A. D. J. El Tribunal de Cuentas en España. **International Review of Administrative Sciences**. [S.I.], vol. 34, n. 03, p. 268-272, set. 1968. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/002085236803400306?journalCode=rasb>. Acesso em: 12 fev. 2022.

ABBOUD, G.; FERNANDES, R. Y. Requisitos legais para a instauração do incidente de assunção de competência. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 43, n 279, p. 339-356, mai. 2018.

AFFERNI, G. ‘Opt-in’ Class actions in Italy: why are they failing? **Journal of European Tort Law**, Berlin, vol. 07, n. 01, p. 82-100, 2016.

ALVES, D. M. C. et. *al.* Controle judicial das decisões exaradas pelos Tribunais de Contas. **Revista Controle**, Fortaleza, vol. 17, n. 01, p. 384-406, jan. jul., 2019. p. 384-385.

AMARAL, F. M. Intervenção de terceiros e incidentes de formação de precedentes. **Revista de Direito Unifacs**, [S.I.], n. 168, n.p., 2014. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3131/2254>. Acesso em : 22 nov. 2022.

APPLETON, C. Historier de la compensation en droit romain. **Nouvelle revue historique de droit français et étranger**, [S.I.], vol. 19, p. 478-521, 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/43892520>. Acesso em: 2 nov. 2022.

ARAUJO, A. D. S. A denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do estado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 25, p. 205-235, 2004.

ARAÚJO, N. M. C.D, CAMPOS, H. S. O. Recurso Especial repetitivo: paradigma e segurança jurídica., **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 57-66, mai./ago. 2012.

ASSIS, C. A. Justiça Multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 44, n. 297, p. 399-417, nov. 2019.

BANDEIRA, T. D. A. R. D. T. O poder de negociação processual do ministério Público em matéria recursal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 13, vol. 20, n. 03. p. 524-545. Set. dez. 2019.

BARREIROS, L. M. S. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodium, 2017.

BAUERMAN, D. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012.

BARBI, C. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Vol. I.

BASTOS, A. A. A. Situações Jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**, São Paulo, ano. 35, vol. 186, p. 87-107, ago. 2010.

BENEDUZI, R. R. Forum non conveniens. In: Freire et. *al* (coord). **Coleção novo CPC**: doutrina selecionada: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

BERNA, F. D. L. A efetividade do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como instrumento de reparação do meio ambiente: uma análise do caso de Mariana/MG. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA**, São Paulo, vol. 02, n. 01, p. 301-350, 2017.

BETTI, E. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed. Turim: UTET, 1950.

BONAMETTI, T. N. De Teoria à prática: uma nova abordagem sobre a eficiência de transação em conflitos coletivos. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, vol. 4, p. 105-134, 2014.

BONE, R. G. Party rulemaking: making procedural rules through party choice. **Texas Law Review**, Texas, vol. 90, p. 1329-1397, 2012.

BRIGAS, R. P.; VALENCIA, O. F. Z. Litisconsorcio e intervención de terceros: em el proceso civil: Buscando una nueva aproximación, **Revista IUS et Veritas**, Lima, n. 52, p.298-315, jul. 2016.

BUCKLAND, W. W.; MCNAIR, A. D. **Roman Law and Common Law: A comparison in outline**: Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008.

CABRAL, A. D. P. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodium, 2016.

_____. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração dos polos da demanda. **Revista da SJRJ**. [S.l], n, 26, p. 19-55, 2009. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/25-76-1-pb.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2020.

_____. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, n. 147, p. 124-147, 2007.

_____. Per un nuovo concetto o di giurisdizione. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, vol. 18. n. 35 p. 107-137, 2015.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARNELUTTI, F. **Estudios de Derecho Procesal**. Buenos Aires: Santiago Sentis Meleno, 1952.

CARVALHO, F.P.D.B. **Ineficácia do ato jurídico e a reforma do código civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CARVALHO, F. L. D. L.; RODRIGUES, R. S. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo, **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, [S.I], v. 18, n. 71, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/844>. Acesso em 15 abr. 2022.

CARVALHO, M. C. S. D. Prova Ilícita. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 801, p. 429-435, jul. 2002.

CORSO, G. **La giustizia amministrativa**. Bologna: società editrice il mulino, 2010. *E-book*.

CAPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CAVALLINI, C.; GABOARDI, M. Is Federal Rule of Civil Procedure 19 (B) Too Discretionary?" **Akron Law Review**, [S.I]. vol. 54, n.1, p. 39-74, 2020. Disponível em www.heinonline.org. Acesso em: 21 nov. 2022.

COSTA, M. S. D. **Convenções Processuais sobre intervenção de terceiros**. Salvador: Judpodium, 2018.

CHIEU, T. Class actions in the European union: importing lessons learned from the united states' experience into European community law. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, [S. I], vol. 18, n.1, p. 123-158, 2010. Disponível em: heinonline.com. Acesso em: 08 abr. 2022.

CHIOVENDA, G.; CARNELUTTI, F.; CALAMANDREI, P. Luci ed ombre in leggi e proposte di tutele differenziate nei processi civili. **Rivista di Diritto Processuale**, Milão. vol. XXXIV, n. II, p. 593-603, 1979.

CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998; vol. 03.

CINTRA, L. C. B. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. **Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia**, Brasília, vol. 8, p. 185-238, 2016.

_____. Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído. In: Talamini (et. al). **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020.

CÔRTEZ, O. M. P. Falta e nulidade de citação litisconsorte passivo necessário: consequências da existência ou não da relação processual. In: Talamini et. al (Coord.). **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020.

DAM, C. V. **European Tort Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

DANTAS, B. ALVIM, T. A. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**: de acordo com o CPC de 2015 e a lei 13.256/2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DAVIS, M. Toward the Proper Role for Mass Tort Class Actions. **Oregon Law Review**, Oregon, vol. 77, n. 01, p. 157-234, 1998.

DENTI, V. “Inesistenza degli atti processuali civili”. In: **Novissimo digesto italiano**, vol. XIV-VIII, p. 635-638. Turim: UTET, 1962.

DIAS, R. G. B.; PEREIRA, D. F. N. Justiça Multiportas e Os Conflitos Envolvendo a Administração Pública: Arbitragem e os Interesses Públicos Disponíveis. **Revista Jurídica**, Curitiba, vol. 03, n. 60, p. 361-838, 2020.

DIDIER JR. F., BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. D. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisões, precedentes, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2016. Vol. 2.

_____. ZANETI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. Ed. Salvador: Juspodium, 2017. vol. IV.

DINAMARCO, C. R. **Litisconsócio**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

DRESCH, R. L.; FREITAS, P. A. S. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a possível solução das crises jurídicas contemporâneas. **Publicações da Biblioteca Digital do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Escola Judicial: Desembargador Edésio Fernandes. [S.I], 31 ago. 2017. Disponível em: Biblioteca Digital do TJMG: Acesso em: 20 jan. 2021.

FARIA, G. H. L. **Negócios Processuais no modelo Constitucional** de Processo. 2. ed. Juspodium, Salvador, 2016.

FERREIRA, L. J.; GOMES, F. M. Amicus Curiae democrático e o processo coletivo ambiental. **Revista de direitos fundamentais e democracia**, [S.I] vol. 25, n. 2, p. 283-313, mai./ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1375>. Acesso em: 14 abr. 2022.

FERREIRA, W. S. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In: DIDIER JR. F.; JOBIM, M. F.; FERREIRA, W. S. **Coleção grandes temas do novo copy: direito probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2018.

FERNANDES, L.; DIDIER JR, F. Contribuições da decisão administrativa coordenada para o sistema brasileiro de justiça multiportas. In: CABRAL, A. D. P.; MENDONÇA, J. V. S. D. **Decisão administrativa coordenada: reflexões sobre o art. 49-A e seguintes da lei 9.784/99**. Salvador: Juspodium, 2022.

FONSECA, J.P.D. PAULA, J. L. M.D.; CARDOSO, K. Collective actions: evolution and challenges for a transformative perspective of jurisdiction in the light of the principle of access to justice and the reasonable duration of the process. **Research. Society And Development**, [S, I], vol. 10, n. 04, p. 61-75, Jul./dez. 202. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/14389>. Acesso em: 09 abr. 2022.

FORNACIARI, F. H. C. **A Representação adequada no incidente de Resolução de demandas repetitivas**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Direito de São Paulo. São Paulo, 2010.

FUGA, B. A. S. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. 3. ed. Thorth: Londrina, 2019.

GAGNO, L. P.; BUDON, F. P. O processo coletivo e a suspensão dos processos individuais: uma análise conforme o direito fundamental de acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, vol. 21, Ano 14, n. 01, p. 227-251, jan./ abr.2020.

_____.; SIMÕES, T. F. V. A importância das *class actions* para a evolução do processo coletivo brasileiro. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 117-136, 2018.

GAJARDONI, F. D. F. Convenções processuais atípicas na execução civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 01, p. 283-32, jan. abr. 202.

GIACOMO, F. S. D. A aplicabilidade da denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado. **Revista Unifacs [S.I]**, n 227, n.p., 2019. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6054/3778>. Acesso em 22 nov. 2022.

GOMES JUNIOR, L. **Curso de direito processual civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GUERRA, M.V. D.M. Legitimidade ativa nas ações coletivas: adequação axiológica no a atual modelo de direito Coletivo. In: DIDIER JR, F.; MOUTA, F. H.; MAZZEI, R. (Org.) **Tutela jurisdicional coletiva**. 2ª Série. Salvador: Juspodium, 2011.

GUIMARÃES, A.D. A. Ação coletiva como meio de molecularização de demandas Repetitivas, **Revista de Direito GV**, São Paulo v. 14, n. 02, p. 418-449, mai./ago. 2018.

GUIMARÃES, J.V.G. O Entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do poder punitivo do Tribunal de Contas da União. **Revista Caderno Virtual**. [S.I], vol., 1, n 50, n.p.

Disponível em:
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5367/2139>. Acesso em:
12 fev. 2022.

GRINOVER, A. P. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

_____. *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Prova Emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Ano 01, n. 04, p. 60- 69. Out. 1993.

HARKE, J.D. **Allgemeines Schuldrecht**. Nova Yorke: Springer Heidelberg Dordrecht, 1965.

HERMANN, C. German Administrative Jurisdiction, **International Review of Administrative Science** [S.], vol 25, n. 02, n.1, p. 173-183, jun. 1959. Disponível em:
<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/002085235902500208?journalCode=rasb>.
Acesso em: 12 fev. 2022.

HERNÍN, F. A. Las Pruebas difíciles. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 33, n. 166, p. 71-80. dez. 2008.

HODGES, C. **The reform of Class and Representative Actions in European Legal System: A new Framework for Collective Redress in Europe**. Oxford: Studies of the Oxford Institute of European Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2008.

HOMMA, F. L. F. Pecuniary judicial executions on class actions: between the fluid recovery, the cy pres and the funds. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 11, vol. 18, n.02, mai./ago. 2018.

IWAKURA, C. R. Em busca de um novo conceito de jurisdição. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S./], vol. 16, p. 112-132, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19963/14304>. Acesso em 16 dez. 2022

KAHAM, M. ônus da prova: noções fundamentais. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 1, p. 745-754, out 2010, 1990.

KICHNER, F. A utopia da verdade real. **Revista Brasileira de ciências criminais**, [S./], n. 80, vol. 119, n.p., 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5071361>. Acesso em: 04 dez. 2022.

KOMATSU, M. S. R. **A citação no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1977.

LIEBMAN, E. T. “Azioni concorrenti”. In: **Problemi del processo civile**. Nápoles: Morano, 1962 .

LEBEL, L. ; SAUNIER, P.-L. L’interaction du droit civil et de la Common law à la Cour suprême du Canada. **Revue : le recherche du droit**, Laval, Québec, v. 47, n. 02, p. 181-238, 2006.

LINO, D. B.; OLIVERIA, F. R. Intervenção litisconsorcial voluntária: Da assistência litisconsorcial ao ingresso mediante a cumulação ulterior de demanda. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 03, p. 220-262. set. dez. 2021.

LOPES, J. B. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 35, p. 24-75, jul. 1984.

LOPES, B.V. C. **As novas reformas do CPC e de outras normas processuais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Coisa julgada e justiça das decisões **Revista de processo**, [S.I], vol. 29, n. 116, p. 372-400. jul. ago. 2004. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113214>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MACEDO, L. B. D.; PEIXOTO, R. M. **ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

MAFFESSIONI, B. I. A. **Convenções Processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodium, 2021.

MALUF, C. A. D. As presunções na teoria da prova. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 24, p. 62-80, out. 1981.

MARSCH, N.; VILAIN, Y.; WENDEL, M. **Französisches und Deutsches Verfassungsrecht**. Deutsch, Berlin: Springer-Lehrbuch, 2014.

MARTEL, L. D. C. V. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 02, p. 334-373, jul./dez. 2010.

MARIONI, L. G. B. Sobre o assistente litiscosorcial. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 58, n. 03, p. 250-274, abr./jun. 1990.p. 252.

_____. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora RT, 2016.

_____. Reexame da prova diante dos recursos especiais e extraordinários. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 130, p. 19-32, dez. 2005

_____. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. Vol. I.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDINA, J.M. G.; WAMBIER, T. A. A. **Processo civil moderno**: Parte Geral e Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, A. G.D. C.; MENDES, C. P D. C. As class actions e as últimas mudanças na regra 23 do estatuto processual federal norte americano, **Revista eletrônica de Direito Processual – REDP -**, Rio de Janeiro, vol. 22, ano 5, n. 01, p 781-824, jan. abr. 2021.

MENDES, A. G.D. C. *et. Al.* **O Novo processo civil brasileiro**: temas relevantes- estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.

MEDINA, J. M. G. Chamamento ao processo: questões polêmicas. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais Unipar**. Curitiba, vol. 01, n. 01, p. 13-49, jul. dez. 1998

MILLAR, R. W. Joinder of Actions in Continental Civil Procedure. **Illinois Law Review**, Illinois, vol. 29, n. 01, p. 26-62. 1933-1934.

MOFFITT, M. L. Customized Litigation: The case of making civil procedures negotiable. **George Washington Law Review**, Washington, vol. 75, n.03, p. 461-521, abr. 2007.

MOREIRA, B. **Direito Processual Civil**: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MORAES, V. D. L. Da denúncia à lide e do chamamento ao processo na ação civil pública por danos ao meio ambiente. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 50, p. 101-111, abr./jul. 2003.

MOREIRA, J. C. B. **Litisconsórcio unitário**. São Paulo: Forense, 1972.

MOTTA, A. B. B. F.; FERREIRA, A. C. B. S. G. O sistema multiportas como propulsor do acesso à justiça no âmbito do juizado de fazenda pública. **Revista Novato**, Salvador, 1. Ed., p.68-93, 2020.

MULLENIX, L. S. Ending class actions as we know them: rethinking the American class actions. **Emory Law Journal**, [S./], vol. 64, n. 02, p. 400-449, 2014. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol64/iss2/14>. Acesso em: 06 abr. 2022.

MUNDIM, L. G. R. O antagonismo entre a ética dos precedentes e o Estado democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. 20, n. 01, ano. 13, p. 315-340, jan./abr. 2019.

NADEAU, D. Les tribunaux administratifs au Canada : Contentieux et réflexion. **Revue générale de droit**. [S./], vol. 29, n. 03, p. 337-343, 1998. Disponível em: <https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1998-v29-n3-rgd02416/1035670ar.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2022.

NAGY, C. I. **Colective Actions in Europe: A Comparative, Economic and Transmetemic analyses**. Hungary: Springer Open, 2019.

NOGUEIRA, P.H. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

OLIVERIA, E. F.; BRAMBILLA, P. A. D. S.; JUNQUEIRA, L. (IN)validade das convenções processuais típicas e vulnerabilidade: uma análise à luz do auto regramento da vontade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. 22. n. 01. p. 234-260, jan. abr. 2021

OLIVEIRA, M. H. M. Litispêndência e conexão no processo coletivo brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 41, n. 01, p. 109-132, 2013.

OLIVEIRA, V. D. S. O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido n Direito brasileiro pelo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 210, p. 63-80, abr./jun. 2016.

OUANNOUS, R. M. Autocomposição no processo coletivo: possibilidades e limitações. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 02, n. 86, 86, p. 77-98, jun./dez. 2019.

PALMA, J. C. D.; VALÉRIO, V. H. Coisa julgada no processo coletivo: particularidades e aspectos relevantes. **Revista de Direito Privado da UEL, Londrina**, vol. 02, n. 03, p. 01-27, dez. 2009.

PARSONS, M. European Class Actions, **South Carolina Journal of International Law and Business**, South Carolina, vol. 04, n.02, p. 35-60, 2010.

PASSOS, C. D. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PELINGERIO, R.M. D. S. Desafios Contemporâneos da Justiça administrativa na América latina, **Revista de investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 04, n.01, p. 167-201. jan./abr. 2017.

_____. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte americana. **Revista de investigações Constitucionais**, Rio de Janeiro, vol. 02, n.01, p. 89-135, jan./abr. 2015.

PEREIRA, C. A. M. P.; ROSÁRIO, J. O. R. GÓES, R. T. A filosofia do direito em Jürgen Habermas a partir da ação comunicativa. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v.11, n. 02, p. 111-128, 2017.

PEREIRA, K. S.; MARTINS, A. S. A inconstitucionalidade do art. 16 da Lei de ação civil pública. **Revista Águia Acadêmica dos Discentes da FENORD**, Teófilo Otoni, p. 26-49, mar. 2015.

PENNEY, S. Mass Tort, Mass Culture: Canadian Tort Law and Hollywood Narrative Film. **Queen's Law Journal**, [S.l.], vol. 30, n.1, p. 205-259, 2004. Disponível em: <https://heinonline.org/>. Acesso em: 09 abr. 2022.

PINHO, H. D. B. D. Ações de Classe. Direito Comparado e aspectos processuais relevantes. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, vol. 5, n, 18, p. 141-155, 2002.

PIZZOL, P. M. **Coisa Julgada nas ações coletivas**. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

PONTES DE MIRANDA, F. C **Comentários à Constituição de 1967**. Com a Emenda 1, de 1969. Tomo III (arts. 32-117). 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1980.

PONTES, V. D. S. Os critérios de verificação da Representatividade Adequada e a prática do Modelo Representativo brasileiro. **Revista Anep de Direito Processual**, [S.I.], vol. 02. n. 02, p. 61-75, jul. dez 2021. Disponível em: <https://www.revistaanep.com.br/index.php/radp/article/view/92/pdf>. Acesso em 09 abr. 2022.

QUINTAS, F. L. Juízes administradores: a intervenção na efetivação dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016.

RICHTER, B. M. P. Representatividade adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da class actions e o modelo brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 01, p. 214-230, 2012.

ROCHA, C. A. A. O modelo de controle externo exercido pelos tribunais de Contas e as proposições legislativas sobre o tema. **Biblioteca Digital do Senado Federal**, Brasília, 2002. disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/156>. Aceso em: 14 abr 2022.

ROCHA, C. C V. A arbitragem e Administração Pública: nova disciplina após a lei 13/129/2015. **Revista de Arbitragem e mediação**, [S.I.], vol. 49, p. 1-14, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webrevistas/rarb-revista-de-arbitragem-e-mediacao.html>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ROCHA, M.C.S.D.A **Justiça administrativa numa perspectiva multidisciplinar: um olhar português no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012.

ROUSSET, M. O. **Droit Administratif II: Le contentieux administratif**. Grenoble, France: Presses Universitaires de Grenoble, 2004.

SANCHES, G. F.; NETO, Z. A. D. Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de proteção ao consumidor em observância ao princípio da incolumidade pública: análise da eficácia do TAC firmado entre o Ministério Público do Amapá e a Companhia de eletricidade do Amapá. **Revista Jurídica ESPM-SP**, São Paulo, v. 15, p. 69-95, 2019.

SANTOS, R. L.D Intervenção assistencial nas ações coletivas. **Revista da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. 7, n. 27, p. 105-130, abr./jun. 2008.

_____. Modalidades da Coisa Julgada Coletiva. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 27, p. 205-219, jul./dez. 2005.

SEGUEL, A. R. Litisconsorcio Necesario en el Derecho Procesal Chileno - Doctrina y Jurisprudencia. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, vol. 25, n. 02, p. 387-422, 1998.

SERAFIM, M. C. G.; FRANÇA, E.P.D.C.; NÓBREGA, F. F. B. Processos estruturais e Direito à Moradia no Sul Global. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, vol.19, n. 32, p. 148-183, set./dez. 2021.

SCALISI, V. **Inefficacia** (“diritto privato”). Milão: Giuffrè, 1969.

SCHMIEGELOW, M.; SCHIMIEGELOW, H. **Institutional Competition between common law and civil law: theory and policy**. Londres: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014.

SICA, H. V. M. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC de 2015. In: Talamini et. al (Coord.). **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020.

SILVA, S. A; PASSOS, A. F. D. I pela fazenda pública como instrumento de efetivação do interesse pública. **Revista Brasileira de Direito Civil em perspectiva**, [S.], vol. 07, n. 01, p. 163-183. Jan./jul. 2021. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/7945/pdf> /. Acesso em: 07 dez. 2022

SILVA, A.G.X. Os Tribunais de Contas e a coisa julgada administrativa. **Revista Controle Doutrinas e Artigos**. [S.], vol. 11, n. 02, p. 80-99, 2013, p.97-98. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6167706>. Acesso em: 22 fev. 2022.

SILVA, R. D. G.; SILVA, J. G. D. Cláusula solve et repte: peripécias de atuação da autonomia privada na delimitação das exceções oponíveis ao devedor. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado Rio de Janeiro – PGE-RJ**. Rio de Janeiro, n.p., vol. 03, n. 01, jan./abr. 2020.

SILVEIRA, S. S.; SILVEIRA, R. D. R.; CARNO, I. D. A Destinação das reparações e astreintes em ação civil pública e a solução do *fluid recovery*. **Revista Jurídica Cesumar**, [S.], n. 20, n. 02, p. 177-189, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/index>. Acesso em: 13 abr. 2022.

SINOPOLI, M. Rapporti fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione contabile. **Il Foro Italiano**, [S.], vol. 103, Parte Quinta, p. 165-168, 1980. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/23171681>. Acesso em: 09 fev.2022.

SOUZA JOÃO, I. C. D. S. **O processo civil coletivo e as condições da ação**. 2007. Tese (Doutorado em Direito). – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

SOUZA JÚNIOR, S. P. D. A preclusão pro Judic ato na determinação de provas e a limitação do poder instrutório do juiz (art. 130 do CPC): comentários ao Resp 345.436-SP. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 133, n. 158, p. 264.-274 abr. 2008.

SUNFELD, C. A. et. al. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 13, n. 03, p. 866-890, set. dez. 2017.

TALAMINI, E. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. In: ZENETI JR, H.; CABRAL, T, N. X. (coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador, Juspodium, 2017

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual** civil. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. I.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, 48 ed. Forense, 2008. Vol. I.

TEMER, S. **Incidente de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Juspodium, 2016.

_____. **Participação no Processo Civil**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2022.

TORNAGHI, H. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

TUCCI, J, R. C. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. 102, p. 339-432, jan. Dez/2007.

_____.; BEDAQUE, J. R. D. S. **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

VASCONCELOS, R.; CARNAÚBA, C. A. M. Intervenção móvel no processo coletivo e sua aplicação no mandado de segurança coletivo. In: DIDIER JR (Org.). **Partes e terceiros no processo civil**. Salvador: Juspodium, 2020

VENZON, F. N. Fundo de defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos. **Revista Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16, n. 50, p. 125-146, jul. dez. 2017.

VITORELLI, E. Ações Coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 278, p. 297-335, abr. 2018.

_____. **O Devido processo legal coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VON JHERING, R. *Geist des römischen Rechts*. 4. Ed. Berlin: Wentworth Press. 2018. Vol. 3.

WATANABE, K. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Do processo individual de defesa do consumidor. In GRINOVER, A. P.; CASTRO MENDES, A.G.D, WATANABE, K. (coord). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum e de conhecimento)**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Vol. 2. *E-book*.

YOSHIKAWA, E. H. D. O. Revelia e Direito à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 185, p. 35-52, jul. 2010.

ZAMPAR JÚNIOR, J. A. interposição de agravo de instrumento por terceiro prejudicado. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 326, p. 213-230, abr. 2022.

ZANETI JÚNIOR. H. O problema da verdade no processo civil: modelo de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo, São Paulo**, vol. 29, n. 116, p. 334-360, jul. 2004.

_____. DIDIER JR, F. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZENETI JR, H. CABRAL, T, N. X. (coord.) **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador, Juspodium, 2017.

ZAVASCKI, T. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.**
2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

8. APENSO (CÓDIGO DE PROCESSO DE CONTAS)

Código de Processo de Controle Externo do Estado de Mato Grosso

CAPÍTULO I DAS NORMAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS

Art. 1º Os processos perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso serão disciplinados e os casos serão julgados conforme as normas decorrentes da Constituição da República Federativa do Brasil, da Constituição do Estado de Mato Grosso, da Lei Complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007, e das disposições deste Código. § 1º Sempre que compatíveis e adequadas, aplicam-se aos processos regulados por este Código as normas decorrentes da Lei n. 7.692, de 1º de julho de 2002, do Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, da Lei federal n. 8.443, de 16 de julho de 1992, e da Lei federal 9.784, de 29 de janeiro de 1999. § 2º Ao processo de que possa resultar sanção ao administrador ou ao responsável aplicam-se, ainda, as normas do Direito administrativo sancionador e, sempre que compatíveis e adequadas, as decorrentes da Lei federal n. 8.429, de 02 de junho de 1992.

Art. 2º São normas fundamentais do processo perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso: I - os direitos fundamentais processuais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil; II – a segurança jurídica, inclusive a proteção da confiança legítima e a proibição de decisão-surpresa; III – o respeito à boa-fé; IV – a promoção de soluções consensuais, antes ou durante o processo, inclusive com uso da mediação ou pela celebração de termo de ajustamento de gestão ou de negócios jurídicos processuais; V – a instrumentalidade, a flexibilidade e a simplicidade das formas; VI – a primazia da solução de mérito; VII – a eficiência e a efetividade do processo e das decisões; VIII – a devida fundamentação das decisões; IX – o impulso oficial; X – o estímulo à inovação. § 1º Além de estruturar o processo, a norma fundamental tem função interpretativa das fontes normativas e auxilia na aplicação das demais normas relativas ao processo perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. § 2º As normas fundamentais devem ser observadas por todos aqueles que participam do processo. § 3º As normas fundamentais previstas neste Capítulo não excluem outras decorrentes das demais disposições deste Código ou de outra lei.

Art. 3º O Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deve assegurar que sua conduta, no Tribunal ou fora dele, mantém e intensifica a confiança da sociedade em sua imparcialidade e em sua integridade. Parágrafo único. O Conselheiro tem o dever de revelar

qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade e à sua independência. CAPÍTULO II – DA COMPETÊNCIA

Art. 4º A competência do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso é determinada pelas Constituição Federal, Constituição do Estado do Mato Grosso, Lei Complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007, por este Código, por legislação especial e pelo respectivo Regimento Interno. Parágrafo único. Compete ao Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso disciplinar o processo de Contas perante o Tribunal, de maneira complementar e supletiva à legislação.

Art. 5º Reputam-se conexos 2 (dois) ou mais processos, quando: I - houver entre eles vínculo de prejudicialidade ou preliminaridade; II - tiverem por objeto o mesmo ato jurídico ou contrato; III - disserem respeito: a) ao mesmo fato ou ato ilícito; b) aos mesmos edital, concurso público, processo seletivo simplificado ou processo seletivo público; c) à mesma prestação de Contas de transferências voluntárias e seus termos aditivos e as respectivas parcelas do mesmo termo. Parágrafo único. Os processos conexos serão reunidos, na relatoria preventa, para processamento simultâneo e decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido julgado.

Art. 6º Considera-se preventa a relatoria do Conselheiro para o qual foi distribuído: I - o primeiro processo, sempre que os processos conexos estejam sob relatoria de Conselheiros; II - um dos processos conexos, sempre que um deles esteja sob relatoria de um auditor substituto. § 1º Aplica-se o disposto no inciso I do caput, quando os processos conexos estiverem sob relatoria de auditores substitutos. § 2º A prevenção pode ser reconhecida de ofício, monocraticamente ou pelo colegiado, ou arguida por auditor substituto em substituição, pelo Ministério Público de Contas, pelas partes ou pelos interessados, até o início da sessão de julgamento.

Art. 7º Observadas as disposições deste Código, o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso poderá definir outras hipóteses de conexão e de prevenção.

Art. 8º Há conflito de competência quando: I - 2 (dois) ou mais relatores se declaram competentes; II - 2 (dois) ou mais relatores se declaram incompetentes; III - entre 2 (dois) ou mais relatores surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos. § 1º O conflito de competência poderá ser suscitado pelos relatores conflitantes, pelo Ministério Público de Contas, pelas partes ou pelos interessados. § 2º Ao declarar-se incompetente, em decisão expressa e fundamentada, o relator determinará a remessa dos autos ao relator considerado competente que, não aceitando a declinação: I - encaminhará os autos a outro relator que considerar competente ou à redistribuição, caso não haja relator prevento; ou II - suscitará o

conflito. § 3º O conflito de competência será relatado pelo Presidente, salvo se ele for o suscitante ou o suscitado. § 4º Os relatores conflitantes e o Ministério Público de Contas serão intimados a manifestar-se no conflito de competência. § 5º Caso entenda que um terceiro relator possa ser o competente, o Tribunal determinará a sua participação no incidente. § 6º Ao decidir o conflito de competência, o Tribunal definirá qual o relator competente. § 7º A definição da prevenção ou a solução de conflitos de competência poderá ser realizada por ato de cooperação entre os relatores envolvidos.

CAPÍTULO III – DA ARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL

Art. 9º Aos Conselheiros, auditores substitutos e unidades do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso incumbe o dever de recíproca cooperação. Parágrafo único. Pedido ou proposta de cooperação podem ser formulados para prática de qualquer ato processual, observado, no que couber, os arts. 68 e 69 do Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 10. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso pode celebrar atos de cooperação com instituições do sistema brasileiro de justiça, inclusive câmaras e tribunais arbitrais, entes da Administração Pública direta ou indireta e outros tribunais de Contas, para a prática de atos administrativos, processuais ou de controle, observado o disposto na Lei n. 7.692, de 1º de julho de 2002. § 1º A cooperação poderá ser feita com entes públicos federais, estaduais, distritais ou municipais. § 2º A cooperação deverá ser formalizada em instrumento, escrito de modo claro e preciso, necessariamente assinado pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso e pela autoridade competente do ente cooperante. § 3º A cooperação administrativa pode envolver, dentre outras providências: I - o compartilhamento de infraestrutura física, tecnológica e de pessoal, ou de informações sobre a existência de processo que verse sobre matéria de interesse de outros órgãos ou entes com atribuições fiscalizatórias, regulatórias, normativas ou de controle; II - a elaboração: a) de estratégias estaduais ou nacionais para o exercício das funções do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso; b) conjunta de respostas a consultas em matérias que também envolvam a atribuição de outros entes administrativos, para fins do disposto no art. 30 do Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. § 4º Os instrumentos de cooperação deverão ser públicos e estar à disposição para consulta na página oficial do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso na rede mundial de computadores. § 5º Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva

ata, a ser juntada aos autos. § 6º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso celebrará ato de cooperação com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados para dispor sobre a regulamentação e a fiscalização das normas de proteção de dados pessoais no âmbito do Tribunal e sobre o estabelecimento de diretrizes para observância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, na cooperação com outras instituições.

CAPÍTULO IV – DA ORDEM DOS PROCESSOS NO TRIBUNAL

Art. 11. O processo será registrado no dia de sua instauração, cabendo à secretaria providenciar a imediata distribuição do caso a um relator.

Art. 12. A distribuição observará a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade. Parágrafo único. Havendo prevenção, o processo será encaminhado ao Conselheiro preventivo.

Art. 13. Compete ao relator dirigir e ordenar o processo, inclusive em relação à produção de prova.

Art. 14. As sessões de julgamento podem ser presenciais ou virtuais. §1º A sessão de julgamento presencial pode ser mediada por tecnologia. §2º Considera-se quórum qualificado, para fim de instalação da sessão, a presença de pelo menos 5 (cinco) Conselheiros, além do Presidente, e, para aprovação da matéria, o voto favorável de pelo menos 4 (quatro) Conselheiros. §3º A exigência de quórum qualificado para instalação da sessão ou para resultado de julgamento será prevista em lei ou no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso

Art. 15. Exige-se quórum qualificado, para instalação e para o resultado do julgamento, nas sessões que tenham por objeto a declaração incidental de inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público, o julgamento de processos repetitivos e a edição, revisão ou o cancelamento de súmula. Art. 16. A colheita de votos, a proclamação do resultado e a redação do acórdão observarão as normas correspondentes previstas no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 17. O Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso preverá os casos em que se admite sustentação oral e disciplinará o pedido de esclarecimento de questão de fato durante a sessão de julgamento.

CAPÍTULO V – FORMA, TEMPO E LUGAR DOS ATOS PROCESSUAIS

Art. 18. Os atos dos processos que tramitam perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso não dependem de forma determinada senão quando a lei ou outro ato normativo expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe

preencham a finalidade essencial. § 1º O processo tramitará exclusivamente em meio eletrônico, devendo seus atos ser produzidos por escrito, em língua portuguesa, com a data e o local de sua realização e a respectiva assinatura digital. § 2º Serão suprimidas ou simplificadas as formalidades ou exigências desnecessárias ou superpostas e cujo custo econômico ou social, tanto para o erário como para o cidadão, seja superior ao eventual risco de fraude, observado o disposto na Lei federal n. 13.726, de 08 de outubro de 2018.

Art. 19. Os atos processuais são públicos, ressalvadas as expressas previsões legais e constitucionais quanto ao sigilo e observada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Art. 20. Os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes, dos interessados e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso administre no exercício de suas funções. Parágrafo único. O registro de ato processual eletrônico deverá ser feito em padrões abertos, que atenderão aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação, com o maior grau possível de granularidade, e, nos casos que tramitem em sigilo, confidencialidade, observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente ou outro meio hábil ao registro dessas informações, nos termos da lei federal.

Art. 21. A prática de atos presenciais no processo perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deverá ocorrer em dias úteis e no horário de funcionamento do expediente. § 1º Os atos processuais em meio eletrônico consideram-se realizados no dia e na hora do recebimento pelo sistema informatizado de gestão de processo eletrônico do Tribunal, o qual deverá fornecer recibo eletrônico de protocolo que os identifique. § 2º A prática eletrônica de atos no processo pode ocorrer em qualquer horário até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo, observado o horário vigente no Estado do Mato Grosso, para fins de atendimento do prazo.

Art. 22. Os atos do processo devem realizar-se preferencialmente na sede do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, cientificando-se a parte, o interessado ou o Ministério Público de Contas se outro for o local de realização. Parágrafo único. O acesso à íntegra dos autos do processo para vista pessoal do interessado poderá ocorrer por intermédio da disponibilização de sistema informatizado de gestão ou por acesso à cópia do documento, preferencialmente em meio eletrônico.

Art. 23. Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. Parágrafo único. A participação por videoconferência em audiência ou sessão observará as seguintes regras: I – as oitivas por videoconferência serão equiparadas às presenciais para todos os fins legais, asseguradas a publicidade dos atos praticados e as prerrogativas processuais de advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, partes, interessados e testemunhas; II – as testemunhas serão inquiridas individualmente, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras; III – quando a testemunha manifestar desejo de depor sem a presença de uma das partes ou interessados do processo, na forma da legislação pertinente, a imagem poderá ser desfocada, desviada ou inabilitada, sem prejuízo da possibilidade de transferência para lobby ou ambiente virtual similar; IV – as oitivas por videoconferência serão gravadas, devendo o arquivo audiovisual ser juntado aos autos ou disponibilizado em repositório oficial de mídias indicado pelo Tribunal; V– a publicidade será assegurada, por transmissão em tempo real ou por meio hábil que possibilite o acompanhamento por terceiros estranhos ao feito, ainda que mediante a exigência de prévio cadastro; VI – a critério do relator e em decisão fundamentada, poderão ser repetidos os atos processuais dos quais as partes, os interessados, as testemunhas ou os advogados não tenham conseguido participar em virtude de obstáculos de natureza técnica, desde que devidamente justificados.

Art. 24. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso assegurará às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica. § 1º A fim de promover a igualdade, deverão ser adotadas as medidas apropriadas para eliminar e prevenir barreiras urbanísticas ou arquitetônicas, de mobiliários, de acesso aos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais ou tecnológicas. § 2º A implantação de medidas que visem à promoção da acessibilidade e inclusão tem como premissas a adoção do desenho universal, como regra geral, e da adaptação razoável, quando justificável.

Art. 25. Na contagem dos prazos processuais, serão computados apenas os dias úteis. Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, as normas relativas à contagem de prazos previstas no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 26. O relator poderá, em decisão fundamentada, dilatar os prazos processuais, tendo em vista as peculiaridades do caso. Parágrafo único. Ressalvada regra expressa em sentido contrário, prevista em lei ou no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de

Mato Grosso, o prazo para manifestação das partes, interessados ou o Ministério Público de Contas será de 15 (quinze) dias.

Art. 27. As comunicações processuais serão feitas, preferencialmente, por meio eletrônico. Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, as normas relativas às comunicações processuais previstas no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

CAPÍTULO VI – DA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO

Art. 28. O ato postulatório tem de: I – ser formulado por sujeito com legitimidade e interesse; II – trazer a qualificação da parte ou do interessado e, quando possível ou necessário para a compreensão da postulação, a identificação dos demais sujeitos envolvidos; III - conter fundamentação fática, argumentativa e normativa adequada; IV - ser escrito de modo claro, preciso e coerente; V – vir acompanhado de documentos indispensáveis. §1º Caso constate algum defeito na postulação, o relator determinará a sua correção. § 2º O disposto neste artigo aplica-se também aos recursos.

Art. 29. A interpretação da postulação: I - considerará o conjunto da argumentação e da fundamentação; II - observará o princípio da boa-fé e as demais normas de interpretação das manifestações e declarações de vontade previstas em lei federal. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos recursos.

Art. 30. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato pode denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. § 1º O denunciante será considerado parte do processo. § 2º Em caso de desistência injustificada ou abandono do processo pelo denunciante, o Ministério Público de Contas poderá assumir a condução do processo.

Art. 31. A revelia não gera presunção de veracidade sobre as alegações de fatos deduzidas contra o revel. § 1º Os prazos contra o revel que não compareça ou não se faça representar no processo fluirão da data de publicação da decisão. § 2º O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar, sendo-lhe facultada a produção de provas, desde que compareça a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a sua produção.

Art. 32. Admite-se a intervenção de amicus curiae, observado o disposto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 33. A desconsideração da personalidade jurídica, que poderá ser instaurada ex officio, observará quanto ao resto o procedimento previsto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 34. O interessado poderá intervir no processo, por iniciativa própria, a requerimento de parte ou do Ministério Público de Contas ou por determinação do relator, sempre que houver utilidade de sua atuação para a solução do processo ou houver interesse jurídico relevante. § 1º Consideram-se interessados aqueles indicados no art. 8º da Lei n. 7.692, de 1º de julho de 2002. § 2º O interessado poderá, na fase instrutória e antes do julgamento, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. § 3º A agência, o órgão ou o ente regulador será necessariamente informado para, querendo, intervir no processo, quando a decisão interferir em área por ele regulada. § 4º Uma vez integrado ao processo, o sujeito poderá adotar a posição processual que atenda ao interesse tutelado e à finalidade de sua intervenção.

Art. 35. Diante da relevância da questão, o relator poderá determinar a realização de audiência pública para debates sobre a matéria do processo, observado o disposto no art. 42 deste Código. Parágrafo único. O relator, em matéria relevante, poderá estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

CAPÍTULO VII – DA TUTELA PROVISÓRIA

Art. 36. A tutela provisória de urgência poderá ser concedida de ofício ou a requerimento da parte, do interessado ou do Ministério Público de Contas, e deverá observar o disposto na Lei complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007, e no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 37. A tutela provisória de urgência supõe a existência de suporte probatório mínimo da verossimilhança das alegações e o perigo de: I - retardamento ou dificuldade de realização de auditoria ou inspeção; II - agravamento da lesão ou ocorrência de danos ao erário, de difícil ou impossível reparação. § 1º A tutela provisória de urgência, quando concedida pelo relator, deverá ser submetida, imediatamente, à confirmação do Tribunal Pleno, sob pena de perder eficácia após 30 (trinta) dias de sua concessão. § 2º A tutela provisória, em casos de que possa resultar sanção ao administrador ou ao responsável, não poderá ser determinada ex officio e observará, quanto ao mais, o disposto na Lei federal n. 8.429, de 02 de junho de 1992.

CAPÍTULO VIII – DAS PROVAS

Art. 38. A atividade probatória nos processos perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso será conduzida pelo relator, que poderá, sempre em decisão fundamentada, determinar, de ofício ou a requerimento, a produção das provas necessárias à justa solução da questão a ser decidida, e indeferir as diligências consideradas inúteis ou protelatórias.

Art. 39. Admite-se a produção de todos os meios de prova lícitos, previstos ou não em lei, aptos à comprovação da veracidade das alegações de fato, inclusive as provas documental, pericial e testemunhal, o depoimento da parte ou do interessado, a inspeção pelo Tribunal, a consulta de informações adicionais disponíveis em fontes públicas dotadas de credibilidade e a utilização da prova emprestada. § 1º O depoimento da parte e do interessado e o testemunho podem ser tomados em audiência, na forma oral, ou apresentados em documento assinado. § 2º Aplicam-se, subsidiariamente, as regras de produção dos meios de prova previstas no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 40. Considera-se documento indispensável à instauração do processo aquele referido pela parte ou pelo interessado em sua manifestação ou aquele assim considerado por lei, negócio jurídico ou ato normativo do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. § 1º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso editará resolução que indique documentos indispensáveis ao regular desenvolvimento do processo de Contas, levando em consideração as peculiaridades da situação jurídica a ser decidida. § 2º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso elaborará modelos ou formulários padronizados para postulações relativas a temas repetitivos. § 3º Serão consideradas não prestadas as Contas que, embora encaminhadas, não reúnam a documentação indispensável.

Art. 41. Admite-se o uso de prova por amostragem ou estatística, desde que fundada em critérios científicos. § 1º A prova produzida será valorada considerando-se a qualidade do levantamento realizado, a metodologia empregada, o universo pesquisado e a adequação das eventuais conclusões. § 2º Caso não concorde com as conclusões da prova produzida, o relator determinará a realização de segunda prova. § 3º Os censos e as provas por amostragem ou estatísticas realizadas por entes públicos especializados têm presunção relativa de veracidade.

Art. 42. O relator poderá determinar consulta pública ou convocar audiência pública para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas cujos conhecimentos sejam relevantes para essa mesma decisão. §1º A consulta pública: I - será realizada por meio do sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso na rede mundial de computadores; II - conterá exposição sucinta da discussão do processo; III - trará, quando adequado, perguntas que deverão ser redigidas em termos simples e compreensíveis por

todos. § 2º A audiência pública terá ampla divulgação em veículos de comunicação apropriados às características do público destinatário. § 3º A convocação deverá ocorrer com antecedência mínima de trinta dias, salvo em situações de urgência. § 4º O edital de convocação deverá conter o assunto da audiência, a descrição do público destinatário do ato, o local e horário de sua realização e os critérios de inscrição e manifestação. § 5º A audiência pública será presidida pelo relator, a quem cabe selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve restringir-se à questão discutida. § 6º Todos os Conselheiros podem participar da audiência e formular perguntas aos participantes. § 7º A audiência ocorrerá em horários apropriados à participação do público destinatário, preferencialmente não coincidentes com o horário normal de expediente comercial. § 8º O relator determinará a realização da audiência em local de fácil acesso ao público destinatário, sempre que necessário para garantir o amplo comparecimento. § 9º A audiência pública será registrada em ata e mediante gravação de áudio e vídeo, que farão parte dos autos. § 10 O comparecimento à audiência pública e a participação em consulta pública não conferem, por si, a condição de interessado no processo, mas confere o direito de obter resposta fundamentada, que poderá ser comum no caso de alegações substancialmente iguais. § 11 Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

CAPÍTULO IX – DA DECISÃO

Art. 43. As decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso serão unipessoais ou acórdãos. Parágrafo único. O Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado, de Mato Grosso definirá as hipóteses em que se permite decisão final proferida por decisão unipessoal.

Art. 44. Todas as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deverão ter relatório e: I - apresentar motivação adequada, com a indicação dos pressupostos de fato, dos argumentos técnicos e jurídicos e dos fundamentos normativos determinantes da decisão; II - valorar adequadamente as provas constantes dos autos, com indicação das razões que embasaram o respectivo convencimento; III - quando baseadas exclusivamente em princípios jurídicos ou conceitos jurídicos indeterminados, explicar os motivos concretos de sua incidência no caso, a partir de critérios claros e objetivos; IV - levar em consideração as suas consequências práticas, com a demonstração da necessidade e da adequação da solução encontrada, inclusive diante de soluções alternativas; V - observar a coerência e a integridade do ordenamento jurídico, a proporcionalidade, a razoabilidade e as

demais normas de interpretação e aplicação previstas no Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942; VI – dispositivo redigido de modo claro e preciso; VII - ser publicadas. § 1º Caso invalide ato, negócio ou norma administrativa, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso: I - indicará, necessariamente e de modo expreso, as consequências jurídicas e administrativas dessa decisão, inclusive, se for o caso, com o estabelecimento de regras de transição; II – considerará as: a) orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de entendimento, se desconsiderem situações plenamente constituídas; b) circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, inclusive de multa, serão consideradas: I - a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente; II – as sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente, para fim de dosimetria; III – as funções exercidas pelo agente e a intensidade do acatamento das recomendações emitidas pelo Tribunal. § 3º Para fins de cumprimento do disposto no inciso II do §2º, cabe à parte informar a existência de processo perante outros órgãos ou entidades, admitida a adoção, pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, de medidas de articulação institucional. § 4º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso interpretará a norma administrativa da forma que garanta da maneira mais adequada e eficiente o atendimento do fim público a que se dirige. § 5º No caso de colisão entre normas, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 6º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, às manifestações dos órgãos internos de auditoria e do Ministério Público de Contas.

Art. 45. Ao julgar as Contas, o Tribunal: I - decidirá se elas estão regulares, irregulares ou iliquidáveis, definindo, conforme o caso, as medidas a serem tomadas e a responsabilidade do agente; II - poderá expedir determinações ou recomendações para implementação ou aprimoramento dos controles internos, das ações governamentais ou das práticas de gestão do órgão ou entidade fiscalizados. Parágrafo único. No cumprimento do dever de consideração das consequências práticas da decisão, e para subsidiar a elaboração de determinações e recomendações, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso poderá valer-se de relatório de análise de impacto regulatório publicado por órgão da administração pública com competência normativa, notadamente para a identificação de: I - alternativas possíveis ao enfrentamento do problema, consideradas as opções de ação e não-ação, de soluções normativas

e não-normativas; II - possíveis impactos das alternativas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios; III - mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema; IV - efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação de ato normativo ou da adoção de determinada conduta ou procedimento; V - comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema.

Art. 46. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deverá observar: I - seus próprios precedentes, adotados ou não em enunciado de súmula ou em julgamento de processos repetitivos; II - precedentes obrigatórios do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 47. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deverá uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no seu Regimento Interno, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso editará enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso deve ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. § 3º A alteração de precedente, adotado ou não em enunciado de súmula ou em julgamento de processos repetitivos: I - será precedida, quando for o caso, de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese; II - observará a necessidade de fundamentação expressa e adequada; III – poderá ter ser efeitos modulados, em consideração aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. § 4º Não se considera adequadamente motivada a decisão que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, ou deixar de seguir precedente obrigatório, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 5º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso dará publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os na rede mundial de computadores.

CAPÍTULO X – DO JULGAMENTO DE PROCESSOS REPETITIVOS

Art. 48. Quando houver multiplicidade de processos em que se discute uma mesma questão de direito, o relator selecionará um ou alguns deles, que estejam sob sua relatoria e bem representem a controvérsia, para ser o caso-piloto. § 1º Na decisão de seleção do caso-piloto, o relator: I – identificará, com precisão: a) a questão a ser submetida a julgamento; b) as circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia em torno da questão; II – apresentará lista com os fundamentos normativos e os argumentos jurídicos, sobre a questão jurídica,

apresentados até então; III – determinará a suspensão do trâmite dos demais processos em que se discute a questão repetitiva; IV – caso a questão seja relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, comunicará ao ente público ou à agência reguladora competente para, querendo, participar do processo, prestando informações; V – organizará a instrução do incidente, podendo, inclusive, estabelecer calendário e designar audiência ou consulta pública. § 2º O caso-piloto será julgado pelo Pleno. § 3º O julgamento do caso-piloto: I - será precedido, quando for o caso, de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a solução da questão de direito repetitiva; II - observará a necessidade de fundamentação expressa e adequada. § 4º O caso-piloto e os processos repetitivos que estejam aptos a julgamento integrarão a pauta da mesma sessão. § 5º Ao julgar o caso-piloto, o Pleno fixará a tese jurídica, que será aplicada imediatamente a todos os processos repetitivos pendentes, e será precedente obrigatório para casos futuros semelhantes. § 6º São elementos essenciais do acórdão: I – o relatório, que conterà os nomes das partes e dos interessados, a identificação do caso piloto, com a suma das postulações, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – a identificação das circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia em torno da questão jurídica; III – a lista com todos os fundamentos normativos e argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica discutida; IV – a análise de todos os fundamentos normativos e argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida; V – os dispositivos normativos relacionados à questão discutida; VI – a enunciação da tese jurídica; VII – a fundamentação para a solução do caso; VIII – o dispositivo, em que o Tribunal resolverá o caso-piloto. § 7º Podem provocar a seleção do caso-piloto e o julgamento de processos repetitivos os legitimados previstos no art. 59. § 8º Aplicam-se, no que couber, as regras sobre formação, aplicação e superação dos precedentes obrigatórios e as relacionadas à gestão de casos repetitivos previstas no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. § 9º O Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso poderá complementar a regulamentação do disposto neste artigo.

CAPÍTULO XI – DOS RECURSOS

Art. 49. Contra as decisões do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, são cabíveis os seguintes recursos: I - recurso ordinário; II - agravo interno; III - embargos de declaração. Parágrafo único. A decisão pode ser impugnada no todo ou em parte.

Art. 50. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo previsão legal ou decisão em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por

decisão do relator em tutela provisória, se houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 51. Podem recorrer a parte, o interessado, o terceiro interessado e o Ministério Público de Contas.

Art. 52. O prazo para a interposição dos recursos é de 15 (quinze) dias, com exceção dos embargos de declaração.

Art. 53. Ao julgar o recurso, o Tribunal não pode piorar a situação do recorrente.

Art. 54. Cabe recurso ordinário contra acórdão do Pleno. § 1º O recurso ordinário visa à reforma ou à anulação da decisão recorrida. § 2º Aplica-se ao recurso ordinário, no que couber, o regramento da apelação previsto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 55. Cabe agravo interno contra qualquer decisão proferida pelo relator. § 1º O agravo interno será julgado pelo Pleno. § 2º O agravo interno visa à reforma ou à anulação da decisão agravada. § 3º Aplica-se ao agravo interno o regramento do agravo interno previsto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 56. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão proferida pelo Tribunal ou pelo relator. § 1º Os embargos de declaração serão opostos no prazo de 5 (cinco) dias. § 2º Os embargos de declaração suspendem os efeitos da decisão embargada. § 3º O cabimento e o processamento dos embargos de declaração observarão o regramento dos embargos de declaração previsto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

CAPÍTULO XII – DO PEDIDO DE RESCISÃO

Art. 57. A decisão de mérito transitada em julgado pode ser rescindida, se: I - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo judicial ou venha a ser demonstrada no processo de rescisão; II - após o trânsito em julgado, surgir prova nova, cuja existência era ignorada ou de que não se pôde fazer uso, capaz, por si só, de justificar a mudança da decisão. § 1º O pedido de rescisão pode ser formulado pela parte ou pelo interessado do processo originário, terceiro juridicamente interessado e o Ministério Público de Contas. § 2º O pedido de rescisão pode ser formulado até 2 (dois) anos após o trânsito em julgado da decisão. § 3º Aplica-se ao pedido de rescisão o regramento da ação rescisória previsto no Código de Processo Civil – Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.

CAPÍTULO XII – DO PEDIDO DE REVISÃO

Art. 58. A decisão pode ser revista, a requerimento da parte, do interessado ou do Ministério Público de Contas, quando: I – houver erro material, inclusive erro de cálculo; II – sobrevier ao trânsito em julgado: a) alteração do estado de fato ou de direito, em se tratando de situação jurídica de trato continuado; b) fato novo ou circunstância relevante que demonstrem a necessidade de revisão da sanção, quando for o caso. § 1º Nos casos dos incisos II e III, o pedido de revisão deve ser formulado no prazo de 2 (dois) anos contados da alteração ou do fato superveniente. § 2º A revisão da decisão não poderá agravar a sanção aplicada.

CAPÍTULO IV – DO PROCESSO DE CONSULTA

Art. 59. São legitimados a formular consulta: I – no âmbito estadual, o Governador, o Presidente do Tribunal de Justiça, o Presidente da Assembleia Legislativa, os Secretários de Estado, o Procurador Geral de Justiça, o Defensor Público Geral e os dirigentes máximos de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas e mantidas pelo Estado e conselhos constitucionais e legais; II – no âmbito municipal, o Prefeito, o Presidente da Câmara Municipal e os dirigentes máximos de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas e mantidas pelo Município, consórcios municipais e conselhos constitucionais e legais; III – conselhos ou órgãos fiscalizadores de categorias profissionais, observada a pertinência temática e o âmbito de representação profissional.

Art. 60. O legitimado poderá formular consulta, a fim de que o Tribunal se manifeste sobre questão jurídica que esteja na sua esfera de competências. Parágrafo único. As consultas poderão versar sobre a: I - interpretação da legislação, da decisão, do precedente ou da regulamentação a ser aplicada pelo Tribunal; II - licitude de atos, contratos, estratégias de gestão ou condutas de qualquer tipo, já iniciadas pela parte consulente; ou III - licitude de atos, contratos, estratégias de gestão ou condutas de qualquer tipo, já concebidas e planejadas, mas ainda não iniciadas pela parte consulente.

Art. 61. Além dos requisitos gerais de todo ato postulatório, o requerimento de consulta obrigatoriamente conterá a: I – indicação precisa de seu objeto, incluindo uma descrição completa de todos os fatos reputados relevantes; II – comprovação do legítimo interesse da parte; III – indicação de todos os dispositivos de lei e precedentes eventualmente relacionados ao seu objeto, bem como da questão específica que pretende ver respondida. Parágrafo único. Se a consulta puder interferir na esfera de direitos de outros sujeitos, o relator determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação dos interessados, assim considerados tanto os diretamente envolvidos, como pessoas, entidades e associações que, no âmbito das suas

finalidades institucionais, representem o setor ou demonstrem interesse de vários associados na questão objeto da consulta.

Art. 62. A consulta será indeferida, pelo relator, quando: I - envolver tema alheio às competências do Tribunal ou questão puramente hipotética, especulativa ou desvinculada de qualquer problema específico; II - houver sido formulada por terceiro não envolvido diretamente nos fatos narrados ou na conduta cuja valoração jurídica esteja sendo submetida à análise do Tribunal; III - exigir, para sua análise, consideração de fatos outros além daqueles descritos pelo consulente; IV - não permitir, a partir exclusivamente das informações fornecidas, uma resposta adequadamente informada da parte do Tribunal; V - já estiver sendo analisada em outros procedimentos de natureza sancionatória ou fiscalizatória no âmbito do Tribunal, caso em que deverão ser identificados na decisão de indeferimento.

Art. 63. Admitida a consulta pelo relator, fica suspenso, até a emissão da resposta, o processamento e a análise de quaisquer outros procedimentos instaurados posteriormente, no âmbito do Tribunal, que tenham como objeto a questão jurídica objeto da consulta e que envolvam o consulente e os demais interessados.

Art. 64. A resposta à consulta deverá circunscrever-se ao exame da questão provocada pelo consulente. Parágrafo único. A resposta à consulta vincula o Tribunal até ulterior revisão.

CAPÍTULO XV – DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

Art. 65. A pretensão punitiva, decorrente do exercício de controle externo pelo Tribunal de Contas de Mato Grosso, prescreve em 05 (cinco) anos, contados a partir da ciência da Administração Pública do fato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia da ciência pela Administração Pública da cessação do respectivo estado de permanência ou de continuação. § 1º Nos casos de processos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, o prazo prescricional previsto no caput terá início na data da chegada do processo ao Tribunal de Contas de Mato Grosso. § 2º Consuma-se a prescrição intercorrente nos processos fiscalizatórios e sancionatórios perante o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso que ficarem paralisados por mais de 03 (três) anos, pendentes de julgamento, despacho ou prática de ato de ofício; reconhecida a prescrição, os autos devem ser arquivados, sem prejuízo da possibilidade de apuração da responsabilidade funcional em razão de sua ocorrência, se for o caso. § 3º Não serão computados, para fins de aferição da ocorrência de prescrição intercorrente, os períodos de paralisação do processo decorrente de ato ou omissão imputável exclusivamente ao fiscalizado ou responsável. § 4º A prescrição pode ser reconhecida de ofício ou mediante provocação da parte, de interessado ou do Ministério Público de Contas.

Art. 66. São causas que interrompem a prescrição da pretensão: I - a instauração de procedimento investigatório preliminar tendente a verificar a sua ocorrência; II - a comunicação da instauração do processo ao fiscalizado ou ao responsável, inclusive por meio de edital III - a publicação de decisão condenatória recorrível; IV - a prática de ato inequívoco que constitua manifestação expressa de interesse em promover solução conciliatória no âmbito do Tribunal de Contas de Mato Grosso. Parágrafo único. A prescrição interrompida volta a fluir da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo em que ocorrida a causa interruptiva.

Art. 67. São causas que suspendem a prescrição da pretensão punitiva: I - o sobrestamento motivado do processo, por prazo determinado; e II - a assinatura do Termo de Ajustamento de Gestão, pelo prazo nele estabelecido. Parágrafo único. Cessada a causa suspensiva da prescrição, retoma-se a contagem do prazo do ponto em que tiver parado.

Art. 68. É de 05 (cinco) anos o prazo decadencial para a instauração do processo de tomada de Contas especial, contado: I - nos casos de omissão no dever de prestar Contas, do primeiro dia subsequente ao vencimento do prazo para regular apresentação da prestação de Contas; II - nos casos em que os elementos constantes das Contas apresentadas não permitirem a conclusão de que a aplicação dos recursos observou as normas pertinentes e/ou atingiu as finalidades previstas, da data-limite para análise da prestação de Contas; III - nos demais casos, da data do evento ilegítimo ou antieconômico, quando conhecida, ou da data da ciência do fato pela Administração Pública.

CAPÍTULO XVI – DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 69. Este Código entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação oficial.

Art. 70. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. Art. 71. Resolução do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso estabelecerá as regras para a transformação dos autos de papel em autos processuais eletrônicos.

Art. 72. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso poderá requerer ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso a celebração de atos de cooperação judiciária, inclusive interinstitucional, para a adoção de medidas destinadas a conferir maior efetividade à execução das suas decisões.

Art. 73. A utilização de inteligência artificial pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso observará sua compatibilidade com os direitos fundamentais, a legislação federal

e as boas práticas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça a respeito. Parágrafo único. São princípios para o uso responsável de inteligência artificial no Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso: I - centralidade no ser humano; II – não discriminação; III – transparência e aplicabilidade; IV – governança e qualidade; V – segurança; VI – controle do usuário; VII – responsabilização e prestação de Contas.

Art. 74. Os pressupostos e requisitos do termo de ajustamento de gestão celebrado com o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso serão definidos por lei complementar.

Art. 75. O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso instituirá laboratório de inovação, aberto à participação e à colaboração da sociedade para o desenvolvimento e a experimentação de conceitos, de ferramentas e de métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos, o tratamento de dados produzidos pelo poder público e a participação do cidadão no controle da administração pública, observado o disposto na Lei federal n. 14.129, de 29 de março de 2021. § 1º Para os fins deste Código, considera-se inovação a implementação de ideias que criam uma forma de atuação e geram valor para o Tribunal, seja por meio de novos produtos, serviços, processos de trabalho, ou uma maneira diferente e eficaz de solucionar problemas complexos encontrados no desenvolvimento das atividades que lhe são afetas. § 2º O Laboratório de Inovação do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso instituirá e manterá atualizado o Banco de Boas Práticas de Controle e Gestão Pública, destinado à compilação, à promoção e à divulgação, por meio eletrônico, de práticas que contribuam para o aprimoramento e/ou desenvolvimento de determinada tarefa, atividade ou procedimento no Tribunal ou para o aperfeiçoamento da gestão pública. § 3º O Tribunal promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da adequação e da efetividade das normas decorrente deste Código.

Art. 76. O § 2º do art. 1º, o art. 22, o título do Capítulo IX e o caput do art. 70 da Lei Complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007, passam a vigorar com a seguinte redação: “§ 2º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso poderá adotar as medidas provisórias de urgência nos termos da lei. (...) Art. 22 Para efeitos desta lei, consideram-se: I - recomendações, as medidas sugeridas pelo Tribunal para o aperfeiçoamento das práticas administrativas relativas às Contas públicas; II - determinações, as medidas impostas pelo Tribunal para fins de atendimento da Constituição, da Lei ou de outro ato normativo e regularização das Contas e das práticas administrativas. (...) “

CAPÍTULO IX SANÇÕES E TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA SEÇÃO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 70 O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em todo e qualquer processo de sua competência em que constatar irregularidades. poderá, observadas as normas fundamentais do processo, aplicar, cumulativamente: I - multa; II - restituição de valores e impedimento para obtenção de certidão liberatória; III - inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, quando se configurar crime ou ato de improbidade administrativa; IV - outras medidas provisórias de urgência que sirvam para assegurar a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo respectivo processo.

” Art. 77. Revogam-se: I - os artigos 6º, 14-18, 47-69 e 82-86 da Lei Complementar n. 269, de 22 de janeiro de 2007; II - a Lei n. 11.599, de 07 de dezembro de 2021.

JUSTIFICATIVA

FIM