

PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

FABIO CALDAS DE ARAÚJO
JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA
(Coordenação e organização)



PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

Fábio Caldas de Araújo
José Miguel Garcia Medina
(Coordenação e organização)

PROCESSO E CONSTITUIÇÃO



Belo Horizonte
2025

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jean Carlos Fernandes
André Cordeiro Leal	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jorge M. Lasmar
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Rodrigues de Freitas Junior	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clèmerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Edson Ricardo Saleme	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Eliane M. Octaviano Martins	Nelson Rosendal
Emerson Garcia	Renato Caram
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Florisbal de Souza Del'Olmo	Rodolfo Viana Pereira
Frederico Barbosa Gomes	Rodrigo Almeida Magalhães
Gilberto Bercovici	Rogério Filippetto de Oliveira
Gregório Assagra de Almeida	Rubens Beçak
Gustavo Corgosinho	Sergio André Rocha
Gustavo Silveira Siqueira	Sidney Guerra
Herta Rani Teles Santos	Vladimir Oliveira da Silveira
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Wagner Menezes
Janaína Rigo Santin	William Eduardo Freire

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2025.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Cumbuca Studio
Revisão: Responsabilidade do autor
Conversão para Ebook: Cumbuca Studio

340.1 Processo e constituição / [Coordenado e organizado por] Fábio Caldas de Araújo [e] José Miguel Garcia
P963 Medina. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2025.
2025 340 p.

ISBN: 978-65-5929-656-9
ISBN: 978-65-5929-657-6 (E-book)
Vários autores.

1. Direito constitucional. 2. Constitucionalidade – Controle – Brasil. 3. Assistência jurídica integral. 4. Assistência jurídica gratuita. 5. Acesso à justiça. 6. Justiça restaurativa. 7. Direito processual – Humanização. 8. Dano extrapatrimonial. 9. Processo civil constitucional. 10. Ação civil pública. 11. Coisa julgada – Limites. I. Araújo, Fábio Caldas de (Coord. e Org.). II. Medina, José Miguel Garcia (Coord. e Org.). III. Título.

CDDir – 340.1
CDD (20. ed.) – 340.07

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br
Belo Horizonte
2025

APRESENTAÇÃO

A obra coletiva *Processo e Constituição* é fruto do trabalho intelectual coordenado no âmbito do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Paranaense (UNIPAR), instituição que, há anos, se destaca pela sólida formação de pesquisadores no cenário nacional e internacional.

Esta obra reúne trabalhos de pesquisadores da casa e convidados, todos comprometidos com o pensamento jurídico contemporâneo e com o aprimoramento das práticas jurisdicionais.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo paradigma de compreensão do processo: deixou de ser visto apenas como instrumento técnico de aplicação da lei, para assumir o papel de garantia fundamental e espaço de concretização de direitos. O processo passou, assim, a ser compreendido como expressão da própria Constituição: não apenas como meio de atuação jurisdicional, mas como forma de realização da cidadania e efetivação da justiça. É sob essa perspectiva que esta obra se estrutura.

Dividida em seis partes, a coletânea percorre temas que dialogam entre si e revelam a complexidade do fenômeno processual no Estado Constitucional.

Na Parte I – Fundamentos Constitucionais do Processo, os textos inaugurais estabelecem o marco teórico da obra. José Henrique Mouta Araújo discute o controle de constitucionalidade no Brasil, enfatizando a necessidade de coerência entre os modelos difuso e concentrado. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro examina o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no CPC/2015, reafirmando a centralidade do acesso à jurisdição. Fernanda Tartuce trata da assistência jurídica integral e gratuita na Constituição Federal, ressaltando o alcance desse direito fundamental. E Janaina de Castro Medina e Angélica Ferreira Rosa analisam a interconexão entre acesso à justiça, justiça restaurativa, direitos humanos e humanização dos processos, aproximando a teoria do processo dos ideais éticos e humanísticos que inspiram a Constituição.

Na Parte II – Processo, Direitos Fundamentais e Efetividade, Hugo Leonardo Lippi Áreas aborda a busca pela efetividade da tutela jurisdicional executiva em harmonia com as garantias constitucionais, propondo equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica. Vitor Ottoboni Pavan discute o dano extrapatrimonial e a prova, trazendo à tona a dimensão probatória dos direitos fundamentais. Fernanda Rodrigues Endrissi e Isabela Franciane Bassani Mangolin examinam a ação civil pública como instrumento constitucional de defesa do consumidor-ecológico, destacando desafios na tutela do dano ambiental individual e coletivo.

A Parte III – Precedentes, Estabilidade e Limites da Coisa Julgada reúne reflexões sobre a força normativa das decisões judiciais. Lucas Augusto Gaioski Pagani, Delrya Daiane Silva Gaioski Pagani e Rennan Thamay analisam a coerência do sistema de precedentes e seus impactos na segurança jurídica. Luiz Dellore e Zulmar Duarte tratam dos limites da coisa julgada no sistema processual atual, oferecendo uma leitura crítica da mutabilidade da coisa julgada em face da supremacia constitucional. Isabela Franciane Bassani Mangolin e Mariana Barsaglia Pimentel, ao examinar o cabimento da *querela nullitatis insanabilis* para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, enfrentam uma das discussões mais delicadas da teoria processual contemporânea.

Na Parte IV – Instrumentos Processuais e Medidas Atípicas, Juliana Ducatti Scodro e Clara Carrocini Tamaoki examinam o mandado de segurança no contexto recursal, abordando o uso desse remédio constitucional como via de impugnação excepcional. Nida Saleh Hatoum discute os critérios de fixação e a natureza dos honorários advocatícios em incidentes de desconsideração da personalidade jurídica no Superior Tribunal de Justiça. Marcio Calil de Assumpção, por sua vez, analisa o marco legal de garantias e a busca e apreensão extrajudicial sob a ótica constitucional, evidenciando a tensão entre autonomia privada e controle jurisdicional.

A Parte V – Soluções Extrajudiciais e Negócios Jurídicos Processuais volta-se à racionalização e consensualização dos conflitos. Flávio Tartuce e Maurício Bunazar examinam como as soluções extrajudiciais de controvérsias no Código de Processo Civil de 2015 exploram os novos espaços de atuação fora do processo judicial. Ferdinando Scremin Neto e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira examinam a utilização de convenções processuais em matéria de alta sensibilidade social, que é o das relações familiares. Gabriela Buzzi e Gilson Bonato tratam do negócio jurídico processual como medida de humanização do processo civil.

Por fim, a Parte VI – Processos Administrativos, Tributários e Internacionais amplia o horizonte da análise para o direito público e o cenário global. Helton Kramer Lustoza e Kananda Gabriela Costacurti abordam o contencioso administrativo do IBS, examinando o papel da vinculação dos precedentes. Fa-

bio Alessandro Fressato Lessnau e Gabriela Meloni Neri da Fonseca apresentam estudo sobre problemas relacionados à chamada “revisão da vida toda”, discutindo a complexa relação entre precedentes constitucionais e segurança social. Por fim, Rafael Guimarães, Silvio Alexandre Fazolli e Marcos Noboru Hashimoto encerram o volume refletindo sobre o conteúdo das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e como o Brasil as recepciona, oferecendo valiosa contribuição sobre o diálogo entre jurisdições.

Reunindo estudos de professores, pesquisadores e profissionais do direito, esta coletânea reafirma o compromisso do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Paranaense com a produção científica voltada à efetividade da Constituição no âmbito do processo. O leitor encontrará, nas páginas que seguem, não apenas reflexões teóricas, mas também análises críticas e propositivas sobre a aplicação concreta das garantias constitucionais na jurisdição contemporânea.

Fábio Caldas de Araújo
José Miguel García Medina
Coordenação e Organização

SUMÁRIO

O Controle de Constitucionalidade no Brasil: da Competência Jurisdicional à Aproximação dos Sistemas.....	1
José Henrique Mouta Araújo	
O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional no CPC/2015: uma análise contemporânea	19
Leonardo Ferres da Silva Ribeiro	
Assistência jurídica integral e gratuita na Constituição Federal	45
Fernanda Tartuce	
Acesso à justiça: Justiça Restaurativa, Direitos Humanos e humanização dos processos	53
Janaina de Castro Marchi Medina	
Angélica Ferreira Rosa	
A Busca pela Efetividade da Tutela Jurisdicional Executiva em Harmonia com as Garantias Constitucionais: Considerações à Luz do Processo Civil Constitucional.....	69
Hugo Leonardo Lippi Areas	
Dano extrapatrimonial e prova: a presunção como forma de efetivação de um valor constitucional	83
Vitor Ottoboni Pavan	

A Ação Civil Pública como Instrumento Constitucional de Defesa do Consumidor-Ecológico: Desafios Processuais na Tutela do Dano Ambiental Individual e Coletivo	103
Fernanda Rodrigues Endrissi Isabela Franciane Bassani Mangolin	
Entre Motivos e Tese Firmada: Desafios à Estabilidade dos Precedentes no Brasil	123
Lucas Augusto Gaioski Pagani Delrya Daiane Silva Gaioski Pagani Rennan Thamay	
Limites da Coisa Julgada no Sistema Processual Atual: O CPC 2015 e os Temas 881 e 885 do STF	141
Luiz Dellore Zulmar Duarte	
O (não) Cabimento da “<i>Querela Nullitatis Insanabilis</i>” para a Desconstituição da “Coisa Julgada Inconstitucional”	155
Isabela Franciane Bassani Mangolin Mariana Barsaglia Pimentel	
O mandado de segurança no contexto recursal: uma análise jurídica	171
Juliana Ducatti Scodro Clara Carrocini Tamaoki	
Honorários Advocatícios em Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Superior Tribunal de Justiça: Possibilidade e Critérios para Fixação	179
Nida Saleh Hatoum	
O marco legal de garantias e a busca e apreensão extrajudicial. Análise sob a ótica constitucional	195
Marcio Calil de Assumpção	
As Soluções Extrajudiciais de Controvérsias no Código de Processo Civil de 2015 – Visão Geral e Algumas Aplicações da <i>Extrajudicialização</i> do Direito Privado	229
Flávio Tartuce Maurício Bunazar	

Negócios Jurídicos Processuais e Direito de Família	243
Ferdinando Scremin Neto	
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira	
A Humanização do Direito Processual Civil Brasileiro: o negócio jurídico processual.....	255
Gabriela Cristine Buzzi	
Gilson Bonato	
Contencioso Administrativo do IBS: Precedentes Vinculantes e Limites do Controle de Legalidade	265
Helton Kramer Lustoza	
Kananda Gabriela Costacurti	
Revisão da Vida Toda: Modulação dos Efeitos após o Julgamento das ADIS 2.110 e 2.111.....	287
Fabio Alessandro Fressato Lessnau	
Gabriela Meloni Neri da Fonseca	
NORMAS JURÍDICAS, METAINTERPRETAÇÃO E PRINCÍPIOS JURÍDICOS – QUAL O CONTEÚDO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E COMO O BRASIL AS RECEPCIONA.....	301
Rafael Guimarães	
Silvio Alexandre Fazolli	
Marcos Noboru Hashimoto	

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL À APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS¹

José Henrique Mouta Araújo²

I. INTRODUÇÃO

Tema dos mais importantes no direito constitucional diz respeito às formas de controle da Supremacia do Texto Constitucional em relação aos atos normativos editados pelo Poder Público.

O controle de constitucionalidade brasileiro é *híbrido*: concentrado ou difuso. No caso de apreciação por ação, a competência é absolutamente variável e dependerá do caso concreto: Supremo Tribunal Federal ou no próprio Tribunal de Justiça do respectivo Estado ou Distrito Federal.

O presente ensaio pretende enfrentar três aspectos ligados ao controle de constitucionalidade: *a) ações diretas de competência do STF; b) o papel dos Tribunais Estaduais na jurisdição constitucional; c) a aproximação dos controles difuso e concentrado nos casos de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral.*

Vamos aos argumentos.

¹ Texto revisto e atualizado. Publicado inicialmente com o título *O controle de constitucionalidade e a interpretação dos tribunais nacionais* (Constituição do Estado do Pará – texto e contexto. MATTAR JÚNIOR, César; NOBRE, Milton e BACELAR, Jefferson. Belém/Pa: Paka-Tatu, 2024, pp. 481-504.

² Doutor e mestre e em direito (UFPA), com estágio de pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Procurador do Estado do Pará, professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e da Faculdade Metropolitana de Manaus (FAMETRO), advogado. www.henriquemouta.com.br

II. O CONTROLE CONCENTRADO NO STF: A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E A DISCUSSÃO QUANTO À USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA

O ponto de partida deste trabalho diz respeito a análise do Órgão competente para a realização do controle concentrado de constitucionalidade.

Como já indicado, o sistema brasileiro de controle é híbrido (*concentrado – direito ou por ação – e difuso – via de exceção ou descentralizado*), sendo permitido a qualquer Órgão da Jurisdição Estatal a salvaguarda do Texto Maior³.

Ora, se no controle difuso, a competência é ampliada e pode ser feita por qualquer juiz ou tribunal, no concentrado dependendo da causa de pedir contida na ação, a competência é do Pretório Excelso ou do próprio Tribunal local.

Como bem salientado por Zeno Veloso:

“Na ação direta de inconstitucionalidade não se estará julgando uma relação jurídica específica, uma situação particularizada, mas a validade da norma, *in abstracto*. Portanto, tem por objeto a regra jurídica, em si mesma, sem considerar sua aplicação a um caso concreto”⁴

Outrossim, como será apontado neste ensaio, com a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, há uma tendência de aproximação dos sistemas, quanto aos efeitos e vinculação decorrentes da apreciação feita pelo STF.

Visando abordar a questão da competência para a apreciação da ação direta, importante partir da leitura dos arts. 102, I “a” (*lei ou ato normativo federal ou estadual X Constituição Federal*) c.c art. 125, §2º (*lei ou ato normativo estadual ou municipal X Constituição Estadual*) da CF/88⁵. Assim, é possível estabelecer quatro cri-

³ Como bem afirma Zeno Veloso: “a famosa Emenda Constitucional de 1926 conferiu, expressamente, a todos os tribunais, federais ou estaduais, competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis federais, aplicando-as, ou não, no caso concreto, aprimorando a redação das normas constitucionais sobre o assunto”. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 30.

⁴ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 67.

⁵ “O Supremo Tribunal Federal é competente para processar a julgar a ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja lei ou ato normativo federal ou estadual em que se pretende demonstrar a contrariedade à CF; a ação declaratória de constitucionalidade cujo objeto somente poderá ser lei ou ato normativo federal de constitucionalidade discutida e a arguição de descumprimento de preceito fundamental que poderá ter como objeto leis federais, estaduais e municipais, inclusive anteriores à atual ordem constitucional ofensivas a preceitos fundamentais da CF. Resta aos Tribunais de Justiça dos Estados a competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Nas primeiras, o objeto deverá ser lei ou ato normativo estadual ou municipal, em que se pretende demonstrar a contrariedade à Constituição estadual do respectivo Estado”. FROELICH, Charles Andrade; HAMMES, Elia Denise. *Manual do controle de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 124.

térios: a) *norma federal X Constituição Federal*; b) *norma estadual X Constituição Federal*; c) *norma estadual X Constituição estadual*; d) *norma estadual X Constituição estadual com mesmo dispositivo da Constituição Federal (normas de reprodução ou norma de imitação)*.

Nos dois primeiros casos, a ação de controle deve ser proposta no STF, enquanto que, no terceiro, no Tribunal de Justiça local. Já no último caso, a própria Corte Suprema passou por uma evolução interpretativa em relação à análise do órgão competente, como será tratado no item seguinte.

De toda sorte, a análise e controle das normas nacionais está diretamente ligada ao princípio da *Supremacia da Constituição*. José Afonso da Silva aponta que:

“O princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político’. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”⁶.

Também Alexandre de Moraes assevera que o controle de constitucionalidade está ligado à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à ideia de rigidez constitucional e a proteção dos direitos fundamentais⁷.

Já Elival da Silva Ramos aponta que:

“O que importa, entretanto, é deixar patenteado que a rigidez e a supremacia (formal) das normas constitucionais estão umbilicalmente ligadas, devendo-se entender a supremacia hierárquica, simultaneamente, como regra estrutural (do ordenamento) e como um princípio constitucional, inferido, enquanto tal, das normas agasalhadoras da rigidez e do controle de constitucionalidade”⁸.

Ainda no que respeita à supremacia constitucional, importante destacar as lições de Saul Tourinho Leal:

“A supremacia da Constituição se dá sob duas óticas. A primeira se refere à supremacia formal da Constituição, pela qual o processo de alteração constitucional é mais dificultoso do que o processo de alteração infraconstitucional, ou seja, é mais difícil aprovar uma emenda constitucional do que uma lei. A outra vertente da supremacia da Constituição se dá pelo aspecto material. Aqui, esta-

⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, 45.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 625.

⁸ *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 60.

mos tratando da adequação do conteúdo da norma questionada aos princípios e regras constantes na Constituição”⁹.

Como se pode observar, em decorrência a própria Supremacia da Constituição, há o efetivo controle e verificação de conformidade vertical das leis e atos normativos infraconstitucionais¹⁰. Assim, se de um lado a Supremacia da Constituição fundamenta as várias formas de controle das leis e atos normativos infraconstitucionais, inclusive nos casos de objetivação do Recurso Extraordinário e de fixação de precedentes obrigatórios, de outro, é necessário ao intérprete analisar qual o órgão competente para tal função constitucional.

Existem julgados da Corte Suprema sobre essa questão. Em caso de incompetência de lei local com usurpação de atribuição de outro ente federativo, o próprio STF é competente para a realização deste controle, tendo em vista que “*para que a unidade federada possa legislar sobre tal matéria, é necessária expressa autorização em lei complementar federal (par. único do mesmo artigo)*” (ADI n.1.991 MC – Rel. Min. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 25.6.1999).

É muito comum, no âmbito de ações de controle abstrato propostas diretamente no STF, a discussão relativa a divisão, autonomia e eventual usurpação de competência entre os entes federativos¹¹, como ocorreu, *vg*, nas ADIs Relatadas pela Min. Carmen Lúcia, n.ºs 5168/AL (J. em 30.06.2017), 4879/MS (J. em 30.06.2017) e 4707/SC (J. em 30.06.2017).

⁹ *Controle de constitucionalidade moderno*. 3ª edição, Niterói: Impetus, 2014, p. 61.

¹⁰ Em relação à supremacia da constituição, vale citar passagem do voto do Min. Celso Melo, na ADI 652/MA (J. 02.02.1992): “Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de **menor** grau de positividade jurídica guardem, **necessariamente**, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de sua ineficácia e de sua completa inaplicabilidade” (**grifo no original**).

¹¹ “O problema nuclear da repartição de competências na Federação reside na partilha da competência legislativa, pois é através dela que se expressa o poder político cerne da autonomia das unidades federativas. De fato, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas. Auto governar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras. (...) Está aí bem nítida a ideia que se quer transmitir: só haverá autonomia onde houver a faculdade legislativa desvinculada da ingerência de outro ente autônomo. Assim, guarda a subordinação apenas ao poder soberano – no caso o poder constituinte, manifestado através de sua obra, a Constituição -, cada centro de poder autônomo na Federação deverá necessariamente ser dotado da competência de criar o direito aplicável à respectiva órbita. E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão – não importa por qual das entidades federadas – do campo da competência legislativa de outra resultará sempre na inconstitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isso tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa, como no caso de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 97.

Aliás, vale citar a ementa do acórdão proferido na ADI 5332 (*também relatada pela Min. Carmen Lúcia e apreciada na sessão do dia 30/06/2017*), onde a discussão de inconstitucionalidade envolvia lei catarinense com usurpação de competência quanto à edição de normas de trânsito:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS.1º, INC. V, E 2º, § 1º, § 6º E § 7º, DA LEI CATARINENSE N. 13.721/2006.DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRÂNSITO: FABRICAÇÃO DE PLACAS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA. ARTS. 22, 115 E 221 DA LEI N. 9.503/1997 E RESOLUÇÃO N. 510/2014 DO CONTRAN: PARÂMETROS NACIONAIS A SEREM OBSERVADOS PELOS ÓRGÃOS E PELAS ENTIDADES EXECUTIVAS DE TRÂNSITO. INOBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, ART. 2º, DA LEI EM QUESTÃO, NO QUE RESPEITA AOS DEMAIS SERVIÇOS PREVISTOS, EXCEÇÃO FEITA À FABRICAÇÃO DE PLACAS VEICULARES. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 1º, INC. V, E 2º, § 6º E § 7º DA LEI CATARINENSE N. 13.721/2006”

Por outro lado, o STF já consagrou que o Tribunal Estadual não é competente para apreciar a inconstitucionalidade abstrata de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face de artigos da CF/88. Esta é a Ementa do acórdão do RE 421.256 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T, J, em 24.11.2016):

“CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. VALIDADE DA NORMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I – Os Tribunais de Justiça dos Estados, ao realizarem o controle abstrato de constitucionalidade, somente podem utilizar, como parâmetro, a Constituição do Estado. II – Em ação direta de inconstitucionalidade, aos Tribunais de Justiça, e até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, é defeso analisar leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. III – Os arts. 74, I, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo não constituem regra de repetição do art. 22 da Constituição Federal. Não há, portanto, que se admitir o controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Justiça local, com base nas referidas normas, sob a alegação de se constituírem normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal. IV – Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o acórdão, devendo outro ser proferido, se for o caso, limitando-se a aferir a constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual”

Portanto, dependendo do parâmetro de inconstitucionalidade discutido no caso concreto, a ação de controle pode ser apresentada no Tribunal Local ou diretamente no Supremo Tribunal Federal. O que se reputa de suma importância é a causa de pedir constante na ação de controle direto, para se concluir qual o órgão competente para análise e julgamento do feito.

Aliás, uma consequência natural desse controle híbrido de constitucionalidade, é a existência de mais de uma Ação Direta impugnando o mesmo dispositivo constitucional, nos Tribunais Estaduais e também no Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, deve-se enfrentar a seguinte pergunta: *há algum grau de prejudicialidade entre elas?*

Essa questão foi tratada na ADI 3659 (Rel. Min. Alexandre de Moraes – J. em 13.12.2018): *o resultado do julgamento da ADI local em relação à permanência de interesse na ADI do STF dependerá do objeto de discussão*. A prejudicialidade não é automática, como se poder observar na leitura da ementa:

CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO ESTADUAL. COEXISTÊNCIA DE PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA NO STF E EM CORTE ESTADUAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL, AFIRMANDO A INCONSTITUCIONALIDADE, POR OFENSA A NORMA DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO REPRODUZIDA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EFICÁCIA LIMITADA DA DECISÃO, QUE NÃO COMPROMETE O EXERCÍCIO DO CONTROLE DECONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEI ESTADUAL 2.778/2002 DO ESTADO DO AMAZONAS. LIMITAÇÃO DE ACESSO A CARGO ESTADUAL. RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. 1. Coexistindo ações diretas de inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo estadual, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça somente prejudicará a que está em curso perante o STF se for pela procedência e desde que a inconstitucionalidade seja por incompatibilidade com dispositivo constitucional estadual tipicamente estadual (= sem similar na Constituição Federal). 2. Havendo declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo estadual pelo Tribunal de Justiça com base em norma constitucional estadual que constitua reprodução (obrigatória ou não) de dispositivo da Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato tendo por parâmetro de confronto o dispositivo da Constituição Federal reproduzido. 3. São inconstitucionais os artigos 3º, § 1º, 5º, § 4º, e a expressão “e Graduação em Curso de Administração Pública mantido por Instituição Pública de Ensino Superior, credenciada no Estado de Amazonas”, inserida no caput do artigo 3º da Lei Ordinária 2.778/2002 do Estado do Amazonas, por ofensa ao princípio constitucional de igualdade no acesso a cargos públicos (art. 37, II), além de criar ilegítimas distinções entre brasileiros, o que é vedado pela Constituição Federal (art. 19, III). 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”.

Portanto, em razão da supremacia da Constituição, existem variáveis importantes acerca para apreciação da Ação de Controle e, em última análise, é possível a coexistência duas ADIs simultâneas – uma no âmbito local e outra no Supremo Tribunal Federal. Contudo, em caso de procedência da primeira, nem sempre irá ocorrer a prejudicialidade da segunda.

Acerca da concorrência da Jurisdição Constitucional Estadual e Federal, Gilmar Ferreira Mendes assevera que:

“A coexistência de jurisdições constitucionais federal e estadual enseja dúplice proteção judicial, independentemente da coincidência ou divergência das disposições contidas na Carta Magna e na Constituição estadual. A ampla autonomia de que gozam os Estados-Membros em alguns modelos federativos milita em favor da concorrência de jurisdições constitucionais”¹².

De outro prisma, após a distribuição da Ação de Controle, normalmente três caminhos são traçados: *concessão da medida liminar; indeferimento ou não apreciação da tutela provisória, aplicação do procedimento abreviado*.

Visando a concessão da medida liminar, há a necessidade de demonstração dos requisitos gerais da tutela provisória, consoante art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999 c.c art. 21, V, do Regimento Interno da Corte Constitucional¹³.

Outrossim, o art. 12, da Lei 9.868/1999 consagra, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, a possibilidade de o Relator submeter o processo diretamente ao Plenário, que tem a faculdade de julgar definitivamente o objeto da demanda¹⁴. Em resumo, o procedimento abreviado permite que o próprio Órgão Colegiado aprecie a medida liminar ou, como muitas vezes ocorre na prática, analise logo o mérito da ação concreta.

Antes de encerrar este item, é importante apresentar *duas observações*: em processo de controle de constitucionalidade objetivo, não há prazo em dobro para recurso da Fazenda Pública¹⁵, sendo inaplicável o art. 183, do

¹² *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 69.

¹³ Apesar de, tradicionalmente, denominar-se de medida cautelar, em verdade essa tutela provisória tem, em regra, natureza de tutela antecipada (arts. 294 e seguintes do CPC). No mesmo sentido, aponta Sylvio Motta: “o ordenamento constitucional manteve a denominação de ‘medida cautelar’ para essa providência que hoje, seguindo-se o pensamento dominante na doutrina processual pátria, seria tipicamente de antecipação”. *Controle de Constitucionalidade – uma abordagem teórica e jurisprudencial*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 101.

¹⁴ Como ocorreu, v.g., nas ADIs 6168/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski); 6153 / RJ (Rel. Min. Ricardo Lewandowski) e ADI 5842 MC / RN (Rel. Min. Celso de Mello).

¹⁵ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTEMPESTIVO. NULIDADE DA INTIMAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. PROCESSO DO CONTROLE

CPC/15¹⁶. Ademais, não se admite desistência na ação de controle objetivo de constitucionalidade (art. 5º, da Lei 9868/99) e, nos casos de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, este requerimento não impede o julgamento do tema (art. 998, parágrafo único, do CPC/15).

III. AS CORTES ESTADUAIS NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Após as múltiplas variáveis acerca da competência do STF no controle de constitucionalidade, cumpre enfrentar o papel das Cortes Estaduais no exercício da Supremacia da Constituição.

Como já se observou neste texto, o parâmetro da atuação dos Tribunais Estaduais no que respeita ao controle de constitucionalidade deve ser analisado com parcimônia, evitando-se usurpação de competência da Suprema Corte. Como exemplo, cito o caso específico do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, onde sua atuação encontra assento no art. 125, §2º, da CF/88 c.c art. 161, I, “I” e 162, da Constituição Estadual de 1989.

Estes são os dispositivos da Constituição do Estado do Pará que tratam do tema:

“art. 161. Além das outras atribuições previstas nesta Constituição, compete ao Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar , originariamente:

(...)

I- a ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face desta Constituição, e o pedido de medida cautelar nessa ação; Art.162 . Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade de que trata o art.161, I, I: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 60 de 11/06/2014)

I – o Governador do Estado;

II – a Mesa da Assembleia Legislativa;

III – o Procurador-Geral de Justiça;

ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. FAZENDA PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER. INAPLICABILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O agravo regimental traz alegações que constituem inadmissível inovação recursal, por não terem sido suscitadas oportunamente no agravo em recurso extraordinário. II – É simples a contagem do prazo recursal para a Fazenda Pública recorrer em processo objetivo, mesmo que seja para interposição de recurso extraordinário em processo de fiscalização normativa abstrata, não se aplicando o prazo em dobro. Precedentes. III – Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 1191269 AgR / SP – SÃO PAULO – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – 2ª T – J em 31.05.2019 DJe de 10.06.2019).

¹⁶ No assunto, aponta Saul Tourinho Leal: “quanto ao prazo dos embargos, é importante lembrar que não há prazo recursal em dobro no processo de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a parte recorrente disponha dessa prerrogativa especial nos processos de índole subjetiva”. *Controle de constitucionalidade moderno*. pp. 377 e 378.

IV – o Procurador-Geral da Defensoria Pública;

V – o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – partido político com representação na Assembleia Legislativa;

VII – confederação sindical, federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual;

VIII – o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o Promotor Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal.

§ 1º. Exceto quando for o autor, o Procurador-Geral de Justiça deverá ser previamente ouvido na ação de inconstitucionalidade tratada neste artigo.

§ 2º. Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal para suspensão da execução da lei ou do ato impugnado.

§ 3º. Sendo reconhecida a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 4º. Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo estadual, citará, previamente, o Procurador-Geral do Estado e o Procurador-Geral da Assembléia Legislativa, que, num prazo comum, defenderão o ato ou texto impugnado, ou, em se tratando de norma legal ou ato normativo Municipal, o Prefeito Municipal, para a mesma finalidade.

§ 5º. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Como se pode observar, o procedimento da ação de controle estadual é semelhante ao previsto na ação de Competência do STF, com as adaptações ligadas a legitimidade ativa a diversos órgãos estaduais¹⁷, a intervenção do MP estadual, da Procuradoria-Geral do Estado, da Procuradoria da Assembleia Legislativa, etc.

Aliás, o STF tem precedentes no sentido de que o Constituinte Estadual não é vinculado ao rol de legitimados previstos na Constituição Federal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL – LEGITIMIDADE ATIVA – SIMETRIA – INEXIGIBILIDADE. Os Estados-membros têm autonomia para definir, nas respectivas constituições, os legitimados para a propositura de ação direta perante o Tribunal de Justiça local, vedada a atribuição de agir a um único órgão. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio a alcançar-se o exame de controvérsia equacionada sob o ângulo estritamente

¹⁷ Vale a leitura do que foi decidido, acerca da legitimidade, pelo STF no RE 955746 AgR-ED / SP (Rel. Min. Ricardo Lewandowski – J. em 27.11.2018 – 2ª T).

legal”.(ARE-AgR 727.505, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 17.6.2015).

Em passagem de seu voto no ARE 940936 AGR / SC (j. em 29.06.2018 – 1ª T), o Min. Gilmar Mendes deixa claro que:

“Quanto à impossibilidade de conferir-se legitimidade a órgão não constante do rol taxativo da Constituição Federal de 1988, reproduzido pela Constituição Estadual de Santa Catarina, observo que tal alegação não merece guarida, uma vez que a jurisprudência desta Corte se orientou no sentido de que o preceito que consagra o rol de legitimados do artigo 103 da Constituição Federal não é de observância obrigatória pelas constituições estaduais”

Logo, não há exigência de absoluta equivalência entre os legitimados do art. 103, da CF/88 e os que podem promover a demanda no âmbito dos Tribunais Estaduais.

Em relação à legitimidade ativa e ao processo objetivo de constitucionalidade, observam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes:

“A outorga do direito de propositura a diferentes órgãos estatais e a organizações sociais diversas ressalta o *caráter objetivo* do processo objetivo do controle abstrato de normas, uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público. Já sob a vigência da Constituição de 1988, teve o Tribunal oportunidade de reiterar essa orientação¹⁸, reconhecendo que, no controle abstrato de normas, tem-se *processo objetivo*, que não conhece partes, destinado, fundamentalmente, à defesa da Constituição”¹⁹

Como já mencionado anteriormente, existem as normas estaduais de reprodução (obrigatórias) e as de imitação (facultativa)²⁰, estando ambas sujeitas ao controle de Constitucionalidade. No julgamento da RCL 383 (Rel. Min. Moreira Alves – J. em 11.06.1992) houve revisão de entendimento então dissonante²¹, definindo-se a competência para a ação de controle pela causa de pedir, com a ressalva de que o Tribunal não está vinculado à causa de pedir trazida pela parte, “*podendo declarar a inconstitucionalidade com fundamento diverso daquele apontado pelo autor*”²².

¹⁸ Os autores indicam a ADI 79, Rel. Min. Celso Mello, DJ, 12.set. 1989.

¹⁹ *Controle concentrado de constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3ª edição, São Paulo : Saraiva, 2009, pp. 154-155.

²⁰ No tema, por todos, LEONCY, Leo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25 e seguintes.

²¹ Acerca dessa divergência de entendimento, vale a leitura dos votos que foram proferidos na RCL 370 (Rel. Min. Octávio Gallotti).

²² FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo : Método, 2005, 51.

Portanto, a competência é mensurada pela *causa de pedir* do caso concreto e, nesse fulgor, há *autonomia* nos órgãos competentes para controlar a constitucionalidade da norma, tendo em vista que todos podem aferir a Supremacia da Constituição. Léo Leoncy Ferreira observa que²³:

“Com o entendimento firmado na RCL 383, ficou assente que os parâmetros de controle federal e estadual guardam autonomia entre si, para fins de definir o Tribunal competente para se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo local. Desse modo, se a ilegitimidade da norma é argüida em face do parâmetro federal, de questão constitucional federal se trata, e o Supremo Tribunal Federal é competente para resolver a questão em sede de controle abstrato; por outro lado, se a ilegitimidade da norma é suscitada em face do parâmetro estadual, de questão constitucional estadual se trata, e o Tribunal de Justiça é que será competente para se pronunciar acerca da questão em sede de controle abstrato de normas”.

Logo, a competência irá depender do *padrão de inconstitucionalidade* apontado na exordial, inclusive podendo existir ações com competências distintas (no TJJE e STF), pouco importando, para a conclusão quanto a correta atuação jurisdicional, se o tribunal local “tiver que declarar a (i)legitimidade de norma perante dispositivos constitucionais estaduais que são mera reprodução de normas constitucionais federais de observância obrigatória para os Estados”²⁴.

Ainda no que respeita a competência do Tribunal de Justiça Estadual, vale mencionar a questão ligada a existência de usurpação de atribuições quando o texto da Constituição estadual é reprodução do contido no texto federal. Na ADI-QO nº 1.529/MT, Rel. Min. Octávio Gallotti (DJ 28.2.1997), o STF entendeu que:

“É competente o Tribunal de Justiça (e não o Supremo Tribunal), para processar e julgar ação direta contra lei estadual contrastada com a norma da Constituição local, mesmo quando venha esta a consubstanciar mera reprodução de regra da Carta Federal, cabendo, em tese, recurso extraordinário de decisão que vier a ser proferida sobre a questão.”

No mesmo sentido foi o julgamento da RCL 588/RJ:

“COMPETÊNCIA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – BALIZAS – NORMA LOCAL – CARTA DO ESTADO. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade em que impugnada norma local contestada em face de Carta Estadual é do Tribunal de Justiça respectivo, ainda que o preceito atacado revele-se como pura repetição de dispositivos da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados. Precedentes:

²³ Controle de constitucionalidade estadual. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 124-125.

²⁴ LEONCY, Léo. Controle de constitucionalidade estadual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 125.

reclamação nº 383-3/SP, relatada pelo Ministro Moreira Alves, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 21 de maio de 1993, página 9.765 e recurso extraordinário nº 117.865-2/SP, por mim relatado perante a Segunda Turma, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 22 de setembro de 1995” (Rel. Min. Marco Aurélio. J em 05.02.1997).

Em sede doutrinária, vale citar novamente o entendimento de Leo Ferreira Leoncy²⁵:

“O que define a competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade é a causa de pedir lançada na inicial, sendo irrelevante se o Tribunal de Justiça tiver que apreciar a legitimidade da norma impugnada em face de dispositivos constitucionais estaduais que são mera reprodução de normas constitucionais federais de observância obrigatória para os Estados”.

É possível afirmar, portanto, que tanto nos casos de normas de reprodução, como nos casos de normas de imitação, a competência é dos Tribunais Locais, desde que a *causa de pedir indique a violação ao texto estadual*, cabendo, no primeiro caso, eventual interposição de Recurso Extraordinário, nos termos do art. 102, III, da CF/88.

IV. A REPERCUSSÃO GERAL E A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Além dos casos de controle concentrado, é necessário tratar da aplicabilidade *erga omnes* e *vinculante*, oriunda do julgamento dos Recursos Extraordinários com Repercussão Geral (RG). Uma premissa precisa ser apresentada: em geral, a RG provoca uma aproximação entre os sistemas de controle difuso e concentrado.

Com efeito, os recursos excepcionais (RE e REsp, bem como o RR trabalhista), por força da cognição restrita (recursos de estrito direito) caracterizaram-se pela presença de requisitos de admissibilidade diferenciados, normalmente ligado às preliminares recursais²⁶. Estes requisitos, em regra, têm apreciação *bifásica*, primeiramente pelo tribunal local (art. 1.030, do CPC) e, em seguida, pelo Tribunal Superior, em dois momentos (pelo Relator e pelo Colegiado).

Contudo, quando o assunto é a RG, esta afirmação deve ser revisitada, bem como deve ser reinterpretado o poder do Relator previsto no art. 932, do CPC.

²⁵ *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 170.

²⁶ “O juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito. É formado de questões prévias. Estas questões são aquelas que devem ser examinadas necessariamente antes do mérito do recurso, pois que lhe são antecedentes”. NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª edição. São Paulo : RT, 2004, p. 252.

A legislação processual de 2015 procurou ratificar e melhor tratar desse filtro de acesso de competência (pelo menos no recurso paradigma) exclusiva do STF, cuja decisão trará vinculação vertical e mesmo horizontal. Apesar de ser feita análise *em caso concreto*, a *transcendência* e a *eficácia* da decisão atingirão, como consequência *pan-processual*, as causas constitucionais posteriores, espalhando-se a interpretação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Trata-se de requisito de admissibilidade diferenciado, ligado à transcendência da matéria, cuja apreciação não pode ocorrer, pelo menos no primeiro recurso (na primeira análise da *questão constitucional*), no Tribunal Local e nem pelo Relator do STF²⁷.

Portanto, este requisito diferenciado procura diminuir o número de RE no âmbito daquela Corte e, em consequência, provocar maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.

Pela análise sistemática do art. 1.035, do CPC, é possível afirmar que a repercussão geral é *requisito de admissibilidade prévio aos demais requisitos de admissibilidade recursal*²⁸. Haverá, portanto, dois momentos de admissibilidade: o *prévio invertido* (ligado a transcendência)²⁹, a ser feito pelo Colegiado e, com a decretação positiva, o *segundo*, feito para análise monocrática do Relator.

Bem a propósito, vale aduzir que a análise da transcendência da matéria constitucional está ligada ao papel das decisões oriundas do STF e a própria objetivação de seus julgamentos, como instrumentos voltados a diminuição do

²⁷ É interessante observar a utilização, pelo art. 102, §3º, da CF/88, da palavra Tribunal, com T maiúsculo, demonstrando que está se referindo ao Tribunal Excelso. Logo, a condição de admissibilidade envolvendo a repercussão geral é exclusiva do colegiado máximo do STF. No mesmo sentido, entendem Elvio Ferreira Sartório e Flávio Cheim Jorge que: “houve por bem o legislador em dizer que o Tribunal (com letra maiúscula) competente só pode recusar a causa por ausência da *repercussão geral* por meio a manifestação de dois terços de seus membros. A letra maiúscula de Tribunal sugere que o Tribunal competente é o STF, uma vez que na sistemática da Constituição Federal de 1988 a palavra tribunal (com letra minúscula), em regra, é utilizada para designar os tribunais em geral (ou os ordinários) e, em letra maiúscula, para designar os tribunais superiores”. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 186.

²⁸ Arruda Alvim, quanto ao assunto, assevera que “É ato prévio extrínseco à possibilidade mesma da admissão *jurisdicional* do recurso extraordinário, mas essencial, que se coloca como *conditio sine qua non*, para se poder vir a admitir, propriamente, ou para proferir a decisão de admissibilidade do recurso extraordinário”. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

²⁹ Com possibilidade de derrubar a presunção existente em favor do recorrente, cuja decisão terá eficácia vertical.

tempo de duração dos processos e a ampliação do caráter vinculante de suas interpretações constitucionais.

De outra banda, a RG também é utilizada como estímulo ao cumprimento de Súmula e Jurisprudência Dominante da Corte Suprema. Esses instrumentos de vinculação vertical e de eficácia *erga omnes* atuam em claro *processo de auto-estimulação*: quando a decisão recorrida por Recurso Extraordinário desatender Súmula ou Jurisprudência Dominante, necessariamente há RG (art. 1.035, §3º, I, do CPC).

Não se deve esquecer que está ocorrendo verdadeira reengenharia do papel constitucional do STF, eis que sua interpretação constitucional deve ser atendida pelos demais Órgãos do Poder Judiciário, bem como sua atuação em matéria recursal excepcional é, em regra, restrita às causas com Repercussão Geral, incluídas aquelas que desatendem Súmula (vinculante ou não) e jurisprudência dominante³⁰.

Nesse sentido, é possível falar em *ampliação dos poderes para as causas repetitivas* cuja questão constitucional já tenha sido apreciada no recurso paradigma.

É interessante observar que a sistemática de apreciação da inexistência de RG é colegiada tão-somente para o recurso paradigma. Há *eficácia vinculante* à negativa de repercussão para os recursos posteriores com a mesma *questão constitucional*.

Trata-se, vale repisar, de eficácia pan-processual à rejeição da repercussão geral, demonstrando que o controle realizado em determinado caso concreto terá eficácia vinculante³¹.

No *site* do STF já há ícone indicando quais matérias já apreciadas possuem (e quais não possuem) repercussão geral, inclusive com indicação do recurso em que o requisito foi discutido, para ciência de toda coletividade e aplicação pelos demais Órgãos do Poder Judiciário³².

³⁰ A implementação da súmula vinculante, apesar do aspecto positivo, provoca alguns questionamentos importantes, ligados ao poder de criação dos demais magistrados e o risco de *engessamento do precedente*. Sobre o assunto, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Reflexões envolvendo a implantação da súmula vinculante decorrente da Emenda Constitucional n. 45*. Revista Dialética de Direito Processual n. 26, São Paulo : Dialética, 2005, pp. 64-73.

³¹ “O não-reconhecimento da repercussão geral de determinada questão tem efeito pan-processual, no sentido de que se espalha para além do processo em que fora acerada a existência de relevância e transcendência da controvérsia levada ao Supremo Tribunal Federal. O efeito pragmático oriundo desse não-reconhecimento está em que outros recursos fundados em idêntica matéria não serão conhecidos liminarmente, estando o Supremo Tribunal Federal autorizado a negar-lhes seguimento de plano (art. 543-A, §5.º, do CPC). Há evidente vinculação horizontal na espécie”. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

³² Para verificação dos assuntos que possuem ou não repercussão geral, ver <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em 17.09.2025.

A possibilidade de ampliação da decisão do RE para casos similares pode ser indicada como claro instrumento de *objetivação do recurso extraordinário*, tendo em vista que o recurso tende a controlar a ordem constitucional objetiva e não somente o caso concreto que está em julgamento³³. Portanto, nessa reengenharia, está sendo remodelado o papel do Recurso Extraordinário como instrumento de controle da ordem constitucional objetiva³⁴.

Este raciocínio também se aplica às hipóteses de recursos extraordinários em que a repercussão geral é analisada por amostragem, considerando a extensão e vinculação da interpretação constitucional aos casos de massa. Há, de um lado, a possibilidade de Repercussão Geral por amostragem e, de outro, o permissivo de readaptação do julgado local para atendimento aos preceitos do Pretório Excelso.

Com as modificações em relação aos objetivos do Recurso Extraordinário, não há grandes diferenças entre o caráter vinculante das decisões em controle concentrado e difuso de constitucionalidade, desde que apreciados pela Corte Constitucional.

Em derradeira análise: as decisões em Recurso Extraordinário também tendem a ter caráter vinculante, quer pela análise da RG quer pelo julgamento do mérito recursal. Há, portanto, uma clara aproximação entre o controle de constitucionalidade concentrado e o difuso, nos aspectos ligados aos efeitos, à aplicabilidade prática, à modulação, intervenção de *amicus curiae*, cabimento de ação rescisória ou de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, §§12 a 15 c.c art. 535, §§5º a 8º do CPC)³⁵, etc.

Como conclusão, o controle de constitucionalidade subjetivo (*caso concreto*) pode se *transformar* em objetivo (*objetivação do controle difuso*), em caso de julgamento de Recurso Extraordinário com RG, com clara aproximação do controle advindo das ações de constitucionalidade.

³³ Sobre a *objetivação* ver, STF, o RE 388.830-7/RJ e a MC no RE nº 376.852/SC.

³⁴ No julgamento do RE-AgR 475812 / SP (Rel. Min. Eros Grau, j. em 13.06.2006 – 2ª T – DJ de 04.08.2006, pp. 00073), o STF bem demonstrou o “novo” papel do STF. Esta é a ementa da decisão: “Agravamento regimental no Recurso Extraordinário. Contribuição social. Alteração. Base de cálculo. Lei n. 9.718/98. Violação do artigo 239 da Constituição do Brasil. O Supremo Tribunal Federal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Precedentes. Agravamento regimental a que se nega provimento”.

³⁵ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Rescisória e impugnação nos casos de títulos executivos inconstitucionais: a modulação no controle difuso de constitucionalidade*. Revista de Processo v. 288, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2019, pp. 211-234.

IV. CONCLUSÕES

Em face do exposto, é possível concluir que:

- O sistema brasileiro de controle é híbrido (*concentrado – direito ou por ação – e difuso – via de exceção ou descentralizado*), sendo permitido a qualquer órgão da jurisdição nacional a salvaguarda do texto maior;

- É possível estabelecer quatro critérios para controle de constitucionalidade: a) *norma federal X Constituição Federal*; b) *norma estadual X Constituição Federal*; c) *norma estadual X Constituição estadual*; d) *norma estadual X Constituição estadual com mesmo dispositivo da Constituição Federal (normas de reprodução ou norma de imitação)*;

- Se de um lado a Supremacia da Constituição fundamenta as várias formas de controle das leis e atos normativos infraconstitucionais, inclusive nos casos de objetivação do Recurso Extraordinário e de fixação de teses jurídicas obrigatórias, de outro, é necessário ao intérprete analisar qual o órgão competente para tal função constitucional;

- É muito comum, no âmbito de ações de controle abstrato propostas diretamente no STF, a discussão relativa à divisão, a autonomia e a usurpação de competência entre os entes federativos;

- O STF já consagrou que o Tribunal Estadual não é competente para apreciar a inconstitucionalidade abstrata de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face de artigos da CF/88;

- Após a distribuição da Ação de Controle, normalmente três caminhos são traçados: *concessão da medida liminar*; *indeferimento do pleito*, *aplicação do procedimento abreviado*;

- Em processo de controle de constitucionalidade objetivo, não há prazo em dobro para recurso da Fazenda Pública, sendo inaplicável o art. 183, do CPC/15. Não se admite desistência na ação de controle objetivo de constitucionalidade e, nos casos de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, o requerimento não impede o julgamento do tema (art. 998, parágrafo único, do CPC/15);

- O parâmetro da atuação dos TJEs no que respeita ao controle de constitucionalidade deve ser analisado com parcimônia, evitando-se usurpação de competência da Suprema Corte;

- O procedimento da ação de controle estadual é semelhante aquele previsto na ação de Competência do STF, com as adaptações ligadas a legitimidade ativa a diversos órgãos estaduais;

- A competência é analisada pela causa de pedir do caso concreto e, nesse fulgor, há autonomia nos órgãos competentes para controlar a constitucionalidade da norma, tendo em vista que todos podem aferir a Supremacia da Constituição;

- No caso da Repercussão Geral, apesar de ser feita análise *em caso concreto*, a *transcendência* e a *eficácia* da decisão atingirão, como consequência *pan-processual*, as causas constitucionais posteriores, espraiando-se a interpretação aos demais órgãos do Poder Judiciário;

- Pela análise sistemática do art. 1.035, do CPC, é possível afirmar que a repercussão geral é *requisito de admissibilidade prévio aos demais requisitos de admissibilidade recursal*;

- A análise da transcendência da matéria constitucional está ligada ao novo papel das decisões oriundas do STF e a própria objetivação de seus julgamentos, como instrumentos voltados a diminuição do tempo de duração dos processos e a ampliação do caráter vinculante de suas interpretações constitucionais;

- As decisões em recurso extraordinário também tendem a ter caráter vinculante, quer pela análise da RG quer pelo julgamento do mérito recursal. Há, portanto, uma clara aproximação entre o controle de constitucionalidade concentrado e o difuso, nos aspectos ligados aos efeitos, à aplicabilidade prática, à modulação, ao cabimento de ação rescisória e impugnação ao cumprimento de sentença, a intervenção de *amicus curiae*, etc.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALVIM, Arruda. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Rescisória e impugnação nos casos de títulos executivos inconstitucionais: a modulação no controle difuso de constitucionalidade*. Revista de Processo v. 288, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2019, pp. 211-234.

_____. *Reflexões envolvendo a implantação da súmula vinculante decorrente da Emenda Constitucional n. 45*. Revista Dialética de Direito Processual n. 26, São Paulo : Dialética, 2005.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo : Método, 2005.

FROELICH, Charles Andrade; HAMMES, Elia Denise. *Manual do controle de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

JORGE, Flávio Cheim e SARTÓRIO, Élvio Ferreira. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Aruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005

LEAL, Saul Tourinho. *Controle de constitucionalidade moderno*. 3ª edição, Niterói: Impetus, 2014.

LEONCY, Leo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo : Saraiva, 2004.

_____. e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3ª edição, São Paulo : Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2006

MOTTA, Sylvio. *Controle de Constitucionalidade – uma abordagem teórica e jurisprudencial*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª edição. São Paulo : RT, 2004

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1994

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

VELOSO, Zeno. . *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

_____. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL NO CPC/2015: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA³⁶

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro³⁷

1. O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL

Cada país tem seu modelo processual-constitucional, construído em conformidade com as opções ideológicas dominantes que estão insculpidas nos princípios fundamentais do seu ordenamento constitucional. Não há nenhuma novidade nessa afirmativa, mas o que interessa notar é que, em tempos atuais, há um forte movimento, na doutrina, pela conformação da lei à Constituição ou, noutras palavras, por uma interpretação da lei *conforme* os mandamentos constitucionais. Pode-se dizer, nesse sentido, que a lei perdeu o seu posto de supremacia e está subordinada à Constituição.

Houve, portanto, uma clara inversão de papéis, de forma que, hodiernamente, a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucio-

³⁶ Este texto é uma releitura atualizada à luz do CPC/2015, com modificações, supressões e complementos, do capítulo intitulado “Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, de minha autoria, originalmente publicado no livro *Princípios processuais civis na Constituição Federal*, organizado por Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 47-77. Justamente por isso, muitas das referências originais, mesmo mais antigas, foram preservadas.

³⁷ Doutor e Mestre em direito processual civil pela PUC-SP. Especialista, com curso de pós-graduação “*latu sensu*”, em Direito Processual Civil e em Direito dos Contratos pelo CEU/IICS. Professor do curso de Pós Graduação “*latu sensu*” em direito processual civil do COGEAE – PUC/SP. Professor convidado em diversos cursos de pós graduação “*latu sensu*”. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO e Membro Honorário do Instituto Paranaense de Direito Processual. Advogado em São Paulo.

nais de justiça e dos direitos fundamentais. É nesse panorama que se insere a chamada “constitucionalização do processo”.

Embora o assunto em questão esteja há algum tempo merecendo atenção detida de inúmeros processualistas, não se trata, propriamente, de um fenômeno recente.

Com efeito, colhe-se da doutrina de Joan Picó I Junoy a notícia de que a partir da primeira metade do século XX, em países da Europa que tiveram regimes totalitários, houve a preocupação em constitucionalizar, sob um sistema “reforçado” de reforma, garantias mínimas do processo para impedir violações por parte de legisladores futuros.³⁸ É fato, porém, que presentemente o tema voltou ser objeto de intenso estudo e tem ocupado muito espaço na doutrina nacional e estrangeira³⁹.

Mas, afinal, o que é o modelo constitucional do processo? Pode-se dizer, de forma simplista (mas não menos correta) que se trata de uma leitura das normas do processo civil de acordo com direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Não é de hoje que, numa visão neoprocessualista, a lei perdeu o seu posto de supremacia e está subordinada à Constituição.

Nos dizeres de João Batista Lopes trata-se de um método de estudo que “tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal, mas não se pode ignorar, à evidência, os princípios e regras do direito processual civil. Não se trata, pois, de esvaziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica.”⁴⁰

Não se pode deixar de dar ouvidos à prudente advertência do mesmo professor, João Batista Lopes, que, apoiado em Dworkin, Alexy, Canaris e Tércio Sampaio Ferraz, nos informa quanto aos riscos de supervalorização dos princípios constitucionais do processo, lembrando que os princípios, posto que sejam normas fundantes, não são absolutos, devendo ser avaliados à luz do princípio da proporcionalidade.⁴¹

Com base nessa “leitura” do ordenamento constitucional-processual, tem havido uma revisitação dos princípios e institutos do processo civil. Sem a pretensão de estender-se nesse tema, pode ser dito, num breve resumo e a título de exemplo, entre outros, que a ação, antes estudada como um direito subjetivo, foi alçada à condição de garantia constitucional, exprimindo a necessidade de um acesso efetivo à ordem jurídica justa e não simplesmente um acesso formal

³⁸ Joan Picó I Junoy. *Las Garantias Constitucionales del Proceso*, JMBosch Editor, 1997, p. 17

³⁹ No Brasil, v., dentre outros tantos, Maria Elizabeth de Castro Lopes e Eduardo de Melo de Mesquita; na Itália, Luigi Paolo Comoglio e Luigi Montesano; e, na Espanha, Joan Picó I Junoy.

⁴⁰ João Batista Lopes, Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil, *In: Revista de Processo* – 116, RT, p.30.

⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 31/32

ao Poder Judiciário; o princípio do contraditório ganhou maior amplitude, compondo o trinômio “informação, reação e diálogo”; a tutela jurisdicional passou a ser vista como sinônimo de efetiva proteção e satisfação do direito, indo muito além de um simples instrumento estatal de solução de conflitos.

José Roberto dos Santos Bedaque, com evidente acerto e propriedade, afirma que *“o correto entendimento do complexo de normas constitucionais, direcionadas para a garantia do sistema processual, constitui o primeiro passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo”*⁴².

Fica patente, portanto, que a releitura imposta pelo fenômeno da constitucionalização do processo civil, tem enorme importância na abordagem que deve ser dada ao princípio objeto deste ensaio: o da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Reflexo desse cenário foi a promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Logo no art. 1º do CPC está expresso que: *“O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”*

Ora, o primeiro dispositivo do CPC/2015 anuncia a linha mestra fundamental da construção do sistema processual civil brasileiro. O Código de Processo Civil foi situado, expressa e explicitamente, num contexto normativo mais amplo, em que a Constituição Federal ocupa o principal papel.⁴³ Isso significa

⁴² José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3. ed., S. Paulo: Malheiros, 2003, p. 63.

⁴³ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro dá três interessantes exemplos de interpretações diferenciadas do CPC, corretas porque iluminadas por valores constitucionais: “Imagine, como ocorreu no passado, no início da vigência do Código de 1973, uma interpretação literal do art. 488, II, que previa o depósito de 5% (cinco por cento) do valor da causa como requisito para a propositura de ação rescisória. A interpretação do então Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro era no sentido de que, por se tratar de uma condição da ação, a aplicação da norma estender-se-ia inclusive para aqueles beneficiários da justiça gratuita. Este entendimento só foi desfeito tempos depois, a partir do julgamento de um mandado de segurança para o tribunal pleno à época. Hoje, não teríamos a menor dúvida de que o dispositivo do então Código de 1973 não poderia ser aplicado literalmente, na medida em que existem situações nas quais é necessária a interpretação à luz de valores ou normas fundamentais, como, no caso concreto, a que trata do acesso à justiça, estabelecido no art. 5º, XXXV, da nossa Constituição.

Outro exemplo que evidencia a interpretação de dispositivo processual à luz da Constituição pode ser visto em uma hipotética situação que condicionasse a concessão de tutela provisória à apresentação de uma garantia. A leitura do eventual artigo que impusesse referida condicionante, sob a óptica do artigo em estudo, seria, necessariamente, a de dispensar tal exigência quando excessivamente onerosa para uma das partes, garantindo, portanto, o pleno acesso à justiça. Mais do que isso, a todo momento o juiz se depara com situações nas quais pode existir mais de uma resposta adequada para um só caso; é justamente nestas hipóteses que a interpretação deve levar em conta os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição, servindo-se o magistrado dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

que o Código deve ser compreendido a partir dos princípios constitucionais fundamentais; ou, noutras palavras: todas as suas disposições devem ser compreendidas à luz da Constituição Federal.

2. BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

A trajetória do princípio da inafastabilidade confunde-se com a própria evolução da civilização e do Estado. Nas fases primitivas, a ausência de uma autoridade soberana impunha a autotutela como meio primário de resolução de conflitos, onde a força individual determinava o resultado das disputas. Paralelamente, a autocomposição surgia como uma alternativa, permitindo que as partes, por meio de concessões mútuas, encontrassem uma solução para seus litígios⁴⁴.

Pouco a pouco, as soluções parciais impostas por ato das próprias partes (a autotutela), foram cedendo espaço para um sistema de soluções imparciais dos conflitos. Buscava-se a solução por meio de decisões de terceiros. Nesse contexto, surgiram os árbitros, que normalmente eram sacerdotes, que supostamente agiam de acordo com a vontade dos deuses, ou anciãos que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. Curiosamente, surge o juiz antes do legislador!⁴⁵

Mais tarde, noutro passo da evolução, na medida em que o Estado vai se afirmando e consegue impor-se aos particulares, gradativamente vai absorvendo o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando-se da justiça privada para a justiça pública. Nasce assim a jurisdição que se consolidou, com o tempo, como um monopólio estatal, garantindo aos juízes estatais – e somente a eles – a função de resolver e dirimir os conflitos, substituindo a vontade das partes⁴⁶.

A inversão do ônus da prova independentemente da existência de hipossuficiência, previsto no art. 373, § 1.º do novo Código de Processo Civil, é demonstração concreta do que se expôs na parte final do parágrafo anterior. A previsão alinha-se à intenção de concretizar os cânones constitucionais, notadamente no que tange ao estabelecimento de uma condição paritária entre os dois polos do processo. A previsão normativa demonstra um juízo de proporcionalidade realizado pelo próprio legislador que, no balizamento das experiências concretas a respeito dos ônus probatórios, entendeu por bem excepcionar o rígido sistema anteriormente vigente” (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil*. Arruda Alvim Wambier, Teresa; Didier Jr., Fredie; Talamini, Eduardo; Dantas, Bruno. (coords.) *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 70-71).

⁴⁴ Cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 14ª ed., S. Paulo: 1998, Malheiros, p. 21.

⁴⁵ Idem, *ibidem*, p.22.

⁴⁶ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela*. Texto extraído da internet no site Última Instância, acessado em 30/07/2007. Disponível em < http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=22108 >

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou o direito de ação, como também é conhecido) foi assim se afirmando em todos os Estados modernos. No Brasil, somente foi reconhecido explicitamente na Constituição de 1946 (art. 141, §4º) com uma redação próxima da atual: *“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”*.

Embora a expressão “individual” pudesse sugerir uma interpretação restritiva, a doutrina e a jurisprudência sempre a interpretaram de forma ampla, garantindo o acesso à justiça a todos, incluindo pessoas físicas, jurídicas e entes despersonalizados⁴⁷.

Apesar da positivação em 1946, a semente do princípio já se encontrava na Constituição de 1891, que, ao adotar o modelo de tripartição de Poderes de inspiração norte-americana, implicitamente consagrou a ideia de que toda controvérsia poderia ser levada à apreciação do Poder Judiciário⁴⁸.

As Constituições subsequentes mantiveram o princípio, até que a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, conferiu-lhe a redação atual, ampliando significativamente seu alcance: *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. A inclusão da “ameaça a direito” representou um marco, consolidando a tutela jurisdicional preventiva e de urgência, seja ela de natureza cautelar ou antecipatória, como uma garantia fundamental.

O percurso histórico desse princípio, contudo, não foi isento de percalços, tendo sido relativizado em períodos de autoritarismo⁴⁹. A Constituição de 1988, ao reforçar as garantias processuais e estabelecer um sistema rígido para sua alteração, buscou blindar o acesso à justiça contra futuras violações, pavimentando o caminho para a interpretação ampla e efetiva que hoje se confere ao princípio da inafastabilidade.

3. O CONTEÚDO ATUAL DO PRINCÍPIO: EFETIVIDADE, A JUSTIÇA MULTIPORTAS E O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

A concepção contemporânea do princípio da inafastabilidade transcende a mera garantia de acesso formal ao Poder Judiciário. A premissa de que *“todos*

⁴⁷ O termo *individual*, hoje suprimido do dispositivo constitucional, gerava a equivocada impressão de que somente as pessoas, individualmente, poderiam socorrer-se da jurisdição estatal. A melhor interpretação, contudo, sempre se valeu do conteúdo genérico dessa expressão, reconhecendo que o direito de ação é garantido a todos, indistintamente, compreendendo as pessoas físicas, as jurídicas e os entes despersonalizados. A esse respeito, v., por todos, Zaidem Geraige Neto, *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, S. Paulo: RT, 2006, p. 39/41.

⁴⁸ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 14ª ed., S. Paulo: Saraiva, 1992, p. 197.

⁴⁹ A esse respeito, v. Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8ª ed., S. Paulo: RT, 2004, p.131/132.

têm direito à tutela jurisdicional” deve ser interpretada de forma ampla e efetiva, significando o direito a uma ordem jurídica justa, que não se limita à prestação jurisdicional, mas busca a efetiva proteção e satisfação do direito material.

O que se quer dizer é que, numa leitura atual, o mandamento disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal não só garante acesso a uma prestação jurisdicional, como também e, principalmente, a uma tutela jurisdicional.

Nesse sentido, é crucial distinguir entre prestação jurisdicional e tutela jurisdicional. A primeira refere-se ao serviço judiciário em si, ao provimento estatal que soluciona o litígio, ainda que para declarar a improcedência do pedido do autor. A segunda, por sua vez, é mais abrangente, implicando o reconhecimento e a salvaguarda concreta do direito subjetivo da parte, como leciona Humberto Theodoro Junior⁵⁰.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, portanto, assegura não apenas o direito de provocar o Judiciário, mas o direito de obter uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

A garantia de acesso à justiça deve representar, como bem esclarece José Roberto dos Santos Bedaque, “o direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la.” E o mesmo autor ainda faz a necessária advertência de que “não se trata, evidentemente, de direito ao resultado favorável, mas também não apenas direito de acesso ao Poder Judiciário. É direito à efetividade da tutela, o que não significa assegurar o acolhimento da pretensão formulada, mas os meios adequados para que tal ocorra.”⁵¹

Nos dias atuais, o processo deve ser visto não como um mero instrumento técnico, mas como um meio de fazer atuar plenamente a ordem jurídica. Para

⁵⁰ “urge não confundir tutela com prestação jurisdicional; uma vez que se tem como abstrato o direito de ação, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução para o litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu. Na satisfação do direito à composição do litígio (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes) consiste a prestação jurisdicional. Mas, além dessa pacificação do litígio, a defesa do direito subjetivo ameaçado ou a reparação da lesão já consumada sobre o direito da parte também incumbe à função jurisdicional realizar, porque a justiça privada não é mais tolerada (salvo excepcionalíssimas exceções) pelo sistema de direito objetivo moderno. Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda *in concreto* o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional. Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus à tutela jurisdicional” (Humberto Theodoro Junior, *Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 2.)

⁵¹ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar*, cit., p.74.

contextualizar tal afirmativa, repetimos as palavras Cândido Rangel Dinamarco: “suplantado o período sincrético pelo autonomista, foi preciso quase um século para que os estudiosos se apercebessem de que o sistema processual não é algo destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político. Preponderou por todo esse tempo a crença de que ele fosse mero instrumento do direito material apenas, sem consciência de seus escopos metajurídicos. Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional, o que abriu caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo”⁵²

Esse é o significado ao termo “acesso à ordem jurídica justa”, como se vê, umbilicalmente ligado ao conceito de *efetividade* da tutela jurisdicional.

A seguir, um necessário parêntese sobre efetividade.

Parece evidente, senão intuitivo, que quando se emprega o termo *efetividade* no processo, quer se traduzir uma preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar.⁵³ Mas o conceito vai além dessa característica.

O conceito de efetividade, como bem esclareceu José Carlos Barbosa Moreira, é uma noção abrangente que comporta dose inevitável de fluidez⁵⁴. É da lavra do próprio Barbosa Moreira um “programa básico” em prol da efetividade: “(a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer possam se inferir do sistema; (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; (c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da espe-

⁵² Cândido Rangel Dinamarco, O futuro do direito processual civil, Revista Forense, vol. 36, p. 27.

⁵³ São essas as palavras de E.D. Moniz de Aragão no texto “Efetividade do Processo de Execução”, *O Processo de Execução – Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p.137.

⁵⁴ Barbosa Moreira, Efetividade do processo e técnica processual, *Revista Forense* 329/97.

cífica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; (e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias”⁵⁵.

Também é dele a advertência para alguns riscos a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade: “(a) que não se pode cair na tentação de arvorar a efetividade como um valor absoluto, o que poderia abicar na falsa perspectiva de que nada importaria mais senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta; (b) que não se pode romper o equilíbrio do sistema, hipertrofiando uma peça em detrimento das restantes; (c) que não se pode desvalorizar o passado próximo, renegando a técnica e o trabalho que nos trouxe até os valores atuais”⁵⁶.

Como se vê, conceituar *efetividade* do processo não é tarefa fácil. Sem a pretensão de fazê-lo, afirmamos que a efetividade se relaciona, precipuamente, com o resultado que se pretende alcançar com processo. Disso decorre que ser *efetivo*, o processo terá que alcançar o resultado almejado. Mas não é só: o processo deve estar apto a efetivar todos os direitos assegurados, mas também e principalmente a fazê-lo de uma forma mais ágil, célere e eficaz, com o menor dispêndio de tempo e de recursos que seja possível, traduzindo uma preocupação social.

Com enorme poder de síntese, sentencia José Roberto dos Santos Bedaque que *processo efetivo* “é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”⁵⁷

Voltando, mais propriamente, ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é de se observar que embora o destinatário *principal* da norma contida no art. 5º, XXXV, seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos, indiscriminadamente⁵⁸.

De qualquer forma, dúvida não há de que, embora o acesso ao Poder Judiciário seja franqueado a todos – mesmo àqueles que exercem pretensões infundadas –, a garantia de ação está precipuamente direcionada para os que efetivamente merecem a tutela jurisdicional.

A nosso ver, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ser visto, ao mesmo tempo, como a *porta de entrada* e a *de saída* da própria jurisdição. Isso porque não basta existir um mecanismo adequado para a solução das controvérsias, se as pessoas não tiverem acesso a ele; e, de igual forma, tampouco resolve assegurar contraditório, ampla defesa, isonomia, duplo grau de jurisdição, publicidade, etc., se o processo não tiver tutelas efetivas a ponto de proteger,

⁵⁵ Idem, Ibidem.

⁵⁶ Idem, Ibidem.

⁵⁷ José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

⁵⁸ Cf. Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, cit., p. 130.

tempestiva e eficazmente, o jurisdicionado de qualquer ameaça ou lesão já consumada aos seus direitos.

Interessante, ainda, a observação de Zaiden Geraige Neto – com a qual concordamos integralmente – ao afirmar, com esquete nas lições de Canotilho, que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é uma garantia que antecede todos os outros princípios, garantindo-lhes segurança e efetividade e, acima de tudo, um processo justo e apto a alcançar, se for o caso, o resultado almejado.⁵⁹

Nas palavras de Kazuo Watanabe: “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciais, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos na sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução”⁶⁰.

Tem-se, portanto, que a concepção contemporânea do princípio da inafastabilidade exige uma análise que transcenda a sua dimensão puramente formal. Não basta garantir o direito de provocar o Judiciário (dimensão formal), é imperativo assegurar o direito a uma tutela jurisdicional que seja adequada, efetiva e tempestiva (dimensão material).

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. conceitua o direito de ação como um complexo de situações jurídicas, que não se esgota no simples ato de demandar, mas abrange um feixe de direitos pré-processuais, processuais e, finalmente, o direito a uma prestação jurisdicional justa⁶¹. A inafastabilidade, sob essa ótica, não é apenas uma garantia contra a inércia do legislador ou do juiz, mas um direito fundamental a um resultado prático e útil do processo.

Nas palavras do autor anteriormente mencionado, “o direito de ação é um direito que encarta todas as situações jurídicas decorrentes da incidência do princípio do devido processo legal. Assim, é correto dizer que o direito de ação garante, dentre outras prestações, um processo adequado, paritário, tempestivo, leal e efetivo.”⁶²

⁵⁹ Zaiden Geraige Neto. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, cit., p.43.

⁶⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer, In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, S. Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. O Direito de Ação como Complexo de Situações Jurídicas. *Revista de Processo*, vol. 210, p. 7389-7407, 2012.

⁶² Idem, *Ibidem*.

Esta visão material do acesso à justiça, focada na efetividade, é o que legitima a busca por técnicas processuais diferenciadas, capazes de se amoldar às particularidades do direito material controvertido, superando a rigidez de um procedimento único e garantindo que a promessa constitucional de proteção contra lesão ou ameaça a direito se concretize na prática.

Vale dizer, ainda, que essa busca pela efetividade impulsionou a evolução do conceito de acesso à justiça, que, segundo a clássica lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶³, desenvolveu-se em três “ondas” sucessivas. A primeira onda focou na assistência judiciária aos necessitados; a segunda, na representação de interesses difusos e coletivos; e a terceira, em uma abordagem mais ampla, que inclui a promoção de métodos alternativos de resolução de conflitos como forma de ampliar e qualificar o acesso à justiça.

É nesse contexto que floresce o conceito de Justiça Multiportas, formalmente incentivado no Brasil pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e integralmente abraçado pelo CPC/2015. O art. 3º, § 2º, do CPC, ao estabelecer que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, e o § 3º, ao dispor que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, não representam uma mitigação ao princípio da inafastabilidade, mas sim uma sua ressignificação e ampliação.

A Justiça Multiportas, ao oferecer às partes um leque de opções para a resolução de suas controvérsias – como a mediação, a conciliação e a arbitragem –, não afasta o controle jurisdicional, que permanece como uma garantia última, sempre à disposição do cidadão. Pelo contrário, qualifica o acesso à justiça, permitindo que as partes encontrem a solução mais adequada, célere e eficiente para o seu caso específico, reservando a via judicial para as contendas em que a intervenção estatal se mostra verdadeiramente indispensável.

Embora a transição para um modelo multiportas seja amplamente celebrada como uma qualificação do acesso à justiça, é importante registrar que essa visão não é isenta de críticas. O jurista norte-americano Owen Fiss, por exemplo, adota uma postura cética em relação à valorização excessiva dos acordos. Para Fiss, o acordo (*settlement*) representa, muitas vezes, uma “capitulação às condições de uma sociedade de massa”, onde a parte com menos recursos é coagida a aceitar menos do que lhe é devido. Mais do que isso, Fiss adverte que, quando os casos são resolvidos por acordo, a sociedade perde a oportunidade de obter

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

uma decisão judicial pública e fundamentada, que interpreta valores, estabelece normas e contribui para a evolução do direito⁶⁴.

Colocada a crítica de lado, não se pode negar que hodiernamente o acesso à Justiça deve ser compreendido como o acesso alcançado, tanto por intermédio dos meios alternativos de solução de conflitos de interesses, quanto pela via jurisdicional, de forma tempestiva, adequada e eficiente. É a pacificação social com a realização do escopo da justiça⁶⁵.

Olhando-se sobre o prisma do CPC/2015, tem-se que o *caput* do art. 3º do CPC, traz expressamente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, repetindo a regra que já consta da Constituição Federal (art. 5º, XXXV)⁶⁶. É de se notar que o Código de Processo traz locução um pouco distinta da Constituição. Com efeito, ao invés de “apreciação do Poder Judiciário” (como consta da CF), o CPC/2015 optou por “apreciação jurisdicional”, que tem o sentido de indicar que às ameaças ou lesões a direito deverão ser dadas soluções de direito, mas não necessariamente pelo Poder Judiciário. Tanto é assim que os parágrafos se referem justamente às ADR, ou aos meios alternativos de solução de conflitos, inclusive à arbitragem.

O CPC/2015 alinha-se, portanto, a uma interpretação evolutiva e mais afinada do princípio da inafastabilidade que propõe uma releitura do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Propõe-se que o vocábulo “Poder Judiciário” seja compreendido em seu sentido funcional, e não meramente orgânico. Nessa perspectiva, o termo *poder* seria lido como *função*, o que faria o dispositivo ser assim interpretado: “a lei não excluirá da *função jurisdicional* lesão ou ameaça a direito”.⁶⁷

Essa releitura semântica não apenas se harmoniza com o art. 3º do CPC/2015, que acertadamente optou pela expressão “apreciação jurisdicional”, mas também oferece uma base teórica robusta para justificar a limitação do controle judicial sobre o mérito de decisões proferidas por órgãos administrativos dotados de alta especialização técnica, como o CADE, os Tribunais de Contas e as Agências Reguladoras. Tais órgãos, ao decidirem sobre matérias que exigem *expertise* que foge ao universo ordinário do Judiciário, estariam exercendo a

⁶⁴ FISS, Owen M. Against Settlement, 93 Yale Law Journal, may 1984, p. 1075.

⁶⁵ Ivan Aparecido Ruiz. “Princípio do acesso à justiça”. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Processo Civil, edição 1, junho de 2018. Disponível em [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica>]. Acesso em 29.09.2025

⁶⁶ Além disso, o Código de Processo Civil de 2015, utiliza, por duas vezes, a locução “acesso à Justiça”, ao tratar da cooperação jurídica internacional e da petição inicial, estando elas previstas no art. 26, II, e ar. 319, §3º.

⁶⁷ Tese de Doutorado de Rosalina Freitas Martins de Sousa, intitulada “A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, art. 5º, XXXV)”. UFPE, mar/2017. Disponível em [<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/29330>]. Acesso em 29.09.2025.

“função jurisdicional adequada” para aquele conflito. Com isso, o princípio da inafastabilidade adquire uma feição prestacional, impondo ao Estado o dever de ofertar o serviço mais eficiente à sociedade, o que pode significar a atribuição de competência a órgãos mais adequados que não o Poder Judiciário.

Por fim, impõe-se mencionar que uma análise teórica mais aprofundada, à luz da teoria dos direitos fundamentais, revela que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional possui uma estrutura dual. Ele não opera de maneira monolítica, mas sim com intensidades distintas a depender do grau de jurisdição. A tese é que o princípio possui um *núcleo essencial* com característica de *regra*, e, portanto, imponderável, e um *halo externo* com natureza de *princípio*, este sim ponderável com outros valores constitucionais.

O *núcleo essencial*, que funciona como *regra*, garante o acesso ao primeiro grau de jurisdição, assegurando a todo cidadão o direito a uma resposta fundamentada do juiz natural. Essa é a garantia irredutível. Por outro lado, o *halo externo*, de natureza *principiológica*, abrange a competência recursal, especialmente o acesso aos Tribunais Superiores. Nesta esfera, o acesso à jurisdição pode ser conformado e ponderado com outros princípios, como a celeridade, a razoável duração do processo e a eficiência.⁶⁸

Essa distinção teórica é fundamental para justificar a constitucionalidade de mecanismos de filtragem recursal, como, por exemplo, a repercussão geral (analisada no item 5.4 deste artigo). Tais filtros não violam o *núcleo* do princípio da inafastabilidade, pois o acesso inicial ao Judiciário foi garantido; eles apenas atuam sobre seu *halo externo*, otimizando a atuação das cortes superiores em prol da segurança jurídica e da isonomia, o que é perfeitamente legítimo.

4. O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE E A TUTELA JURISDICIONAL NO CPC/2015

O Estado, ao proibir a autotutela e assumir o monopólio da jurisdição, assumiu também o dever de tutelar de forma efetiva todos os direitos. Assim, na medida em que se impõe à jurisdição a necessidade de assegurar à parte a espécie de tutela mais adequada à efetiva e real proteção do direito invocado, fica mais evidente a conexão entre processo e direito material.

Dessa forma, pode-se dizer que é corolário do princípio da inafastabilidade garantir ao jurisdicionado a tutela mais adequada ao direito material sob vulneração ou ameaça. E tal adequação só é possível se o processo (e a tutela nele disponibilizada) voltar-se para o direito material, visando a dar-lhe uma resposta útil, eficaz, adequada e tempestiva.

⁶⁸ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p.171-205, set/dez/2015.

O processo civil clássico sempre encontrou lastro num sistema de tutela de direitos fundado, exclusivamente, na preocupação com a restauração em pecúnia dos direitos violados. Tal panorama não satisfaz a sociedade moderna, daí porque o processo civil moderno tem que resguardar adequadamente todas as formas de direito e, para tanto, deve permitir várias formas de tutela, tantos quantos sejam os direitos a serem protegidos, *u.g.*, tutela preventiva, ressarcitória, inibitória etc. É a clássica afirmação de Chiovenda de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de obter.

Mas não é só. Mais do que a previsão de tutelas tendentes a garantir tudo aquilo a que tem direito o cidadão, faz-se necessário que existam instrumentos aptos a garantir a prestação da tutela no exato momento em que ela necessita ser prestada, evitando-se com isso a inutilidade de uma tutela jurisdicional tardia.

É justamente nesse contexto – de uma tutela que espelhe tudo o quanto está garantido no direito material e, bem assim, que seja prestada no momento em que ela necessita ser prestada – é que a chamada tutela jurisdicional *diferenciada* ganha importância e relevo.

Pode-se dizer, resumidamente, que a tutela comum é aquela que não apresenta especificidades e justamente por isso é a adotada para a generalidade dos casos. Por sua vez, a tutela *diferenciada*, como bem sintetiza João Batista Lopes, significa o conjunto de técnicas e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo as necessidades de cada caso, obedecidos os princípios, as regras e os valores da ordem jurídica⁶⁹.

A tutela jurisdicional diferenciada está intimamente ligada à efetividade do processo, na medida em que deve ser assegurada à parte a espécie de tutela mais adequada à efetiva e real proteção do direito invocado.

Como bem ensina Donaldo Armelin, “dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de ‘tutela diferenciada’; um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende à pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela nele veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia *no iter procedimental* em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular”⁷⁰.

Idêntica é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, baseada no escólio de Andréa Proto Pisani, a quem se deve a primazia da expressão tutela diferenciada: “*tutela jurisdicional diferenciada* pode ser entendida de duas maneiras diver-

⁶⁹ João Batista Lopes, *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 22.

⁷⁰ Donaldo Armelin, Tutela jurisdicional diferenciada, *RePro* 65/46.

sas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”⁷¹.

Destarte, pode-se dizer que a tutela diferenciada deve ser entendida, em sentido amplo, como uma gama de modelos processuais para permitir que o processo possa atuar pronta e eficazmente para todos os tipos de direito, respeitando-se, por óbvio, os princípios e garantias constitucionais.⁷² Nela se incluem, portanto, ao lado da clássica tutela ressarcitória, a tutela de urgência (*v.g.*, antecipação de tutela e cautelar), a tutela específica (*v.g.*, as tutelas de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa), a tutela inibitória, a tutela de evidência, etc.

Bem se vê que a partir do entendimento atual do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – ou seja, como uma garantia constitucional de amplo acesso, dotada de meios adequados e visando ao resultado efetivo – não se pode deixar de enxergar a necessidade de dotar o sistema processual de mecanismos aptos a preencher os vazios existentes, dando-se voz a todos os reclamos do direito material e na sua exata medida.

O Código de Processo Civil de 2015, alinhado à perspectiva constitucional, aprofunda ainda mais a noção de que o acesso à justiça não se esgota na possibilidade de ajuizar uma demanda, mas se realiza na obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada. O diploma processual, em diversos de seus dispositivos, materializa essa garantia, buscando assegurar que o processo seja um instrumento capaz de proteger e realizar direitos, e não um fim em si mesmo.

Por sua vez, a já mencionada valorização dos métodos adequados de solução de conflitos (CPC, art. 3º, §§ 2º e 3º) é uma das facetas dessa busca pela efetividade. Ao estimular a autocomposição, o legislador reconhece que, em muitos casos, a solução construída pelas próprias partes é mais eficaz e satisfatória do que a imposta por um terceiro, o juiz. Essa abordagem, longe de violar a inafastabilidade, otimiza o sistema de justiça, permitindo que o Judiciário concentre seus recursos nas demandas que efetivamente necessitam de uma solução heterocompositiva.

Outro pilar fundamental do CPC/2015 na concretização do acesso à justiça é o sistema de tutelas provisórias, que se divide em tutela de urgência e tutela de evidência (art. 294 e seguintes).

A tutela de urgência, de natureza cautelar ou antecipada, visa a assegurar a efetividade do processo, neutralizando os riscos decorrentes da demora na prestação jurisdicional definitiva. Ao permitir que o juiz conceda medidas liminares

⁷¹ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, cit., p. 26.

⁷² Cf. João Batista Lopes, *Fundamento Constitucional da Tutela de Urgência*, *Revista Dialética de Direito Processual* nº 8, p. 69

para proteger direitos em perigo, o Código dá concretude à garantia constitucional de proteção contra a “ameaça a direito”.

A tutela de evidência, por sua vez, permite a antecipação dos efeitos da tutela final quando o direito do autor se mostra evidente, independentemente da demonstração de perigo de dano. Essa modalidade de tutela provisória prestigia a celeridade e a efetividade, distribuindo o ônus do tempo do processo de forma mais equânime e evitando que o autor, cujo direito é manifesto, tenha que aguardar todo o trâmite processual para obter a satisfação de sua pretensão.

Ademais, o CPC/2015 consagra o princípio da primazia do julgamento de mérito (arts. 4º e 488), determinando que o juiz, sempre que possível, deve superar os vícios processuais para decidir a lide. Essa diretriz reforça a ideia de que o processo é um instrumento para a realização do direito material, e não uma sucessão de formalidades que podem, por si sós, obstar o acesso à justiça.

Em suma, o CPC/2015 estrutura-se sobre a premissa de que a inafastabilidade do controle jurisdicional se traduz no direito a uma tutela efetiva. Seja por meio do estímulo à autocomposição, da concessão de tutelas provisórias ou da primazia do julgamento de mérito, o Código busca assegurar que o acesso ao Judiciário resulte em uma proteção real e eficaz aos direitos dos cidadãos.

5. ANÁLISE CASUÍSTICA: RELEITURA DE HIPÓTESES POLÊMICAS À LUZ DO NOVO DIPLOMA PROCESSUAL

A aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em sua concepção contemporânea, suscita debates em diversas áreas do direito processual. A seguir, analisaremos algumas hipóteses polêmicas a que aludimos em nosso artigo no ano de 2008, buscando compreender como a aplicação das normas do CPC/2015 têm conformado a aplicação do princípio.

5.1. Arbitragem e a autonomia da vontade

A arbitragem, por muito tempo, foi vista com desconfiança por parte da doutrina, que a considerava uma violação ao princípio da inafastabilidade. O argumento central era o de que a cláusula compromissória, ao afastar a apreciação do litígio pelo Poder Judiciário, estaria a suprimir uma garantia constitucional. Essa visão, contudo, foi superada.

Numa primeira abordagem, vale a lembrança de que o art. 31 da Lei 9.307/96 prevê que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo-se, pois, em título executivo judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da *jurisdicionalidade da arbitragem*.⁷³

⁷³ Cf. Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 45.

O CPC/2015, em harmonia com a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), consolida o entendimento de que a arbitragem é um meio legítimo e alternativo de resolução de conflitos, que não ofende o princípio da inafastabilidade. Ao contrário, a opção pela arbitragem representa o exercício da autonomia da vontade das partes que, em matéria de direitos patrimoniais disponíveis, podem livremente escolher submeter seus litígios a um juízo arbitral.

O controle jurisdicional não é propriamente excluído. O Poder Judiciário pode ser chamado a intervir em diversas situações, como para garantir a instituição da arbitragem, para a concessão de medidas de urgência, ou para a anulação da sentença arbitral, caso se verifique a ocorrência de alguma das nulidades previstas em lei. O que não se admite é que o Judiciário se imiscua no mérito da decisão dos árbitros, sob pena de violação à própria essência da arbitragem.

Não é de se estranhar, portanto, que o entendimento legal e pretoriano sejam pacíficos no sentido de que a convenção arbitral, uma vez pactuada, é de cumprimento obrigatório, devendo o juiz, caso provocado, extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC/2015. A arbitragem, portanto, firma-se como um importante instrumento à disposição das partes, em plena consonância com o princípio da inafastabilidade e com o modelo de Justiça Multiportas.

5.2. Tutelas provisórias contra o Poder Público

A concessão de tutelas provisórias de urgência em face da Fazenda Pública é um tema que historicamente gera intensos debates, colocando em aparente colisão o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o princípio da supremacia do interesse público. A legislação infraconstitucional, por meio de um conjunto de normas esparsas (Leis nº 8.437/92, 9.494/97, 12.016/09, entre outras), criou um verdadeiro microssistema restritivo, que veda ou condiciona a concessão de medidas liminares que esgotem, no todo ou em parte, o objeto da ação, ou que determinem o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores públicos.

Essas restrições, se interpretadas de forma absoluta, representariam uma grave violação ao princípio da inafastabilidade, pois impediriam o Poder Judiciário de exercer sua função de proteger direitos contra lesões ou ameaças, especialmente em situações de urgência.

Se, de um lado, a tutela provisória surge como um importante instrumento para assegurar a efetividade do princípio da inafastabilidade, permitindo que direitos ameaçados sejam protegidos de forma célere e eficaz; de outro, sua concessão contra a Fazenda Pública enfrenta desafios particulares, uma vez que envolve não apenas a proteção dos direitos individuais, mas também a ponderação dos interesses e prerrogativas do Estado.

O CPC/2015, infelizmente, perdeu uma boa oportunidade de realizar uma mudança significativa ao manter as restrições à tutela antecipada que existiam no sistema processual anterior, por conta de leis esparsas. Em seu art. 1.059, o CPC/2015 determina que “à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”.

Diante desse cenário, cabe, então, à jurisprudência e à doutrina se posicionar. Apesar das controvérsias, tem-se que as tutelas provisórias de evidência e urgência têm sido aplicadas à Fazenda Pública. Inclusive, é possível a estabilização da tutela antecipada antecedente contra ela, conforme Enunciado nº 582 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e jurisprudência. Exceções devem ser interpretadas de forma restritiva⁷⁴. Contudo, a concessão da tutela provisória antecipada contra a Fazenda Pública deve ser pautada pela busca constante do equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a preservação do interesse público.

A jurisprudência tem se consolidado no sentido de que as vedações à concessão de liminares contra o Poder Público devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição. A ponderação de interesses é, portanto, a chave para a solução desses casos. Não se trata de negar a supremacia do interesse público, mas de reconhecer que este não pode ser invocado como um escudo para a prática de ilegalidades ou para a violação de direitos fundamentais. A análise casuística se impõe, cabendo ao magistrado, à luz do princípio da proporcionalidade, verificar se a urgência e a plausibilidade do direito do autor justificam a superação das restrições legais, garantindo, assim, que o acesso à justiça não seja uma mera formalidade, mas uma garantia efetiva de proteção.

5.3. A Súmula vinculante e a força dos precedentes

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a Súmula Vinculante (art. 103-A da CF), um instituto que, ao mesmo

⁷⁴ Nesse sentido: APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. AUSÊNCIA DE RECURSO. INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 304 DO NCPC. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPATÓRIA. APLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA. – (...) – Lecionam os Professores Érico Andrade (UFMG) e Dierle Nunes (PUC Minas) que, se obtida a tutela de urgência, no procedimento preparatório da tutela antecipatória (satisfativa), e o réu não impugnar a tutela concedida, mediante recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I, novo CPC), o juiz vai extinguir o processo e a medida liminar antecipatória da tutela vai continuar produzindo seus efeitos concretos mesmo na ausência de apresentação do pedido principal (art. 304, §§1º e 3º, novo CPC). – A Fazenda Pública se submete ao regime de estabilização da tutela antecipada, por não se tratar de cognição exauriente sujeita a remessa necessária. (Enunciado 21 sobre o NCPC do TJMG). – Recurso improvido. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0348.16.000489-4/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Heloisa Combat, j. 03.11.2016, DJ 08.11.2016)

tempo em que busca garantir a segurança jurídica e a isonomia, também suscita debates acerca de sua compatibilidade com o princípio da inafastabilidade e com a independência funcional dos magistrados. A crítica principal reside no fato de que a súmula, ao vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública, poderia engessar a atividade jurisdicional e impedir a análise das particularidades de cada caso concreto.

O CPC/2015, no entanto, não apenas recepciona a Súmula Vinculante, como aprofunda o sistema de valorização dos precedentes judiciais, estabelecendo um verdadeiro microsistema de observância das decisões proferidas pelos tribunais superiores em sede de recursos repetitivos e de assunção de competência (arts. 926, 927 e 928). O objetivo é claro: promover a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência, evitando decisões conflitantes sobre a mesma tese jurídica e garantindo um tratamento isonômico aos jurisdicionados.

Longe de representar uma violação ao princípio da inafastabilidade, o sistema de precedentes, quando bem aplicado, qualifica o acesso à justiça. A previsibilidade das decisões judiciais desestimula a litigância aventureira e incentiva a resolução consensual dos conflitos, na medida em que as partes têm maior clareza sobre o direito aplicável à sua controvérsia. Além disso, a observância dos precedentes otimiza a atividade jurisdicional, permitindo que os juízes e tribunais se dediquem à análise de questões novas e complexas, em vez de re-discutir teses já pacificadas.

É importante ressaltar, contudo, que a aplicação do sistema de precedentes não é automática e irrefletida. O próprio CPC/2015 prevê mecanismos que permitem ao julgador deixar de aplicar um precedente, desde que demonstre a existência de uma distinção (*distinguishing*) entre o caso em análise e o caso que deu origem ao precedente, ou a superação (*overruling*) do entendimento firmado. Essa possibilidade de superação e distinção assegura a dinâmica do direito e garante que o juiz não se transforme em um mero aplicador de teses, mas mantenha sua função de analisar as particularidades fáticas e jurídicas de cada demanda, em última análise, preservando o núcleo essencial do princípio da inafastabilidade.

5.4. A repercussão geral e a otimização do acesso à justiça

O instituto da repercussão geral, previsto no art. 102, § 3º, da Constituição Federal e regulamentado pelo CPC/2015 (arts. 1.030, V, e 1.035), funciona como um filtro para o acesso ao Supremo Tribunal Federal, exigindo que, para a admissão do recurso extraordinário, a questão constitucional nele versada transcendia o interesse subjetivo das partes e apresente relevância social, política, econômica ou jurídica.

À primeira vista, a repercussão geral poderia ser interpretada como uma barreira ao acesso à justiça, na medida em que restringe a possibilidade de levar

uma demanda ao mais alto tribunal do país. Contudo, uma análise mais aprofundada revela que o instituto, na verdade, busca otimizar o sistema de justiça e qualificar a atuação do STF como guardião da Constituição.

Ao selecionar apenas as questões constitucionais mais relevantes para a sociedade, a repercussão geral permite que o STF concentre seus esforços na uniformização da interpretação constitucional e na formação de precedentes qualificados, que orientarão a atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário. Isso evita que o tribunal se transforme em uma terceira ou quarta instância recursal, assoberbado por uma infinidade de processos que tratam de questões de menor impacto.

A sistemática da repercussão geral, portanto, não nega o acesso à justiça, mas o racionaliza. A decisão proferida pelo STF em um recurso com repercussão geral reconhecida será aplicada a todos os processos que versem sobre a mesma matéria, garantindo uma solução uniforme e isonômica para milhares de jurisdicionados. O princípio da inafastabilidade, nesse contexto, é concretizado não pela possibilidade de cada cidadão levar seu caso individualmente ao STF, mas pela garantia de que a tese jurídica que o afeta será decidida de forma qualificada e com efeitos para toda a sociedade.

Fazemos nossas as palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “Tendo presente essas coordenadas, a adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Guardam-se as delongas inerentes à tramitação do recurso extraordinário apenas quando o seu conhecimento oferecer-se como um imperativo para a ótima realização da unidade do Direito no estado Constitucional brasileiro. Resguarda-se, dessarte, a um só tempo, dois interesses: o interesse das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da Justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal Federal apenas quando essa apreciação mostrar-se imprescindível para realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira.”⁷⁵

5.5. A ordem cronológica de julgamento e a isonomia

Uma das inovações do CPC/2015 é a regra que estabelece a ordem cronológica de conclusão como critério preferencial para o julgamento dos processos (art. 12). A intenção do legislador foi a de promover a isonomia e a transparência, evitando que processos mais antigos sejam preteridos em favor de outros mais recentes sem uma justificativa plausível.

⁷⁵ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. S. Paulo: RT, 2007, p.17/18.

A regra, contudo, não é absoluta. O próprio art. 12, § 2º, do CPC/2015 elenca uma série de exceções, como os processos que envolvem réu preso, os procedimentos de urgência, as preferências legais (idosos, pessoas com deficiência, etc.) e as metas do Conselho Nacional de Justiça. Além disso, a Lei nº 13.256/16, ao alterar a redação original do dispositivo, substituiu a expressão “deverão ser julgados” por “atenderão, preferencialmente”, conferindo maior flexibilidade ao julgador.

A ordem cronológica de julgamento, portanto, não representa um engessamento da atividade jurisdicional, mas sim uma diretriz a ser observada, sempre que possível, em homenagem aos princípios da isonomia e da razoável duração do processo. A sua aplicação não pode ser feita de forma cega e automática, cabendo ao juiz, em cada caso, ponderar a necessidade de observância da ordem cronológica com as particularidades da demanda e as demais garantias processuais.

Nesse sentido, a regra da ordem cronológica não viola o princípio da inafastabilidade, mas busca, ao contrário, conferir-lhe maior efetividade, garantindo que o acesso à justiça não seja apenas uma promessa, mas se traduza em uma prestação jurisdicional entregue em tempo razoável e de forma isonômica para todos.

5.6. A extinção da execução fiscal de baixo valor e a ponderação de princípios

Uma das mais recentes e relevantes discussões envolvendo o princípio da inafastabilidade diz respeito à possibilidade de extinção de execuções fiscais de baixo valor por falta de interesse de agir. A questão ganhou novos contornos com o julgamento do Tema 1.184 da Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 1.355.208)⁷⁶.

No caso, o STF analisou a legitimidade da extinção de execuções fiscais de baixo valor, considerando a desproporção entre os custos do processo judicial e o benefício econômico almejado pelo ente público. A Corte ponderou o princípio da inafastabilidade da jurisdição com outros princípios constitucionais, como a eficiência administrativa, a razoável duração do processo e a proporcionalidade.

⁷⁶ Tese do Tema 1.184 de Repercussão Geral: 1. É legítima a extinção de execução fiscal de baixo valor pela ausência de interesse de agir tendo em vista o princípio constitucional da eficiência administrativa, respeitada a competência constitucional de cada ente federado. 2. O ajuizamento da execução fiscal dependerá da prévia adoção das seguintes providências: a) tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa; e b) protesto do título, salvo por motivo de eficiência administrativa, comprovando-se a inadequação da medida. 3. O trâmite de ações de execução fiscal não impede os entes federados de pedirem a suspensão do processo para a adoção das medidas previstas no item 2, devendo, nesse caso, o juiz ser comunicado do prazo para as providências cabíveis.

A tese fixada pelo STF foi a de que é legítima a extinção da execução fiscal de baixo valor por ausência de interesse de agir, desde que a decisão seja devidamente fundamentada na desproporcionalidade entre o custo da cobrança e o valor do crédito. A decisão representa um importante marco na interpretação do princípio da inafastabilidade, reconhecendo que o acesso à justiça não é um direito absoluto e ilimitado, que possa ser exercido de forma abusiva ou antieconômica.

Ao permitir a extinção de execuções fiscais de valor irrisório⁷⁷, o STF não nega o direito do Estado de cobrar seus créditos, mas o orienta a buscar meios mais eficientes e menos onerosos para tanto, como o protesto da certidão de dívida ativa. A medida, além de desafogar o Poder Judiciário, permite que os recursos públicos sejam alocados de forma mais racional, em benefício da própria sociedade.

A decisão do Tema 1.184, portanto, reforça a concepção contemporânea de que o princípio da inafastabilidade deve ser interpretado de forma sistêmica, em harmonia com os demais princípios que regem a administração da justiça. O acesso ao Judiciário é garantido, mas não a qualquer custo, devendo ser ponderado com os valores da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, em busca de uma prestação jurisdicional que seja, ao mesmo tempo, justa e efetiva.

5.7. A necessidade de acessar previamente a via administrativa em alguns casos

Por primeiro, é fundamental distinguir o *prévio requerimento administrativo* do *exaurimento da via administrativa*. O primeiro consiste no pedido inicial feito a um órgão, cuja negativa ou omissão caracteriza a *pretensão resistida* e, consequentemente, o interesse de agir. O segundo, por sua vez, significa a utilização de todos os recursos administrativos cabíveis antes de se buscar o Judiciário.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, como se verá a seguir, tem se consolidado em exigir o *prévio requerimento* (e não o exaurimento da via administrativa) em matérias específicas, como em ações previdenciárias e de exibição de documentos como condição para a ação.

Com efeito, conforme definido pelo Tema 350 do STJ, a partir de julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 631.240/MG de 03/09/2014, a 1ª turma do STF com relatoria do Ministro Roberto Barroso, entendeu-se constitucional a exigência de prévio requerimento administrativo como condição para propositura de ações judiciais previdenciárias.

⁷⁷ O CNJ, por meio da Resolução 547, prevê em seu art. 1º § 1º que: “Deverão ser extintas as execuções fiscais de valor inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) quando do ajuizamento, em que não haja movimentação útil há mais de um ano sem citação do executado ou, ainda que citado, não tenham sido localizados bens penhoráveis.”

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, no Tema 915 trata da existência de interesse de agir em ações cautelares de exibição de documentos sobre o sistema de *credit scoring*, fixando que é preciso ter um prévio pedido administrativo não atendido no prazo e que a recusa de crédito tenha sido por conta da pontuação para que se configure o interesse processual.

Nota-se que em ambos os casos o prévio requerimento administrativo passa a ser necessário para a configuração do interesse processual como “condição da ação”. Segundo abalizada doutrina, a configuração do interesse de processual repousa na demonstração da *necessidade* e da *utilidade* do provimento judicial para obtenção do bem da vida almejado⁷⁸.

Indo além da jurisprudência e focando na lei, há, em duas situações, a necessidade de *prévio esgotamento da via administrativa*, para viabilizar o acesso à justiça, as saber: (i) ações referentes à justiça desportiva, conforme art. 217, §1º da Constituição Federal; e (ii) *habeas data*, conforme previsão do Parágrafo Único do art. 8 da Lei 9.507/97.

Além disso, não se pode olvidar que em áreas que exigem conhecimento técnico aprofundado, como por exemplo o direito concorrencial (CADE), regulação de serviços públicos (agências reguladoras) ou análise de contas públicas (Tribunais de Contas), os órgãos administrativos possuem maior *expertise* que o Poder Judiciário. A passagem inicial pela via administrativa garante que a matéria seja analisada por especialistas, o que pode resultar em decisões mais adequadas. Nesse contexto, a via administrativa não é vista como *forçada*, mas como a mais *adequada* para a resolução do conflito.

A questão que se coloca, portanto, é saber se o prévio acionamento da via extrajudicial pode, em situações pontuais, ser considerado como um elemento necessário para a configuração do interesse processual (condição da ação), seja por imposição da lei, seja pelo entendimento pretoriano.

Segundo Fredie Didier Júnior: “Direitos fundamentais podem sofrer restrições por determinação legislativa infraconstitucional. É necessário, porém, que esta restrição tenha justificação razoável. No caso, em juízo a priori, não parece inconstitucional o condicionamento, em certos casos, da ida ao Judiciário ao esgotamento administrativo da controvérsia. É abusiva a provocação desnecessária da atividade jurisdicional, que deve ser encarada como *ultima ratio* para a solução do conflito. Se o demandante demonstrar que, naquele caso, não pode esperar a solução administrativa da controvérsia – há urgência no exame do problema, por exemplo, a restrição revela-se, assim, indevida, e deve ser afastada, no caso, pelo órgão julgador. Note, então, que a análise da possibilidade de condicionamento do ingresso no Judiciário transfere-se para o caso

⁷⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 142.

concreto. Em suma: pode a lei restringir, em certos casos, o acesso ao Judiciário; se, porém, revelar-se abusiva, de acordo com circunstâncias particulares do caso concreto, esta restrição pode ser afastada pelo órgão julgador”⁷⁹

A ideia que está por trás desse entendimento visa a minimizar o problema do enorme acúmulo de processos. Nesse cenário, o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional pode sofrer mitigação em face de outros princípios constitucionalmente consagrados, tal como a garantia da duração razoável do processo.

Para os que defendem tal posicionamento, então, mostra-se razoável o condicionamento do interesse de agir em juízo à prévia resistência extrajudicial, nos casos em que se observa, de forma nítida e reiterada, uma grande possibilidade de solução administrativa para o conflito, como por exemplo, ações versando sobre exibição de documentos, tais como contratos bancários, pagamento de indenização de seguro obrigatório (DPVAT), ou ainda concessão de benefício previdenciário junto ao INSS.

Tal entendimento, contudo, deve ser usado com cuidado, razoabilidade e parcimônia. É essencial que não haja *prejuízo* ao jurisdicionado, de forma que, havendo urgência, o Poder Judiciário deve estar apto a tutelar o direito por meio da tutela provisória, mesmo sem a tentativa extrajudicial.

É interessante apontar que se discute, presentemente, decisão do TJ/MG que deu azo ao Tema 91 do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) daquele tribunal. A tese, fixada em outubro de 2024, obrigava a comprovação de tentativa de solução extrajudicial de conflitos como requisito para o ajuizamento de ações envolvendo relações de consumo, limitando o acesso direto dos consumidores ao Judiciário.

Ao admitir do recurso especial interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais suspendeu a aplicação da tese em março deste ano, a fim de se aguardar o julgamento do recurso.

Há que se ter cuidado: a regra não pode virar a exceção! Esperamos que o recurso especial interposto pelo MP seja provido, de forma a reconhecer que o entendimento em questão viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

5.8. UMA RÁPIDA PALAVRA SOBRE O PROCESSO ELETRÔNICO E OS DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA NA ERA DIGITAL

Uma análise contemporânea do princípio da inafastabilidade não pode ignorar o profundo impacto da transformação digital no Poder Judiciário. A im-

⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1., p.179-180.

plementação do Processo Judicial Eletrônico (PJe), capitaneada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nasceu com a promessa de democratizar o acesso à justiça, conferindo maior celeridade, transparência e eficiência à prestação jurisdicional⁸⁰.

De fato, para uma parcela significativa da população e dos operadores do direito, a digitalização rompeu barreiras geográficas e temporais, facilitando o peticionamento, a consulta processual e o acompanhamento dos feitos.

Contudo, a transição para o meio digital revelou um paradoxo: ao mesmo tempo em que abre portas, a tecnologia pode criar novos obstáculos. Surge, nesse contexto, o fenômeno da exclusão digital. Conforme aponta a doutrina, cidadãos que não possuem acesso à internet, equipamentos adequados ou o letramento digital necessário para manusear as plataformas judiciais podem se ver, na prática, alijados do seu direito fundamental de buscar a tutela do Estado⁸¹.

A questão impõe uma releitura do papel do Judiciário, que passa a ter o dever de não apenas garantir o acesso formal às suas plataformas, mas também de criar mecanismos que mitiguem os efeitos da exclusão digital⁸². A inafastabilidade do controle jurisdicional, no século XXI, passa a depender também da garantia de uma inclusão digital que assegure que a justiça não seja um privilégio dos conectados.

6. Conclusão: o futuro do acesso à justiça

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, longe de ser um postulado estático e imutável, tem demonstrado uma notável capacidade de adaptação às novas realidades sociais, econômicas e jurídicas. A sua releitura, sob a égide da Constituição de 1988 e do CPC/2015, revela uma transição de um modelo puramente formal de acesso ao Judiciário para um paradigma de acesso a uma ordem jurídica justa, efetiva e eficiente.

A consolidação da Justiça Multiportas, a valorização dos precedentes qualificados e a ponderação do princípio da inafastabilidade com outros valores constitucionais, como a eficiência e a razoabilidade, demonstram que o futuro do acesso à justiça reside na diversificação dos meios de resolução de conflitos e na racionalização da atividade jurisdicional. Não se trata de restringir o acesso

⁸⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Democratizando o Acesso à Justiça. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/democratizando-acesso-justica-2022-v2-01022022.pdf>. Acesso em 30.09.2025.

⁸¹ PINTO, Bruna Patrícia Ferreira; MARQUES, Vinícius Pinheiro; PRATA, David Nadler. Processo Judicial Eletrônico e os Excluídos Digitais: Perspectivas Jurídicas a Partir do Ideal de Acesso à Justiça. *Revista Humanidades e Inovação*, vol. 8, n. 24, 2021.

⁸² “O acesso à Justiça, com os meios e recursos a ele inerentes na sua totalidade deve ser assegurado às partes com os desafios da inclusão digital, de forma que os problemas que envolvam educação informática, difusão social das máquinas e demais tecnologias hábeis, desafiavam a satisfação do acesso à justiça, refletindo diretamente no conceito de outro direito de inclusão digital.” (Idem, Ibidem.)

ao Judiciário, mas de qualificá-lo, reservando a tutela estatal para as demandas em que ela se mostra verdadeiramente indispensável e adequada.

O desafio que se impõe aos operadores do direito é o de compreender e aplicar esses novos institutos de forma a concretizar a promessa constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva para todos. A busca por uma justiça mais célere, isonômica e adequada às necessidades do cidadão no século XXI passa, necessariamente, por uma interpretação contemporânea e dinâmica do princípio da inafastabilidade, em que o foco não esteja apenas na porta de entrada do Judiciário, mas na qualidade e na efetividade da solução que se entrega à sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Efetividade do Processo de Execução. O Processo de Execução – Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 137.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada, Revista de Processo – 65, p. 46.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A EC n. 45 e o instituto da percussão geral. In: Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 63.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual, Revista Forense – 329, p.97

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual. 2ª Série. S. Paulo: Saraiva, 1988, p.64.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 14ª ed., S. Paulo: Saraiva, 1992;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 3. ed., S. Paulo: Malheiros, 2003;

_____. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006;

CARMONA, Carlos. Alberto Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das Normas Fundamentais do Processo Civil. Arruda Alvim Wambier, Teresa; Didier Jr., Fredie; Talamini, Eduardo; Dantas, Bruno. (coords.) Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 70-71

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Democratizando o Acesso à Justiça. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/democratizando-acesso-justica-2022-v2-01022022.pdf>. Acesso em 30.09.2025.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie Costituzionali e ‘Giusto Processo’ (Modelli a Confronto)”, Revista de Processo – 90, p. 95/150;

_____. FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. Lezione sul processo civile, vol. I – Il processo ordinario di cognizione, Il Mulino, 1995;

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco.

Teoria Geral do Processo, 14ª ed., S. Paulo: 1998, Malheiros;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1., p.179-180.

_____. O Direito de Ação como Complexo de Situações Jurídicas. Revista de Processo, vol. 210, p. 7389-7407, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do direito processual civil. Revista Forense, v. 36, p. 27.

FISS, Owen M. Against Settlement, 93 Yale Law Journal, may 1984, p. 1075.

- FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o poder público. *Revista de direito Renovar*, n. 29. Rio de Janeiro: maio/ago. 2004, p.13-32
- GERAIGE NETO, Zaidem. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, S. Paulo: RT, 2006;
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. Texto extraído da internet no site Última Instância, em 30/07/2007. Disponível em: [\[http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/1er_noticia.php?idNoticia=22108\]](http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/1er_noticia.php?idNoticia=22108);
- JUNOY, Joan Picó I. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, JMBosch Editor, 1997;
- KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p.171-205, set/dez/2015.
- LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil, *Revista de Processo – 116*, p. 29/39.
- _____. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001;
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I – Parte Geral, São Paulo: Atlas, 2005;
- _____. Fundamento Constitucional da Tutela de Urgência, *Revista Dialética de Direito Processual* nº 8, p. 69;
- LOPES, Maria Elizabeth Castro. O juiz e o princípio dispositivo, S. Paulo: RT, 2006;
- MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. S. Paulo: RT, 2007;
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 142.
- MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*, S. Paulo: RT, 2002;
- _____. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, Curitiba: Juruá, 2006;
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 372;
- MONTESANO, Luigi. “La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di ‘terza via’”, *Rivista di diritto processuale*, no 4, 2000, p.929/947;
- NERY JUNIOR, Nelson *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo: RT, 2004;
- PINTO, Bruna Patrícia Ferreira; MARQUES, Vinícius Pinheiro; PRATA, David Nadler. Processo Judicial Eletrônico e os Excluídos Digitais: Perspectivas Jurídicas a Partir do Ideal de Acesso à Justiça. *Revista Humanidades e Inovação*, vol. 8, n. 24, 2021. Disponível em <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/3192>. Acesso em 30/09/2025.
- RUIZ, Ivan Aparecido. “Princípio do acesso à justiça”. *Enciclopédia Jurídica da PUC.SP*. Tomo Processo Civil, edição 1, junho de 2018. Disponível em [\[https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica\]](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica). Acesso em 29.09.2025
- SOUSA, Rosalina Freitas Martins. Tese de Doutorado de de intitulada “A função jurisdicional adequada e a re-leitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, art. 5º, XXXV)”. UFPE, mar/2017. Disponível em [\[https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/29330\]](https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/29330). Acesso em 29.09.2025.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001;
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19.

ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL⁸³

Fernanda Tartuce⁸⁴

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA SOB O PRISMA NORMATIVO.

Nos termos do art. 5º, LXXIV da Constituição Federal, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

São também importantes fontes normativas sobre o tema o artigo 134 da Constituição Federal, a Lei nº 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária), o Código de Processo Civil entre os artigos 98 e 102 e a Lei Complementar nº 80/94 (que organiza a Defensoria Pública da União e prescreve normas gerais para sua organização).

Igualdade é ideal, enquanto desigualdade – sobretudo no Brasil – é constatação cotidiana; assim, à luz da consagração de isonomia, o assunto sempre precisou ser enfrentado na busca de reduzir disparidades.

As primeiras disposições sobre o desenvolvimento da assistência jurídica gratuita no Brasil se encontram nas Ordenações Filipinas de 1603, que apresen-

⁸³ Este texto é uma versão atualizada e ampliada da seguinte publicação: TARTUCE, Fernanda. Art. 5º, LXXVII. In *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 330-332.

⁸⁴ Doutora e Mestra em Direito Processual pela USP. Professora no Programa de Mestrado, coordenadora e docente em cursos de especialização na Escola Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Processo Civil do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBD-FAM) e da comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont). Vice-presidente da Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e da ABEP (Associação Brasileira Elas no Processo). Advogada, mediadora e autora de publicações jurídicas.

tavam previsões como a que eximia o réu de processos criminais do pagamento de custas processuais enquanto não possuísse condições de suportá-las.

Leis brasileiras com disposições mais específicas surgiram depois de 1840: como exemplo, a Lei nº 150 /1842 previa isenção ao réu considerado pobre de arcar com o “dízimo de Chancelaria” em processos cíveis. Foi somente a partir de 1900 que se intensificou a atenção dada à assistência jurídica gratuita no Brasil: estados como Rio de Janeiro e São Paulo passaram a instituir serviços de assistência judiciária locais baseados no modelo até então vigente no Distrito Federal.

Esse movimento estadual se fortaleceu com a criação da Ordem dos Advogados do Brasil em 1930: constava no primeiro Estatuto da Ordem que todo advogado deveria “aceitar e exercer, com desvelo, os encargos cometidos pela Ordem, pela Assistência Judiciária ou pelos Juízes competentes”. A tendência desde então verificada de atentar ao acesso à justiça dos hipossuficientes resultou na tutela do direito à assistência judiciária gratuita pela Constituição de 1934 (art. 113, nº 32).

A previsão da gratuidade da justiça deixou de constar na Constituição de 1937, mas retornou nos ordenamentos posteriores, sendo prevista nas Constituições de 1946 (art. 141, §35) e de 1967 (art. 150, §32); há também disposição específica na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 com a manutenção desse último teor.

A Constituição de 1934, assim como a de 1967, previa ser devida a gratuidade aos *necessitados* sem exigir que eles estivessem em situação de miserabilidade para fazer jus à isenção.

A Constituição de 1988 trouxe um avanço considerável: de modo coerente com a ampliação da garantia de acesso à justiça com igualdade, a norma não se limita a assegurar apenas assistência judiciária, mas reconhece ser devida a assistência jurídica, integral e gratuita a pessoas hipossuficientes.

Como se nota, o tema tem tradição considerável normativa e seu tratamento precisa ser aprimorado: no Brasil, milhões de pessoas vivem em situação de considerável pobreza e, com tantas pessoas em dificuldades para manejar os poucos recursos que auferem, é fácil entender porque a Constituição Federal reconhece a assistência jurídica integral e gratuita como direito fundamental.⁸⁵

⁸⁵ TARTUCE, Fernanda; COELHO, Caio Sasaki. *Presunção de veracidade da afirmação de insuficiência de recursos e gratuidade processual*. In Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil, v. a. 8, 2019, p. 2. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/405/339>. Acesso 02 out. 2025.

2. ANÁLISE DOUTRINÁRIA

A hipossuficiência configura a vulnerabilidade por insuficiência econômica e tem repercussão processual na medida em que impede ou dificulta a prática de atos pelo litigante⁸⁶.

Segundo dados da Pesquisa Nacional da Defensoria Pública, a estimativa atual indica que o país possui 187.001.753 habitantes com renda de até três salários-mínimos, o que representa 88,0% da população total com potencial de atendimento pela instituição⁸⁷.

A assistência jurídica integral e gratuita inclui todas as ferramentas para que uma pessoa possa promover a regularização de sua situação jurídica; assim, deve abranger não só a possibilidade de atuar em juízo, mas também a participação em consultas para acesso a informações jurídicas, o fornecimento de documentos e a atuação em serventias extrajudiciais, dentre outras medidas que se revelem necessárias.

O recebimento de prestação jurisdicional por parte do poder público é direito de todos, especialmente diante das garantias de inafastabilidade da jurisdição e da isonomia. Para buscar concretizar o efetivo acesso à justiça, a pessoa que sofre de vulnerabilidade econômica precisará ter asseguradas outras relevantes garantias constitucionais – como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

A assistência integral inclui a gratuidade para atuar em juízo com vistas a atenuar o custo da litigância. Nenhum ônus financeiro poderá recair sobre o beneficiário da gratuidade integral: incluem-se na isenção de recolhimentos os valores eventualmente devidos a auxiliares da justiça (como peritos) e os advindos de atos notariais e procedimentos administrativos praticados em prol do que se demanda em juízo.

A previsão constitucional atribui a obrigatoriedade de o Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita a quem comprovar insuficiência de recursos para arcar com despesas inerentes à sua atuação.

A comprovação da vulnerabilidade econômica deve ser feita a quem presta a assistência judiciária: ao fazer a triagem para assumir a representação, por exemplo, a Defensoria Pública (e quem exerce função equivalente) verifica a condição financeira do postulante. Feita a triagem e assumida a atuação em juí-

⁸⁶ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 190.

⁸⁷ “A estimativa atual indica que o país possui 187.001.753 habitantes com renda de até três salários-mínimos, representando 88,0% da população total” (Pesquisa Nacional da Defensoria Pública – 2025. Disponível em <https://share.google/oqctTWjmYcHfLn0NK>. Acesso 02 out. 2025).

zo, basta peticionar trazendo a afirmação sobre a insuficiência de recursos para que o vulnerável faça jus à gratuidade.

Dada a prevalência do acesso à justiça com isonomia – além da dificuldade de produzir prova negativa – prevalece o entendimento de que a regra sobre bastar afirmação da situação de pobreza para a incidência da gratuidade processual foi recepcionada pela Constituição de 1988⁸⁸. Não há superposição de previsões porque a Lei de Assistência Judiciária e o CPC tratam de assistência judiciária e gratuidade, enquanto a Constituição aborda auxílio jurídico em sentido amplo; ademais, a intenção da Lei Maior foi ampliar e não limitar o acesso à justiça.

O dispositivo sobre a suficiência da afirmação de pobreza constava no artigo 4º, § 4º da Lei 1.060/50 e passou a constar no CPC no art. 99 § 3º (“presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”).

Ressalte-se ainda que a assistência do jurisdicionado por advogado particular não impede a concessão da gratuidade da justiça: a conclusão, corroborada por outros dispositivos contemporâneos, é expressa no artigo 99, §4º do Código de Processo Civil vigente.

3. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.

a) Superior Tribunal de Justiça: basta declaração de hipossuficiência e só cabe indeferir quando há elementos nos autos que evidenciem o contrário⁸⁹.

(...) 2. Para a concessão dos benefícios da Justiça gratuita, basta a declaração, feita pelo interessado, de que sua situação econômica não permite vir a juízo, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, sendo certo, por outro lado, que o pedido somente poderá ser indeferido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais, o que não é a hipótese dos autos. (...) (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 2394530/SP, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. em 02/09/2024, DJe 04/09/2024)

(...) O Superior Tribunal de Justiça já fixou entendimento no sentido de que a declaração de pobreza objeto do pedido de assistência judiciária implica presunção relativa de veracidade, que pode ser afastada se o magistrado entender que há fundadas razões para crer que o requerente não se encontra no estado

⁸⁸ Além de posicionamentos doutrinários, há diversos precedentes – inclusive do Supremo Tribunal Federal, indicada ao final deste artigo – afirmando a recepção da lei da assistência judiciária pela Constituição de 1988 e a suficiência da afirmação de pobreza.

⁸⁹ As frases que resumem o teor das decisões e os respectivos julgados aqui mencionados constam na obra CPC na jurisprudência (DELLORE, Luiz G. P. ; TARTUCE, Fernanda; GAJARDONI, Fernando; Roque, André V.; MACHADO, Marcelo Pacheco; LEITE, Rodrigo; DUARTE, Zulmar. 4. ed. Indaiatuba: FOCO, 2025).

de miserabilidade declarado.... (STJ, AgInt no AREsp 2610781/RO, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 11/11/2024, DJe 13/11/2024).

b) Decisão clássica do Supremo Tribunal Federal: a previsão constitucional é compatível com mera afirmação da hipossuficiência.

“(…) A garantia do art. 5o, LXXIV- assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos – não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça” (...) (CF., art. 5o, XXXV) (RE 206.354-1 – 2o T. – Rei. Min. Carlos Velloso – DJU 02.05.1997).

c) Necessidade de comprovação da insuficiência de recursos por pessoa jurídica.

(...) 2. Nos termos da Súmula n. 481 do STJ, a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos faz jus ao benefício da assistência judiciária gratuita se demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais, pois não existe presunção legal de insuficiência de recursos na hipótese de pessoas jurídicas, o que, contudo, não restou evidenciado no caso, visto que a parte agravante limita-se a sustentar a sua impossibilidade de arcar com as custas processuais em razão de bloqueios judiciais efetivados em suas contas bancárias, colacionando aos autos apenas as ordens judiciais em tal sentido, deixando de trazer aos autos quaisquer outros documentos hábeis a comprovar tal alegação. (...) (STJ, AgInt no AREsp 2568099/DF, Rel. Min. TEODORO SILVA SANTOS, j. em 16/09/2024, j. em DJe 18/09/2024)

d) As entidades beneficentes de caráter filantrópico ou sem fim lucrativo é assegurado o direito ao benefício da assistência judiciária gratuita independentemente da comprovação da insuficiência econômica.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS PRESTADORA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 51 DA LEI N. 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. DEMONSTRAÇÃO. DESNECESSIDADE. EXIGÊNCIA DE SE TRATAR DE ENTIDADE FILANTRÓPICA OU SEM FINS LUCRATIVOS DESTINADA À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À PESSOA IDOSA. 1. Segundo o art. 98 do CPC, cabe às pessoas jurídicas, inclusive as instituições filantrópicas ou sem fins lucrativos, demonstrar sua hipossuficiência financeira para que sejam beneficiárias da justiça gratuita. Isso porque, embora não persigam o lucro, este pode ser auferido na atividade desenvolvida pela ins-

tuição e, assim, não se justifica o afastamento do dever de arcar com os custos da atividade judiciária. 2. Como exceção à regra, o art. 51 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) elencou situação específica de gratuidade processual para as entidades beneficentes ou sem fins lucrativos que prestem serviço à pessoa idosa, revelando especial cuidado do legislador com a garantia da higidez financeira das referidas instituições. 3. Assim, não havendo, no art. 51 do Estatuto do Idoso, referência à hipossuficiência financeira da entidade requerente, cabe ao intérprete verificar somente o seu caráter filantrópico e a natureza do público por ela atendido. (...) (STJ, REsp 1.742.251/MG, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/08/2022, DJe de 31/08/2022).

e) Visão contrária: necessidade de comprovação da insuficiência por parte de tais pessoas jurídicas.

(...) Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: ... II) a concessão do benefício de gratuidade da justiça a pessoa jurídica, ainda que em regime de liquidação extrajudicial, recuperação judicial ou sem fins lucrativos, somente é possível quando comprovada a precariedade de sua situação financeira, inexistindo, em seu favor, presunção de insuficiência de recursos (incidência da Súmula 481/STJ)... (STJ, AgInt no AREsp 2576243/SP, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. em 02/09/2024, DJe 13/09/2024)

f) Expectativa de recebimento é insuficiente para afastar suspensão de exigibilidade inerente à gratuidade.

(...) O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que o aferimento da insuficiência econômica para fins da assistência judiciária gratuita é de ser realizado ante as circunstâncias concretas em que se encontra a pessoa (natural ou jurídica) no momento em que formulado o correspondente pedido. IV – Assim, é insuficiente para o afastamento da suspensão da exigibilidade da prestação honorária, prevista no art. 98, § 3º, do CPC/2015, a circunstância de que a parte possui crédito a receber (o crédito executado). Neste sentido: (AgInt no REsp n. 1.907.868/CE..., AgInt no REsp n. 1.611.540/RJ... e AgInt no REsp n. 1.727.995/PE...) (...) (STJ, AgInt no REsp 2159531/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. em 14/10/2024, DJe 16/10/2024)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE SOCIAL E DIREITO SOCIAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. (...). 1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado

o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário. (...) (STF, ADI 5766, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 20/10/2021, Publicação: 03/05/2022)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELLORE, Luiz G. P.; TARTUCE, Fernanda; GAJARDONI, Fernando; Roque, André V.; MACHADO, Marcelo Pacheco; LEITE, Rodrigo; DUARTE, Zulmar. *CPC na Jurisprudência*. 4. ed. Indaiatuba: FOCO, 2025.

TARTUCE, Fernanda. Art. 5º, LXXVII. In *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 330-332.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Fernanda; COELHO, Caio Sasaki. Presunção de veracidade da afirmação de insuficiência de recursos e gratuidade processual. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. a. 8, 2019, p. 2. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/405/339>. Acesso 02 fev. 2025.

ACESSO À JUSTIÇA: JUSTIÇA RESTAURATIVA, DIREITOS HUMANOS E HUMANIZAÇÃO DOS PROCESSOS

Janaina de Castro Marchi Medina ⁹⁰

Angélica Ferreira Rosa ⁹¹

RESUMO

Este artigo explora a relação entre o acesso a justiça e a Justiça Restaurativa, destacando os principais aspectos humanitários e éticos compartilhados por esses dois campos. Parte-se da premissa de que, embora atuem em contextos distintos – a Justiça Restaurativa no âmbito jurídico-social e o acesso a justiça no contexto constitucional e processual –, ambos compartilham valores fundamentais como autonomia, dignidade humana, direitos humanos, empatia, responsabilização, reparação do dano, diálogo, cuidado e não maleficência. Por meio de pesquisa bibliográfica interdisciplinar, o artigo examina como esses princípios

⁹⁰ Doutora em Ciências pela Universidade Estadual de Maringá e doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo. Tem formação nas áreas de ciências jurídicas e de ciências da saúde. Foi professora pesquisadora convidada na *Université Paul Sabatier* – Toulouse III, na França. Seus principais estudos e pareceres, na área de direito constitucional, dizem respeito à área de direito fundamental à saúde. Autora de livros, artigos e capítulos de livros. Advogada, parecerista, atualmente, é professora, pesquisadora e orientadora de pesquisa na área de Socioantropologia do Direito e Direitos Humanos no Centro Universitário Ingá – Uningá. E-mail: janainacmm@gmail.com. <https://linktr.ee/profe.janaina>.

⁹¹ Coordenadora e docente do curso de Direito do Centro Universitário Ingá (Uningá). Pós-doutoranda e doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direitos de Personalidade pela Unicesumar e graduada pela Universidade Estadual de Maringá. É também docente avaliadora de cursos de Direito do Ministério da Educação/INEP e membro de comissões da OAB de Maringá-PR, além de atuar como parecerista da Revista Jurídica da UFRGS. Participa de eventos acadêmicos e desenvolve projetos nas áreas de Direito da Família, Constitucional, Civil e Processual Civil, com foco nos Direitos de Personalidade. Advogada. E-mail: direito@uninga.edu.br.

manifestam-se e se entrelaçam nas duas áreas. Autores clássicos e contemporâneos, brasileiros e estrangeiros, são citados para fundamentar a análise, incluindo Howard Zehr, Kay Pranis, Jorge de Figueiredo Dias, Hermínio Marques Porto, Tony Marshall, Lode Walgrave, Maria Lúcia Karam, Rubens Casara, Nilo Batista, autores clássicos estrangeiros e nacionais que tratam temas profundos da análise da Justiça Restaurativa e, no campo processual e constitucional, Mauro Cappelletti, Bryant Garth, Kazuo Watanabe e José Miguel Garcia Medina, entre outros. O estudo conclui que a interface entre Justiça Restaurativa e o acesso a justiça revela uma base humanista comum, orientada à promoção da dignidade humana, à prevenção de danos e à construção de respostas mais eficientes e reparadora a dilemas, reforçando a centralidade do diálogo e do respeito à pessoa em qualquer contexto de resposta aos diferentes tipos de conflitos.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; Acesso à Justiça; Autonomia; Dignidade Humana; Empatia; Responsabilização; Reparação; Diálogo.

Introdução

O acesso à justiça é cláusula estruturante do Estado Democrático de Direito e condição de legitimidade do processo. A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inc. XXXV assegura a inafastabilidade da jurisdição e que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem apreciação judicial. A CF também garante assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, no art. 5º, inc. LXXIV e a razoável duração do processo no art. 5º, inc. LXXVIII.

Esses comandos constitucionais informam também o Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), cujo art. 1º impõe interpretação conforme os valores democráticos e constitucionais. O art. 3º reconhece e promove meios adequados de solução de conflitos, inclusive conciliação e mediação (§§ 2º e 3º), sem excluir a jurisdição. O art. 4º afirma o direito à solução integral do mérito em prazo razoável, densificando a garantia constitucional. A cooperação processual (art. 6º) e a paridade de tratamento (art. 7º) concretizam um contraditório efetivo e participativo. Os arts. 9º e 10 vedam a “decisão surpresa”, exigindo prévia oitiva e possibilidade de influência das partes. Também as medidas executivas atípicas (art. 139, IV) e negócios processuais (art. 190) ampliam a efetividade com respeito às garantias. A audiência de conciliação do art. 334 materializa a política pública de tratamento adequado dos conflitos.

O CPC, inspirado pela Constituição, orienta a gestão do processo por proporcionalidade, cooperação e eficiência, sem sacrificar garantias. A Constituição e o CPC, portanto, convergem para um modelo inclusivo de justiça, preocupado com resultados socialmente úteis e com a dignidade da pessoa humana.

Nos últimos anos, observa-se um crescente diálogo entre diferentes campos do saber na busca de soluções mais humanas e eficazes para problemas complexos. A Justiça Restaurativa (JR), surgida como uma alternativa ao paradigma punitivo tradicional no sistema de justiça criminal, e o acesso a justiça,

disciplina que orienta os dispositivos constitucionais e processuais anteriormente citados, parecem à primeira vista pertencer a universos distintos. No entanto, ambas compartilham preocupações éticas centrais e valores humanísticos semelhantes. Cada uma, em seu contexto, promove o respeito aos direitos humanos, a reparação de injustiças e o bem-estar das pessoas.

Este artigo tem como objetivo examinar como e por que Justiça Restaurativa e acesso à justiça convergem em torno de valores sociais e humanitários comuns. Parte-se da hipótese de que existe uma base compartilhada entre elas – centrada em temas como autonomia, dignidade humana, empatia, responsabilização, reparação do dano, justiça dialógica e cuidado – que reflete um paradigma humanizador tanto no tratamento de conflitos sociais quanto nas decisões sobre a vida das pessoas.

Para desenvolver a análise, recorreremos a aportes teóricos de diversos autores de renome nos dois campos. Autores pioneiros da Justiça Restaurativa, como Howard Zehr, Kay Pranis, Tony Marshall, Lode Walgrave e John Braithwaite, enfatizam os aspectos morais desse modelo de justiça, enquanto os juristas do direito brasileiro como Jorge de Figueiredo Dias, Hermínio Marques Porto, Maria Lúcia Karam, Rubens Casara e Nilo Batista têm refletido criticamente sobre os fundamentos éticos do sistema processual e penal e a necessidade de abordagens dialógicas e reparadoras.

No campo do acesso à justiça, premissas clássicas formuladas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (Projeto Florença) e reflexões contemporâneas de autores como Kazuo Watanabe e José Miguel Garcia Medina, que integram altos escalões de direito processual constitucional e direitos humanos – fornecem o pano de fundo para essa interface conceitual.

Metodologicamente, o estudo apoia-se em revisão bibliográfica interdisciplinar, analisando literatura acadêmica, documentos institucionais e obras clássicas. A estrutura do artigo segue a forma acadêmica tradicional: após esta introdução, desenvolvemos a discussão em seções temáticas correspondentes aos principais valores compartilhados entre JR e o acesso à justiça. Em seguida, na conclusão, sintetizamos os achados, argumentando que a aproximação entre esses campos enriquece a ambos, apontando para boas práticas de justiça e cuidado mais humanos e éticos.

1. PLANO DE CONVERGÊNCIA ENTRE O ACESSO À JUSTIÇA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

De acordo com a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, “o direito de acesso à Justiça, previsto no artigo 5º XXXV da Constituição Federal, além de vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”, e “por isso cabe ao Judiciário estabelecer política publica

de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais como a mediação e a conciliação”.

O autor José Miguel Garcia Medina, ao tratar do mesmo artigo e inciso da CF analisa a “justiça multiportas” que deriva da necessidade de classificar os variados litígios, antes de identificar qual o meio (ou os meios) mais adequado (s) para solucioná-los.⁹²

No plano teórico do acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no Projeto Florença, descrevem três “tendências” de evolução da melhoria no acesso à justiça, quais sejam: assistência, tutela coletiva e reformas institucionais. Aqui temos a convergência entre os temas propostos no título, o qual a Justiça Restaurativa, no campo da resolução de conflitos e da administração da justiça, emerge com métodos e paradigmas que visam uma solução mais humana e eficaz do que o litígio tradicional.

Kazuo Watanabe ressalta a integração de técnicas processuais e meios consensuais para reduzir barreiras econômicas e organizacionais. Dessas premissas decorre que acesso à justiça não é só portas abertas, mas tutela adequada, efetiva e tempestiva ao direito material.

José Miguel Garcia Medina, ensina ao analisar o art. 5º XXXV da Constituição Federal, que o acesso à ordem pública justa e outros meios de solução de conflitos remete as partes, ao renunciarem ao litígio e a prestação jurisdicional tradicional, buscarem por si mesmas a resolução do conflito por meio do procedimento arbitral, ou ainda, buscarem a solução por meio da conciliação ou da mediação.

2. AUTONOMIA E PARTICIPAÇÃO VOLUNTÁRIA COMO FORMA DE HUMANIZAÇÃO DOS PROCESSOS

A Autonomia, que pode ser entendida como a capacidade de cada indivíduo tomar decisões livres e informadas sobre sua própria vida é um princípio basilar do direito e encontra eco na justiça restaurativa. A autonomia manifesta-se classicamente pelo consentimento livre e esclarecido da pessoa, cujo direito de decidir sobre questões que envolvem sua vida deve ser respeitado.

Na justiça restaurativa, embora o contexto seja distinto (tratamento de um conflito ou crime), a autonomia também ocupa lugar central, sobretudo sob

⁹² Existe uma tendência atual e mundial que se instaure uma Justiça “multiportas”, a expressão inglesa *Multi-door courthouse* (centro de justiça abrangente), originalmente tratado pelo autor Frank Sander que defendeu que se flexibilizasse e diversificasse os meios de resolução de conflitos. *In*: MEDINA, J. M. G., 2024, p. 137-139.

a forma de voluntariedade e protagonismo das partes envolvidas. Processos restaurativos, como círculos de diálogo ou mediação vítima-ofensor, só podem ocorrer com o consentimento e adesão voluntária de vítima e ofensor o que é confirmado por diretrizes institucionais, incluindo resolução do Conselho Nacional de Justiça no Brasil, que exige o prévio consentimento de todos os envolvidos a participar e assegura o direito de retratação.⁹³

Ninguém pode ser coagido a participar de um círculo restaurativo; do contrário, perder-se-ia seu caráter ético e dialógico. Rubens Casara, juiz e pensador crítico do sistema penal, argumenta que a justiça deve abandonar a mentalidade autoritária e dar voz ativa aos sujeitos do conflito, respeitando suas escolhas e narrativas.⁹⁴

Essa perspectiva converge com a de Walgrave, criminólogo belga, que ressalta o caráter voluntário das práticas restaurativas, entendendo que processos dialógicos e consensuais devem ser priorizados justamente por valorizarem a autonomia e a autodeterminação das partes envolvidas. Walgrave sustenta que a justiça restaurativa, para ser compatível com um Estado democrático de direito, precisa fornecer salvaguardas legais semelhantes às do processo tradicional, mas sem renunciar à voluntariedade e do consenso entre as partes. Em outras palavras, processos deliberativos calcados na vontade das partes devem ser sempre priorizados, pois a construção conjunta da solução – algo inviável sem autonomia é o que confere legitimidade ética ao resultado.⁹⁵

Ao mesmo tempo, a justiça restaurativa empodera os participantes para que sejam agentes ativos na resolução do conflito, em vez de meros espectadores de decisões estatais. Isso reflete a noção de autonomia como autogoverno: as partes têm voz e poder de decidir, conjuntamente, quais passos tomar para reparar o dano e seguir em frente.

Marshall definiu a justiça restaurativa precisamente como um processo de diálogo no qual as pessoas afetadas por um crime, quais sejam, vítima, infrator e membros da comunidade se reúnem para, de forma conjunta, decidir a melhor forma de resolver o problema e lidar com suas implicações futuras. Nesse

⁹³ Com base nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12 da ONU o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprova a Resolução 225 de 31 de maio de 2016 do CNJ, com a intensão de normatizar e organizar programas de incentivo à Justiça Restaurativas de forma eficaz e sustentável.

⁹⁴ CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

⁹⁵ WALGRAVE, Lode. **Integrating Criminal Justice and Restorative Justice**. In: **Handbook of Restorative Justice**. Coordenadores: Gerry JOHNSTONE e Daniel VAN NESS. Cullompton: Willan Publishing, 2007. No capítulo da obra o autor defende a substituição da punição pela reparação e a voluntariedade nos processos restaurativos.

contexto, fica explícito o elemento participativo e consensual que pressupõe autonomia e igualdade entre os participantes.⁹⁶

Maria Lúcia Karam, ex-juíza e criminóloga abolicionista, oferece uma crítica contundente à lógica paternalista do sistema penal que frequentemente suprime a autonomia das pessoas em nome de uma proteção abstrata. Comentando a interferência estatal nos casos de violência doméstica, Karam observa que quando o Estado impede a vítima de decidir se deseja ou não continuar com a ação penal contra seu agressor, “retira a autonomia dela”, tratando-a como incapaz de escolher. Essa postura, segundo a autora, contradiz a promoção de direitos e a igualdade, reforçando visões patriarcais de incapacidade feminina. Passando para o nosso contexto, a crítica de Karam ilustra a importância de respeitar a vontade e a autodeterminação das vítimas e dos ofensores nos processos restaurativos, evitando-se reproduzir tutelas autoritárias que tornam inerte a ação dos diretamente envolvidos no conflito.

Assim, quer seja no consentimento do paciente para um procedimento médico, quer seja na decisão de um ofensor e uma vítima em participar de um círculo restaurativo, a autonomia emerge como “valor” e como “guia”. Ambos os campos reconhecem que somente com respeito à autonomia é possível alcançar soluções éticas: protegendo a liberdade pessoal e a dignidade do envolvidos na justiça restaurativa, conferindo legitimidade e eficácia ao acordo restaurativo. A justiça social requer que todos tenham sua dignidade e autonomia respeitada, afirma Kay Pranis,⁹⁷ e isso inclui permitir que cada um tenha voz sobre o que diz respeito à sua própria vida e sofrimento.

3. DIGNIDADE HUMANA E HUMANIZAÇÃO DOS PROCESSOS

A Justiça Restaurativa foi formalmente reconhecida pela Organização das Nações Unidas (ONU) na Resolução 2002/12 de 24 de julho de 2002. Esta resolução estabelece princípios fundamentais, como a participação volun-

⁹⁶ Marshall relata que: “visando solucionar, conjuntamente, [...] com a ajuda de um facilitador”. Neste ponto de vista, o autor traça um paralelo com as práticas de decisão compartilhada como nos casos de tratamento de saúde, nas quais médico e paciente deliberam juntos sobre o melhor a ser feito, ou com os comitês de ética deliberativos, que promovem diálogos plurais para decisões difíceis. Em ambos os campos, a valorização da autonomia individual caminha lado a lado com o incentivo à participação informada e à corresponsabilidade nos rumos tomados. MARSHALL, Tony. **Restorative Justice: An Overview**. London: Home Office, 1999.

⁹⁷ PRANIS, Kay. **Processos Circulares: Teoria e Prática**. São Paulo: Palas Athena, 2010. Tradução de Tônia Van Acker. Enfatiza a construção de paz por meio do diálogo, empatia e respeito.

tária e a confidencialidade, para a implementação dessa prática em todos os países-membros.

Outro fator importante da Resolução da ONU, incluiu-se a oportunidade de se desenvolver um novo instrumento com a finalidade de orientação dos procedimentos restaurativos, levando-se em conta a existência de compromissos internacionais a respeito das vítimas, particularmente, a “Declaração sobre Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder” e as notas e atas das discussões sobre Justiça Restaurativa durante o “Décimo Congresso sobre Prevenção do Crime e do Tratamento de Ofensores” na agenda intitulada “Ofensores e Vítimas – Responsabilidade e Justiça no Processo Judicial”.

Aqui a Justiça Restaurativa deve ser compreendida não como um simples processo ou prática, mas como um conjunto de finalidades e valores que orientam o tratamento dos conflitos. Essa abordagem transformadora visa restaurar os danos causados à vítima, responsabilizar o infrator de maneira inclusiva e reconciliar as relações sociais rompidas, promovendo uma cultura de paz e inclusão. O que contribui para clarificar o alcance e as finalidades da Justiça Restaurativa, defendendo uma perspectiva que valoriza não apenas a resolução do conflito, mas também a transformação das relações interpessoais e sociais.

No campo jurídico, especialmente no contexto penal, a dignidade humana também desponta como valor constitucional (no Brasil, é fundamento da República, conforme art. 1º, III da Constituição Federal). Contudo, práticas de justiça tradicionais nem sempre honraram esse princípio. A emergência da justiça restaurativa, em boa medida, foi uma resposta à percepção de que o sistema punitivo frequentemente desrespeita a dignidade das pessoas, seja ignorando as vítimas e sua dor, seja desumanizando os ofensores por meio de penas cruéis ou estigmatização.

Howard Zehr,⁹⁸ um dos pioneiros da JR, costuma afirmar que crime não é apenas violação da lei, mas uma violação de pessoas e de relacionamentos. E se o crime fere pessoas, a resposta à ofensa não pode causar novas violações de sua dignidade. Zehr propõe “mudar as lentes” através das quais vemos a justiça: em vez de perguntar que lei foi violada e como punir, perguntar quem foi ferido, quais as necessidades decorrentes disso e de que forma restaurar o que foi perdido. Nessa ótica, todos os envolvidos (vítimas, infratores, comunidade) devem ser tratados como seres humanos plenos, com igual consideração e respeito.

Kay Pranis enfatiza que a justiça social requer que todos tenham sua dignidade respeitada, inclusive aqueles que causaram o dano. Essa afirmação, feita

⁹⁸ ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa: Teoria e Prática**. São Paulo: Palas Athena, 2015. Texto introdutório breve, parte da Série “da Reflexão à Ação”, enfatizando princípios e valores da JR com a aplicação prática e a importância de se ter uma decisão/resolução de conflito compartilhada e humanizada.

por Pranis em recente visita ao Brasil, sublinha uma postura radicalmente humanizadora, isto é, mesmo quem cometeu um crime mantém sua condição de ser humano dotado de dignidade e valor, e deve ser tratado como tal. A autora critica a cultura da condenação e do estigma, lembrando que vivemos em um paradigma que prontamente rotula e exclui os “criminosos” do círculo de consideração humana, quando na verdade “por pior que sejam as condutas cometidas, as pessoas mantêm sua dignidade, pelo simples fato de serem pessoas”.

Essa visão ressoa fortemente com a de Maria Lúcia Karam, que afirma que o sistema penal tradicional é “profundamente desigual” e fundamentado na estigmatização, ao dividir pessoas entre criminosos e “cidadãos de bem”, violando o princípio de que todos são iguais em dignidade.

Concretamente, a dignidade humana na justiça restaurativa como justiça acessível se expressa em diversos aspectos. Primeiro, na linguagem e abordagem, pois os ofensores são chamados a assumir responsabilidade, mas não são humilhados, ao contrário, são convidados a compreender o impacto de seus atos e a reparar o dano de maneira significativa. Segundo, oferece-se espaço seguro para que vítimas relatem seu sofrimento e tenham esse sofrimento reconhecido e validado, algo essencial para restaurar sua dignidade abalada pela ofensa.

Como escreve Sabadell,⁹⁹ as práticas restaurativas promovem diálogo em que cada parte pode expor como o crime a afetou e o que seria necessário para “superar” os danos, em lugar de relegar a vítima à mera condição de testemunha ou prova no processo penal. Terceiro, evita-se a coisificação das pessoas, pois nas práticas restaurativas ninguém é tratado como objeto passivo das decisões de terceiros (o juiz, o Estado), mas sim como sujeito ativo. Esse tratamento é profundamente dignificante, pois reconhece a capacidade moral e a autonomia de cada indivíduo envolvido.

Na perspectiva dos direitos humanos, publicamos recentemente que a Justiça Restaurativa deve ser analisada em ambientes sociais variados para que seja investigada a pertinência dos círculos restaurativos e suas variações como prática na implementação do acesso a justiça. E, mesmo que a princípio, parece contraditório o propósito de restaurar relações humanas com o entendimento popular de “Justiça”, em que sistemas judiciais se baseiam na punição e na imposição de sanções. Isso aliado aos grandes desafios enfrentados pelo Judiciário, como a sobrecarga de processos e a insatisfação das partes envolvidas com as decisões judiciais.¹⁰⁰

⁹⁹ Sabadell, Ana Paula. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁰⁰ ROSA, Angelica Ferreira; COSTALDELLO, Ângela e MEDINA, Janaina de Castro Marchi. **Direitos humanos e justiça restaurativa: perspectivas contemporâneas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1076, p.183-206.

Em suma, tanto a justiça restaurativa quanto o acesso a justiça convergem na afirmação incondicional da dignidade humana. Essa convergência se manifesta na humanização dos procedimentos: substituir a lógica do castigo e da objetificação por uma lógica de reconhecimento mútuo, compreensão e respeito. Ao fazê-lo, cumprem a máxima de Kant de tratar a humanidade jamais apenas como meio, mas sempre também como fim em si mesma. A Justiça Restaurativa, nesse sentido, pode ser vista como uma concretização no âmbito da justiça do imperativo ético de valorizar a pessoa humana. Essa restauração de dignidade é condição para a cura individual e social pós-conflito.

4. RESPONSABILIZAÇÃO E REPARAÇÃO DO DANO

Um dos pilares conceituais que une Justiça Restaurativa, o acesso a justiça e a humanização dos processos é a ideia de responsabilização acompanhada de reparação. Na justiça restaurativa, responsabilizar não significa simplesmente punir ou rotular o infrator como culpado, mas convocá-lo a reconhecer o erro e a assumir deveres para com aqueles que foram prejudicados. Essa responsabilização ativa tem como corolário a reparação do dano, seja ele o dano material, simbólico ou moral causado pelo ato ilícito.

Na justiça tradicional e litigante fala-se menos em “responsabilização” no sentido individual, mas o princípio da justiça frequentemente é interpretado como demanda por reparação e correção de injustiças. Marshall já ressaltava que os três elementos centrais da justiça restaurativa são: (a) satisfação da vítima (reparação); (b) conscientização e responsabilização do ofensor; e (c) reconciliação com a comunidade. Nessa linha, Marshall e outros autores indicam que a reparação expressa concretamente a aceitação de responsabilidade por parte do ofensor. A reparação pode ser de diversas formas, como por exemplo, através de pedidos de desculpas sinceros, gestos de respeito, ou material, como restituição financeira, prestação de serviço comunitário, etc. O fundamental é que seja algo acordado entre as partes e que atenda às necessidades das vítimas, reconhecendo-se que elas “sofreram danos” e esses danos foram reconhecidos pelo infrator. Esse reconhecimento é crucial: sem ele, não há verdadeira responsabilização, apenas imposição externa de pena.

Walgrave, por sua vez, argumenta que a justiça restaurativa “se concentra não apenas na responsabilização do infrator, mas também na reparação do dano causado às vítimas” (Walgrave, 2008, *apud* Maxwell), criticando o que ele chama de responsabilização passiva do sistema tradicional, em que o condenado recebe a pena de forma quase burocrática. De fato, quando alguém é preso ou multado sem entender o alcance de suas ações e sem fazer nada para reparar a vítima, pode-se questionar até que ponto houve genuína responsabilização moral. Walgrave defende substituir a lógica da punição pela lógica da restaura-

ção, ou, em suas palavras, “impor a restauração em lugar da dor”, ressaltando que a resposta judicial deveria priorizar a reparação ao invés do sofrimento do condenado. Assim, para autores como ele, a noção de responsabilidade na Justiça Restaurativa envolve responder pelos próprios atos de forma ativa, o que inclui participar da reparação e eventualmente da reconciliação, e não apenas submeter-se a uma sanção.

É importante notar que a responsabilização na Justiça Restaurativa é dialógica e “educativa”, no sentido de promover conscientização. Zehr e outros autores falam em responsabilização educativa, de forma que, o ofensor aprende sobre o impacto do que fez e aprende uma forma diferente de se relacionar com a norma violada. Essa dimensão pedagógica também interessa ao acesso à justiça, sobretudo na prevenção de incidentes e na promoção de culturas institucionais éticas e voltadas para resultados sociais positivos. Nesse sentido, a *accountability* restaurativa engloba arrependimento genuíno, mudança de atitude e um compromisso de não repetir o erro o que se alinha perfeitamente com o princípio social educativo do direito e com a prevenção de danos futuros.

Por fim, a ideia de justiça como reparação conecta-se ao processo humanizado e aos direitos humanos em um nível de justiça que busca “curar” a injustiça cometida e restabelecer um equilíbrio moral rompido. Nesse sentido, pode-se dizer que as práticas restaurativas aplicam no campo social o princípio ético da beneficência (fazer o bem, ajudar e curar) em resposta a um mal (crime) já consumado, enquanto o sistema retributivo tradicional aplicaria apenas uma “pena” e, que muitas vezes não melhora em nada a situação da vítima, podendo até piorar, ao não lhe dar voz.

Jorge de Figueiredo Dias,¹⁰¹ jurista e penalista, argumenta que o sistema penal deve abrir-se a tendências consensuais e reparadoras como forma de aprimorar sua legitimidade e eficácia (Dias, 2011). Para ele, oferecer ao autor do delito a oportunidade de responder de forma significativa perante sua vítima e responsabilizar-se pela reparação do dano é fundamental, pois “a mera imposição de uma pena constitui um ato passivo, que não requer a conscientização das responsabilidades” logo, não satisfaz nem a prevenção nem a justiça efetiva. Essa observação de Dias ecoa a crítica de vários autores restaurativos, de modo que punir passivamente não muda corações nem mentes, ao passo que engajar o ofensor na reparação ativa promove transformação pessoal e social e justiça concreta para a vítima.

Em resumo, responsabilização e reparação formam um binômio ético compartilhado entre a justiça restaurativa e o processo, ambos comprometidos com a justiça. No contexto restaurativo, isso assume a forma de acordos repara-

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa e Direito Penal**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

dores, no contexto ético e social, de compensações justas e melhora da empatia social. Em ambos, reforça-se a noção de que a verdadeira ética não se satisfaz em atribuir culpa, mas exige responder ao sofrimento causado, sanando-o na medida do possível.

5. JUSTIÇA DIALÓGICA E DECISÃO COMPARTILHADA

Há uma busca, tanto processual, do acesso à justiça quanto da Justiça Restaurativa por modelos de justiça dialógica, ou seja, processos em que o diálogo genuíno e o entendimento mútuo são centrais para se alcançar soluções justas. Em questões complexas e casos difíceis, é comum recorrer a comitês de ética ou a processos deliberativos que envolvem profissionais das mais variadas áreas, equipes multidisciplinares, peritos e mesmo as partes discutindo juntos qual a melhor conduta. Essa abordagem deliberativa reconhece que conflitos de valores não se resolvem autoritariamente, mas através de comunicação e argumentação. Já as Justiça Restaurativa, por definição, é um processo dialógico de resolução de conflitos ao contrário do sistema adversarial clássico, em que cada parte fala aos juízes, mas raramente entre si, a prática restaurativa coloca vítima, ofensor e comunidade para conversar diretamente, com ajuda de facilitadores, em busca de entendimento e acordo.

O conceito de justiça dialógica tem raízes na filosofia de Jürgen Habermas e em teorias da comunicação. Trata-se da ideia de que a legitimidade de uma decisão de justiça aumenta quando ela resulta de um processo comunicativo inclusivo, onde todos os afetados têm oportunidade de voz e onde os argumentos são considerados sem coação.

De maneira idêntica, ao analisar tribunais internacionais e transicionais, percebe-se que o paradigma da justiça dialógica se concilia com o da justiça restaurativa, oferecendo alternativas para a reconstrução social, privilegiando formas mais interativas de resolução de disputas em vez de formas adversariais. Um exemplo desse tipo de trabalho é feito pela organização não governamental Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ, *International Committee of Transitional Justice*, em inglês), que afirma que Justiça Transicional é: “o conjunto de medidas judiciais e não judiciais que têm sido implementadas por diferentes países para reparar um legado de massivos abusos aos direitos humanos”¹⁰².

Segundo o site supracitado do MPF, o objetivo central do processo de Justiça de Transição é o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, com o desenvolvimento de garantias para que não se repitam violações em massa aos Direitos Humanos, de modo que, incorporar a perspectiva dialógica

¹⁰² BRASIL. Ministério Público Federal – MP. **Justiça Transicional e atuação do MPF** (2019), biblioteca digital. Disponível em <<https://justicadetransicao.mpf.mp.br/>>, acesso em 04/01/2025. (MPF – MP. Justiça Transicional e atuação do MPF, biblioteca digital)

é fundamental para que haja reconciliação em sociedades pós-conflito. Esse raciocínio vale também em microescala em uma comunidade local afetada por um crime, uma abordagem dialógica, como um círculo comunitário, pode restaurar a harmonia de maneira mais eficaz e legítima do que um julgamento puramente punitivo.

Nas práticas restaurativas, a estrutura dialógica é cuidadosamente construída. Como nos círculos de paz delineados por Kay Pranis, na qual há o uso de um “bastão da palavra” para garantir que todos sejam ouvidos sem interrupção, como nas conferências familiares neozelandesas, observadas por Marshall, existe uma preocupação em criar espaço para cada voz. Todos os participantes têm voz e vez nos procedimentos e nos resultados, sendo os principais tomadores de decisão. Isso não significa que o facilitador ou mediador se ausente, pelo contrário, ele atua para equilibrar as falas, evitar julgamentos pessoais e manter o foco no futuro e na solução. Porém, o papel do facilitador é catalisar o diálogo, não impor uma solução pronta. Daí falar-se em justiça dialógica, pois a justiça emerge do diálogo entre os envolvidos, e não de um veredicto unilateral de autoridade. Esse caráter dialógico reforça, por sua vez, outros princípios já citados como o empoderamento, autonomia, respeito.

Rubens Casara e outros juristas brasileiros críticos apontam que o processo penal tradicional, com sua formalidade e tecnicismo, muitas vezes silencia aqueles que mais deveriam falar, que são as partes diretamente implicadas. Casos emblemáticos como o do Tribunal do Júri, onde vítima e réu quase não interagem, exemplificam uma justiça pouco dialógica. Casara reflete por uma justiça mais horizontal, em que o juiz assuma uma postura facilitadora e não de inquisidor, permitindo maior interação entre acusação, defesa, vítima e sociedade.

Essa visão vai ao encontro do que a Justiça Restaurativa propõe, isto é, um encontro horizontal entre partes, com o Estado num papel subsidiário, garantindo estrutura e legalidade, mas não monopolizando a decisão. É justamente o que a Resolução 225/2016 do CNJ procurou incentivar ao estabelecer uma política nacional de justiça restaurativa, reconhecendo a possibilidade de utilizar práticas dialógicas em casos penais.

O reconhecimento dialógico aparece, por exemplo, nos grupos de apoio e aconselhamento psicológico para pacientes em certas condições (como comitês consultivos de pacientes oncológicos, ou grupos de aconselhamento genético). Nesses espaços, promove-se a troca de experiências e sentimentos, ajudando os envolvidos a tomarem decisões informadas e significativas para si. Assim como na Justiça Restaurativa, o facilitador tem o papel de garantir que a conversa ocorra num clima de respeito, confidencialidade e compreensão mútua.

Em suma, a justiça dialógica constitui um elo metodológico e valioso entre a Justiça Restaurativa e a garantia constitucional de acesso à justiça, pois ambas reconhecem que as melhores soluções para conflitos ou dilemas emergem

quando todas as partes interessadas podem se comunicar abertamente, em busca de consenso ou, ao menos, de entendimento. A verdade unilateral e a justiça deixam de ser impostas verticalmente e passam a ser construídas coletivamente, o que tende a gerar maior legitimação e adesão aos resultados. Trata-se, em última análise, de uma democratização da gestão de conflitos, seja no tribunal, seja em outros espaços sociais, algo alinhado tanto com os ideais democráticos quanto com a centralidade do ser humano preconizada pelos direitos humanos.

Conclusão

A análise empreendida ao longo deste artigo evidencia que Justiça Restaurativa e a garantia de acesso a justiça, não operam em esferas distintas, mas compartilham um núcleo ético-filosófico comum voltado para a humanização das relações e das práticas. Principais valores como autonomia, dignidade da pessoa, empatia, responsabilização, reparação e diálogo aparecem em ambos os campos como pilares orientadores. Essa convergência não é meramente terminológica; revela uma visão de mundo alinhada, que coloca o ser humano em sua integridade, seu bem-estar e suas relações no centro das preocupações.

Observamos que a autonomia, encontra expressão na justiça restaurativa através do voluntarismo e do protagonismo das partes. Em vez de decisões impostas hierarquicamente, há escolhas informadas e consentidas, tanto no consentimento das partes ou dos sujeitos, quanto no acordo restaurativo entre vítima e ofensor.

A dignidade humana, fundamento ético universal, permeia igualmente os dois campos. A Justiça Restaurativa procura garantir que todos e mesmo o infrator seja tratado com respeito e não seja reduzido a mero objeto de punição, ao passo que a garantia do acesso a justiça busca meios de solução diferentes dos impositivos tradicionais e que respondam às expectativas das tendências mundiais de pacificação de conflitos e das várias modalidades de justiça (*multi-door courthouse*).

A responsabilização e reparação do dano mostrou-se outra ponte conceitual: no contexto penal restaurativo, responsabilizar significa engajar moralmente o ofensor na correção do mal causado, suprimindo o déficit ético que a mera pena imposta não supre.

Outro ponto de interseção delineado foi a justiça dialógica. De modo que, tanto na resolução de crimes quanto na resolução do modelo processual adequado ao conflito de natureza civil, afasta-se a lógica puramente adversarial ou paternalista e adotam processos deliberativos, participativos, onde prevalece o diálogo genuíno. Isso reflete uma aposta compartilhada na racionalidade comunicativa e na democracia deliberativa como fontes de soluções mais justas e aceitáveis para todos. As práticas de diálogo e argumentação que reconhecem o outro como legítimo interlocutor e que busca consensos ou acordos que respei-

tem as diversas perspectivas envolvidas são genuínos processos humanizados e convergem para a “justa” resolução.

Do ponto de vista prático, a aproximação entre a garantia do acesso à justiça e a Justiça Restaurativa abre possibilidades frutíferas no campo da cultura da paz. Programas que apliquem círculos restaurativos nos mais variados contextos já estão sendo experimentados em alguns países e tendem a ganhar espaço, pois conciliam a resolução de conflitos iniciais antes de se tornarem mais graves.

No fundo, revela-se a visão de que fazer justiça e garantir acesso mais humanitário aos processos não são esferas dissociadas, mas expressões complementares de um compromisso civilizatório cujo refinamento teórico e prático seria necessário para conduzindo-nos a sistemas de justiça mais humanos e éticos com metas profundamente interligadas na construção de uma sociedade verdadeiramente justa e saudável.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual penal como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Justiça restaurativa na prática: no compasso do Ciranda** [recurso eletrônico]. In: JAYME, Fernando Gonzaga; CARVALHO, Mayara de (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.. *Diário Oficial da União*, B2015.a, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do distrito Federal e dos Territórios. TJDF- **Programa Institucional de Aplicação da Justiça Restaurativa (2018)**. Disponível em: [www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/maio/justica-restaurativa-entenda-os-conceitos-e-objetivos]. Acesso em: 10.02.2025.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa e Direito Penal**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

KARAM, Maria Lúcia. **Pela Abolição do Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Luam, 2006. Entrevista da autora no programa Factótum Cultural discutindo dignidade e crítica ao punitivismo em 19 janeiro de 2020.

MARSHALL, Tony. **Restorative Justice: An Overview**. London: Editora Home Office, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. 9ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2025.

ONU – Conselho Econômico e Social, Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada: **Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal**. Disponível em: [efaidnbmnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/Portugues_Handbook_on_Restorative_Justice_

Programmes_-_Final.pdf]. Acesso em: 20.10.2024.

ONU – Conselho Econômico e Social, **Manual de Programas de Justiça Restaurativa para o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)**. Disponível em: [https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/

FMfcgzQXJsrmzmmRRXKbzFslbvLsKDqzk?projector=1&messagePartId=0.1]. Acesso em: 20.10.2024.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da Justiça Restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de justiça criminal.** *Revista Paradigma*, p. 215-235, 2022. Disponível em: [<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzQXJsrmzmmRRXKbzFslbvLsKDqzk?projector=1&messagePartId=0.1>]. Acesso em: 14.10.2024.

PRANIS, Kay. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz: guia do facilitador.** Trad. Fátima De Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares: Teoria e Prática.** Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROSA, Angelica Ferreira; COSTALDELLO, Ângela e MEDINA, Janaina de Castro Marchi. **Direitos humanos e justiça restaurativa: perspectivas contemporâneas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1076, p.183-206. 2025.

ROSA, Angélica Ferreira; SZANIAWSKY, Elimar. **Justiça restaurativa: paradigma na utilização da palavra na solução de conflito de filiação.** São Paulo: Editora Dialética, 2023.

SABADELL, Ana Paula. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VENTURI, Gustavo (Coord.). *Direitos Humanos: percepções da opinião pública e análises de pesquisa nacional.* Brasília-DF: Editora da secretaria de Direitos humanos da Presidência da República, 2010.

WALGRAVE, Lode. **Integrating Criminal Justice and Restorative Justice.** In: JOHNSTONE, Gerry e VAN NESS, Daniel (Coords.). **Handbook of Restorative Justice.** Cullompton: Willan Publishing, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação.** In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005. p. 684–690.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: Justiça Restaurativa para Nosso Tempo.** Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa: Teoria e Prática.** Trad. Tônia Van Acker São Paulo: Palas Athena, 2015.

A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICCIONAL EXECUTIVA EM HARMONIA COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: CONSIDERAÇÕES À LUZ DO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL

THE SEARCH FOR EFFECTIVE EXECUTIVE JURISDICTIONAL PROTECTION IN HARMONY WITH CONSTITUTIONAL GUARANTEES: CONSIDERATIONS IN LIGHT OF CONSTITUTIONAL CIVIL PROCEDURE

Hugo Leonardo Lippi Areas¹⁰³

RESUMO

O presente estudo versa sobre a busca pela efetividade da tutela jurisdiccional executiva a partir das garantias e princípios constitucionais, sob o contexto do contemporâneo processo civil constitucional, especialmente no âmbito da execução por quantia certa. Tem-se como problema de pesquisa: como compatibilizar a máxima efetividade da tutela jurisdiccional executiva com a preservação das garantias processuais do executado e com a racionalidade do sistema processual brasileiro? Objetiva-se, em linhas gerais, tratar sobre a edificação da sistemática processual civil atual a partir da interpretação constitucional, esboçando a necessidade da aplicabilidade proporcional dos princípios constitucionais em colisão com os princípios que norteiam a tutela executiva, possibilitando-se superar os entraves impostos pela excessiva rigidez do modelo típico de exe-

¹⁰³ Advogado. Professor no Curso de Direito da Faculdades Maringá. Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar, Especialista em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: hugolippiareas@gmail.com

ção, potencializando a utilização de medidas executivas atípicas e de ferramentas tecnológicas para garantir a tutela executiva de forma satisfatória, célere e eficaz. Tem-se como hipótese que a rigidez do princípio da tipicidade das medidas executivas e a prevalência do princípio da menor onerosidade do devedor contribuem para a ineficácia da execução por quantia certa. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, bem como a partir da pesquisa bibliográfica, foi possível concluir que a aplicação do princípio da proporcionalidade para um melhor equilíbrio entre os princípios constitucionais em relação àqueles atinentes à execução forçada tendem a trazer uma maior efetividade à tutela jurisdicional executiva.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Execução por quantia certa. Processo civil constitucional. Tutela jurisdicional efetiva.

ABSTRACT

This study addresses the pursuit of effective executive judicial protection based on constitutional guarantees and principles, within the context of contemporary constitutional civil procedure, particularly in the context of enforcement for a fixed sum. The research question is: how to reconcile the maximum effectiveness of executive judicial protection with the preservation of the defendant's procedural guarantees and the rationality of the Brazilian procedural system? The objective, broadly speaking, is to address the construction of the current civil procedural system based on constitutional interpretation, outlining the need for proportional applicability of constitutional principles in conflict with the principles that guide executive protection. This will enable overcoming the obstacles imposed by the excessive rigidity of the typical enforcement model, leveraging the use of atypical enforcement measures and technological tools to ensure satisfactory, swift, and effective executive protection. It is hypothesized that the rigidity of the principle of typicality of enforcement measures and the prevalence of the principle of least burden to the debtor contribute to the ineffectiveness of enforcement for a fixed amount. Using the hypothetical-deductive method, as well as bibliographical research, it was possible to conclude that the application of the principle of proportionality to better balance constitutional principles in relation to those pertaining to forced enforcement tends to bring greater effectiveness to enforcement jurisdiction.

KEYWORDS: Access to justice. Enforcement for a fixed amount. Constitutional civil procedure. Effective judicial protection.

1 INTRODUÇÃO

O tema de pesquisa versa sobre a busca pela efetividade da tutela jurisdicional executiva a partir das garantias e princípios constitucionais, sob o contexto do contemporâneo processo civil constitucional, especialmente no âmbito da execução por quantia certa, considerando os desafios impostos pelos princípios da tipicidade das medidas executivas e da menor onerosidade do executado.

Apesar das garantias conferidas pela Constituição Federal de 1988 relacionadas aos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, à celeridade e à duração razoável do processo, observa-se que a execução por quantia certa permanece, em grande medida, ineficaz na satisfação da pretensão executiva, sobretudo diante de devedores contumazes. A prevalência do princípio da tipicidade e a aplicação protetiva do princípio da menor onerosidade do devedor retardam a efetividade do processo, conduzindo ao seguinte problema de pesquisa: como compatibilizar a máxima efetividade da tutela jurisdicional executiva com a preservação das garantias processuais do executado e com a racionalidade do sistema processual brasileiro?

A pesquisa tem como objetivo geral a demonstração da edificação da sistemática processual civil atual a partir da interpretação constitucional, orientada pela garantia fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ao acesso à justiça, à duração razoável do processo, bem como aos princípios da efetividade, da celeridade e da proporcionalidade, esboçando a necessidade da aplicabilidade proporcional dos princípios constitucionais em colisão com os princípios que norteiam a tutela executiva, possibilitando-se superar os entraves impostos pela excessiva rigidez do modelo típico de execução, potencializando a utilização de medidas executivas atípicas e de ferramentas tecnológicas para garantir a tutela executiva de forma satisfatória, célere e eficaz.

Considera-se como hipótese do presente trabalho que a rigidez do princípio da tipicidade das medidas executivas e a prevalência do princípio da menor onerosidade do devedor contribuem para a ineficácia da execução por quantia certa. Utiliza-se nessa pesquisa o método hipotético-dedutivo e como procedimento metodológico principal a pesquisa bibliográfica.

Na primeira seção, abordam-se aspectos relativos à evolução do direito processual civil constitucional, destacando a influência dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, ao acesso à justiça e à duração razoável do processo, evidenciando a tensão entre tais valores.

Subsequentemente, na segunda seção, passa-se à análise da execução por quantia certa, destacando-se o conflito entre os princípios da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas, a proteção excessiva ao executado e os reflexos sobre a efetividade da tutela jurisdicional, que dispõe de importantes ferramentas tecnológicas disponibilizadas ao Poder Judiciário a partir de um cenário que busca a modernização sistêmica e efetividade da execução forçada.

2 O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL E A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL COM BASE NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Antes de adentrar à análise das especificidades atinentes aos princípios que norteiam o sistema processual civil atual, mais especificamente a execução forçada, cumpre realizar breve digressão, buscando sumária contextualização acerca dos aspectos que contribuíram com a edificação das balizas que regem a mencionada sistemática, o que perpassa, sem sombra de dúvidas, pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição vigente é um símbolo da consolidação de um Estado Democrático de Direito, notadamente por ser inaugurada a partir de um importante processo de redemocratização subsequente a pouco mais de duas décadas de ditadura militar¹⁰⁴, tendo como primórdios – esboçados preambularmente no texto constitucional – a instituição de um Estado democrático, destinada a assegurar o exercício de direitos, seja na esfera social ou mesmo individual, buscando uma sociedade igualitária, justa e fraterna.

Permeada por garantias e direitos fundamentais, a Constituição Cidadã tem como evidente marca a importância atribuída a estes cânones, os quais, doravante, ocupam posição de destaque, sem precedentes na ordem constitucional pátria, sobretudo em razão do seu efetivo reconhecimento na ordem jurídica positiva interna.¹⁰⁵

Os direitos fundamentais ora retratados possuem uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em um primeiro prisma, tratar sobre a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais importa dizer que estes se posicionam no ordenamento jurídico como princípios e valores que orientam a hermenêutica jurídica.

Como bem leciona Luiz Guilherme Marinoni, atribui-se aos direitos fundamentais uma eficácia irradiante, considerando que o valor contido na norma de direito fundamental, em sua perspectiva objetiva, orienta a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico. Mais do que isto, a perspectiva objetiva estabelece ao Estado, em suas três esferas, o dever de proteção aos direitos fundamentais.¹⁰⁶

Em sentido similar define Ingo Wolfgang Sarlet, retratando mencionada eficácia irradiante, aduzindo que os direitos fundamentais “fornecem impulsos

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 64.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais”¹⁰⁷.

Doutro lado, a faceta subjetiva dos direitos fundamentais se refere à uma aplicabilidade *trilateral* dos direitos fundamentais, compreendendo-se que ao titular do direito fundamental é conferida a faculdade de reivindicar judicialmente a proteção de seus interesses perante um terceiro, lhe sendo conferida a garantia de buscar a ordem estatal a fim de buscar a realização de seus direitos.¹⁰⁸

Consoante à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, o Estado afasta a longínqua figura da auto-tutela jurisdicional, avocando para si a responsabilidade por dirimir os conflitos existentes na sociedade, trazendo à tona uma das expressões do poder estatal: a de decidir imperativamente, impondo mencionadas decisões ao seio social e aos litigantes. A repercussão dessa expressão se traduz em forma de jurisdição, objetivando-se, dentre outros propósitos, o exercício da finalidade pacificadora atribuída ao Estado.¹⁰⁹

No mesmo viés cognitivo, a jurisdição estatal, ora mencionada, expressando-se como uma das alíneas da função jurídica do Estado, ao lado da legislação e como uma extensão dessa, tem como atribuição justamente a aplicação das normas aos casos concretos, “*declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente a cada um desses casos (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução)*”.¹¹⁰

A tutela jurisdicional não se confunde com a jurisdição – que se relaciona ao serviço prestado pelos juízes no exercício da função estatal –, mas se traduz pelo resultado do processo oriundo do exercício dessa função, de maneira que “*não reside na decisão judicial em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela efetivamente produz fora do processo e sobre as relações entre as pessoas ou entre estas e os bens da vida*”.¹¹¹

São justamente os princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal que alicerçam a função jurisdicional, atribuindo a ela tanto a legitimidade quanto limites. Dentre os mencionados princípios estão o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a inafastabilidade do controle jurisdicional e ao acesso à justiça, esboçados no art. 5.º, inciso XXXV, o qual estatui que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 153.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 158.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 61.

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 23.

O direito à efetividade da tutela jurisdicional, ora mencionado, não se resume a um direito de natureza negativa, em forma de defesa, mas pelo contrário, de forma positiva, consistente no direito de exigir uma prestação estatal.¹¹²

Consoante ao exposto, ao tratar da tutela jurisdicional efetiva – de forma sinônima, nomeando-a como o direito fundamental à efetividade do processo, ou mesmo de forma genérica, como o acesso à justiça, leciona o saudoso jurista Teori Zavascki que, mencionado direito, “compreende em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”¹¹³.

Os princípios associados ao inciso XXXV do art. 5.º da Constituição Federal não dizem respeito a um mero ingresso no Poder Judiciário em busca da satisfação de suas pretensões, mas representa “a garantia de outorga, a quem tiver razão, de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”.¹¹⁴

Sob a perspectiva apresentada insere-se o princípio da efetividade, caracterizado não apenas pelo conjunto de garantias outorgado ao indivíduo para provocar a atividade jurisdicional, mas também assegurando-lhe medidas eficazes que “devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização ‘Tática’ da sua vitória”.¹¹⁵

Concatenados à tutela jurisdicional efetiva e ao acesso à justiça, estão expressos no texto constitucional dois notáveis princípios balizadores do sistema processual pátrio: o princípio da razoável duração do processo e o princípio da celeridade. Conforme disposição do artigo 5.º, inciso LXXVIII, estão asseguradas “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, cuja redação foi inserida pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004.

Citados princípios podem se traduzir no que denomina Dinamarco como *tempestividade da tutela jurisdicional*, a qual deve ser prestada em tempo razoável, em observância à complexidade da tutela, sua urgência e necessidade de obtenção, observando-se, também, a conduta das partes no processo, “sempre com a preocupação de obstar os males corrosivos dos direitos representados pelo tempo-inimigo”.¹¹⁶

Mais do que assegurar a realização do direito material, o exercício de afirmação estatal por intermédio da tutela jurisdicional reserva perspectivas maiores, associadas aos objetivos sociais, buscando “garantir que o direito objetivo ma-

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

¹¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 65.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 55.

¹¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 55.

terial seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e a ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado.¹¹⁷

Para além de estarem expressos no texto constitucional, mencionados princípios e direitos fundamentais estão igualmente emparelhados na legislação cível-processualista. Ainda que não precisassem ser replicados na normativa infraconstitucional, ali estão, asseverando uma das marcas do *novo* processo civil brasileiro.

O Código de Processo Civil de 2015 tem como uma de suas premissas a hermenêutica do texto civil-processualista a partir de uma interpretação em afinidade com as normas constitucionais, como disciplina o seu artigo 1.º, ao dispor que “*o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*”.

A esse exemplo, a razoável duração do processo, consignada como um princípio fundamental no texto constitucional, teve sua perspectiva fortalecida com o advento do CPC/2015, como se observa a partir da redação do art. 4.º, em que se assegura às partes “*o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”, o que também se aplica aos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, a inafastabilidade do controle jurisdicional e ao acesso à justiça, nos moldes do artigo 3.º do CPC/2015.

O processo civil, nesse contexto, tem o condão de buscar a materialização dos princípios que permeiam o Estado Democrático de Direito. A esse passo, a normativa civil-processualista acolhe inúmeros princípios constitucionais como diretrizes¹¹⁸, inaugurando-se, doravante, uma espécie de Direito Processual Civil Constitucional.¹¹⁹

Ao passo em que a Constituição Federal formula suas diretrizes, dogmas e princípios, oferecendo as garantias necessárias, também estabelece ao sistema processual exigências voltadas a uma *garantia-síntese*, consubstanciada pelo “*acesso à justiça, mediante a concessão, “em tempo razoável”, de uma “decisão de mérito justa e efetiva” (Const., art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII – CPC, art. 6º)*”.¹²⁰

É sob essa perspectiva que se inserem os direitos fundamentais irmanados à normativa processual civil. Sob o plano subjetivo, assegura-se ao jurisdicionado o acesso à ordem estatal, por intermédio do Poder Judiciário, para obter uma resposta adequada, tempestiva e efetiva de suas pretensões, bem como,

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 167.

¹¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 88.

¹¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Impactos do novo CPC no Direito Civil*. São Paulo: Forense, 2015, p. 24.

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 54.

sob a perspectiva objetiva, condiciona o Judiciário à adoção de instrumentos processuais aptos a garantir a efetividade e a celeridade processual, sob a égide dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A égide dos direitos fundamentais não se limita à mera garantia de ingresso em juízo, traduzida pelo acesso à justiça. Ela exige, em caráter imprescindível, a prestação jurisdicional em sua feição substancial, assegurando a concretização do direito material reconhecido de modo efetivo e tempestivo. Tal perspectiva implica não apenas na abertura procedimental da via judicial, mas também a imposição de um dever estatal de fornecer tutela jurisdicional adequada, capaz de satisfazer a pretensão deduzida, em consonância com os princípios da efetividade, celeridade e da duração razoável do processo.

3 A EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA E A NECESSÁRIA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE EM BUSCA DA EFETIVIDADE DA TUTELA EXECUTIVA

Compreendidas as nuances atinentes à composição do processo civil constitucional, a partir da aplicabilidade dos princípios e direitos fundamentais à sistemática processualista civil, bem como delineadas em linhas gerais as questões pertinentes à tutela jurisdicional, passa-se a analisar o caráter jurisdicional da execução forçada e a sua efetividade.

Em intelecção similar à de Sarlet, conforme outrora tratado, leciona Medina que, sendo a tutela jurisdicional uma forma de expressão da atividade estatal, voltada à realização do Direito, nela deve estar inclusa a execução judicial.¹²¹

Em linha diversa do processo de conhecimento, o qual possui caráter amplamente cognitivo, buscando-se solucionar um conflito de direito material, a execução forçada tem como objetivo buscar a satisfação do direito reconhecido, resumindo-se a cognição judicial à averiguação dos requisitos do processo executivo, de sua validade e adequação dos atos nele desenvolvidos.¹²²

A busca pela satisfação da tutela jurisdicional executiva se estabelece, em um sentido amplo, por duas vias: a execução direta ou sub-rogação e a execução indireta ou por coerção.¹²³

¹²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 988.

¹²² MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 990.

¹²³ Faça-se a ressalva que, para parte da doutrina, apenas a execução direta seria uma representação da execução forçada, considerando que as medidas coercitivas (execução indireta) não podendo serem consideradas meios executivos, já que, nesse contexto, o executado cumpriria sua obrigação a partir da coerção, mas não de forma voluntária (MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1007.).

Enquanto a execução direta pertine à condição em que “*o juiz terá à sua disposição determinados atos materiais que, ao substituir a vontade do executado, geram a satisfação do direito*”¹²⁴, a exemplo da penhora e expropriação, por outra via, a execução indireta se configura por uma medida mais ampla, exercendo sobre o mesmo meios coercitivos, atinentes à gerar pressão psicológica, no intuito de forçar o devedor ao adimplemento de sua obrigação.¹²⁵

Não obstante às espécies de meios executivos ora explanadas, a satisfação da pretensão executiva se estabelece com base nos princípios da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas.

Por um lado, pelos ditames do princípio da tipicidade das medidas executivas, “*a esfera jurídica do executado somente poderá ser afetada por formas executivas taxativamente estipuladas pela norma jurídica*”, trazendo ao executado certo grau de previsibilidade, baseado no rol de medidas expressas na seara cível-processualista. O princípio da atipicidade, sob ótica oposta, consubstancia-se a partir uma maior gama de medidas executivas e suas distintas formas de aplicabilidade.¹²⁶

Enquanto na execução por quantia certa fundada em título extrajudicial, em regra, a preponderância é pela aplicabilidade do princípio da tipicidade, nos casos de obrigação de fazer, impera o princípio da atipicidade, sem prejuízo da utilização do segundo modelo de forma supletiva ao primeiro. Aplica-se no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de *sistema típico temperado pelo atípico*.¹²⁷ Diz-se *sistema típico temperado pelo atípico* em alusão à subsidiariedade e excepcionalidade do princípio da atipicidade.

A par dos aspectos teóricos ora esboçados, vê-se, em vias práticas, para além de uma arraigada e engessada aplicação do princípio da tipicidade, a tramitação do feito executivo a partir de duas claríssimas balizas expressas na legislação processual civil: a ordem preferencial de constrições (art. 835, CPC/2015) e o princípio da menor onerosidade – ou menor gravosidade – ao executado (art. 805, CPC/2015). O princípio da tipicidade, em consonância com os parâmetros ora mencionados, prestigia sobremaneira os devedores contumazes, protagonistas e responsáveis por boa parcela de processos executivos em trâmite no abarrotado Poder Judiciário.

Com base na previsão legal, preferencialmente será feita a penhora de dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira (art. 835, I, CPC/2015), sendo *prioritária a penhora em dinheiro* (art. 835, §1º, CPC/2015), a

¹²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 968.

¹²⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 132.

¹²⁶ MEDINA, *op. cit.*, p. 999.

¹²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1000.

qual se opera pelo sistema SISBAJUD¹²⁸. De forma subsequente ao costumeiro insucesso no bloqueio de valores nas contas dos Executados, será realizado o RENAJUD¹²⁹, com resultados práticos nada distantes da primeira medida, ao passo em que geralmente os veículos localizados possuem restrições preexistentes, seja o gravame oriundo de uma alienação fiduciária ou mesmo outras restrições judiciais – para além da facilidade com a qual o Executado oculta o patrimônio veicular.

A rigor, a partir da normativa processual, somente após as frustradas tentativas acima ilustradas possibilita-se ao Exequente a adoção de outras medidas executivas, como por exemplo a localização e penhora de bens imóveis, outros bens móveis, ações e quotas em sociedades empresariais, penhora de faturamento, dentre outras.

Apesar desse contexto, notadamente o Código de Processo Civil de 2015 incorpora e consolida em seus dogmas o princípio da atipicidade, prestígio que é possível ser verificado a partir da redação do art. 139, IV, atribuindo ao Poder Judiciário, na figura do magistrado, a incumbência de “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*”, ou seja, consoante à compreensão ora assentada, assimila-se que a normativa processual civil atual permite a aplicação do princípio da atipicidade em qualquer espécie de execução, independentemente da natureza da obrigação.¹³⁰

O movimento que visa possibilitar uma maior efetividade na tutela jurisdicional executiva não se resume ao aspecto normativo ora mencionado. O Conselho Nacional de Justiça, a partir da implementação do Programa Justiça 4.0, busca disponibilizar novas tecnologias, impulsionando a transformação digital do Poder Judiciário, visando garantir serviços mais rápidos e acessíveis, a partir de soluções disruptivas, com a melhor gestão de dados e informações pelo Judiciário.¹³¹

¹²⁸ “O SISBAJUD – Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário, que sucedeu o Bacen Jud a partir de 8/9/2020, é o sistema de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e as instituições participantes do CCS.” (SISBAJUD. Banco Central do Brasil. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/sisbajud>>. Acesso em 01 out. 2025.).

¹²⁹ “O Renajud é um sistema on-line de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). A ferramenta eletrônica permite consultas e envio, em tempo real, à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam), de ordens judiciais de restrições de veículos – inclusive registro de penhora – de pessoas condenadas em ações judiciais.” (RENAJUD. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistemas/renajud/>>. Acesso em 01 out. 2025.).

¹³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 986.

¹³¹ JUSTIÇA 4.0. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>>. Acesso em 01 out. 2025.

São exemplos destas tecnologias os sistemas SISBAJUD¹³² e RENAJUD, outrora mencionados. Não obstante, mencionam-se como ferramentas tecnológicas aplicadas ao Poder Judiciário o INFOJUD – mecanismo que disponibiliza aos magistrados dados tributários e fiscais de contribuintes –, o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) – que permite a consulta de imóveis registrados a partir de determinado CPF ou CNPJ¹³³ –, assim como o sistema Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Crédito (SNIPER).¹³⁴

Para além das ferramentas tecnológicas ora mencionadas, dentre outras à disposição do Conselho Nacional de Justiça e ao Poder Judiciário, ainda que às expensas do exequente, inúmeros são os sistemas suplementares utilizados na investigação patrimonial do executado, pelos quais é possível identificar, dentre outras, informações relativas aos vínculos societários dos executados, à outorga de instrumentos públicos (escrituras e procurações), a eventuais ativos intangíveis constantes em sua esfera patrimonial, bem como a eventual patrimônio imobiliário associado ao devedor.

Os versáteis sistemas ora delineados têm como óbvio escopo trazer maior efetividade à tutela executiva, todavia, esbarram em nuances que colocam em xeque a efetividade da tutela jurisdicional executiva.

A esse respeito, em um primeiro momento, destaca-se que, com certa frequência, o arcabouço sistêmico disponível ao Poder Judiciário – ou mesmo os demais citados – é incapaz de garantir a efetiva recuperação do crédito, sobretudo no caso de devedores contumazes que, ora não possuem patrimônio apto a satisfazer a dívida exequenda, ora já o esvaziaram para frustrar a pretensão executiva.

A recorrente e ardilosa postura dos devedores se perpetua em um cenário em que, ainda que se permita a possibilidade de buscar a satisfação da tutela jurisdicional por meios indiretos (coercitivos) ou mesmo com fundamentos ordenados pelo princípio da atipicidade, ambos os institutos possuem aplicabilidade subsidiária e excepcional.

¹³² Destaca-se que o sistema SISBAJUD passou por melhorias, com a implementação da modalidade de “teimosinha”, a qual consiste na reiteração da ordem de bloqueio, tratando-se de “*um procedimento de repetição programada das ordens por até 30 dias que elimina a miessão sucessiva e manual de novas ordens de penhora eletrônica relativa a uma mesma decisão.*” (SISBAJUD, Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/manual-complet-sisbajud-2a-edicao.pdf>>. Acesso em 01 out. 2025.

¹³³ Em funcionalidade semelhante, mas permitindo a realização de onerações sobre o patrimônio imobiliário do executado, cite-se a constante utilizada Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB).

¹³⁴ CNJ TORNA OBRIGATÓRIO O USO DE SISTEMAS ELETRÔNICOS PARA BLOQUEIO DE BENS PATRIMONIAIS. *Conselho Nacional de Justiça*, 19 set. 2024. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-torna-obrigatorio-o-uso-de-sistemas-eletronicos-para-bloqueio-de-bens-patrimoniais/>>. Acesso em 01 out. 2025.

A previsibilidade outorgada pelo princípio da tipicidade, associado ao princípio da menor onerosidade ou gravosidade, geram ao executado um cenário extremamente propício de manejo patrimonial em detrimento da satisfação da pretensão executiva. Em aspectos práticos, importantíssimas ferramentas como o INFOJUD, a CNIB e o SNIPER – que utilizados de forma inteligente e estratégica são extremamente eficazes – não são empregadas em um primeiro momento do processo de execução, em virtude das normativas já mencionadas, quando poderiam desde os primeiros passos subsidiar medidas executivas que trouxessem a satisfação da pretensão de forma muito mais célere.

A aplicabilidade da proporcionalidade é um constante comando presente no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude dos diversos conflitos existentes entre aspectos principiológicos e normativos, os quais se perpetuam também na seara da execução forçada. A exemplo do que fora até então esboçado, nota-se uma relativa primazia aos princípios da tipicidade e da menor onerosidade do devedor em detrimento de vários direitos fundamentais e princípios constitucionais, como os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e ao acesso à justiça, assim como os princípios da razoável duração do processo, da celeridade e da efetividade.

O princípio da proporcionalidade é resultado da demanda pela potencialização do princípio da liberdade, sendo que, na aplicabilidade da norma jurídica, os meios precisam ser, para além de proporcionais aos fins buscados, necessários e adequados.¹³⁵

Ora, tão proporcional quanto à recorrente e ardilosa conduta do executado, a fim de obstar a satisfação executiva, é a adoção de medidas atípicas e coercitivas com maior versatilidade e pujança, não com o intuito de atingir a dignidade do executado ou prejudicar o devido processo legal, mas sim com a finalidade de obter a efetiva satisfação da tutela jurisdicional executiva de forma célere.

4 CONCLUSÃO

A análise empreendida evidencia que, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a jurisdição, enquanto expressão do poder estatal, deixou de ser compreendida apenas como um instrumento formal de pacificação de conflitos para assumir a função substancial de garantir a efetividade do direito material reconhecido, em conformidade com os princípios da tutela jurisdicional efetiva, do acesso à justiça, da celeridade e da razoável duração do processo.

¹³⁵

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 106.

No âmbito da execução forçada, a pesquisa demonstrou que a tradicional prevalência do princípio da tipicidade das medidas executivas, aliada ao princípio da menor onerosidade do executado, tem, por vezes, representado um obstáculo à plena realização dos direitos fundamentais do credor. A morosidade e a ineficácia na satisfação do crédito, notadamente frente a devedores contumazes, revelam que a manutenção de um modelo demasiadamente rígido e previsível favorece comportamentos estratégicos voltados à frustração do processo executivo.

É nesse contexto que se torna imperativa a adoção de uma interpretação sistemática e proporcional do ordenamento jurídico, valorizando o princípio da atipicidade das medidas executivas e o uso racional dos meios coercitivos. Tal postura, longe de representar afronta à dignidade humana ou ao devido processo legal, mostra-se necessária para harmonizar os valores constitucionais em jogo, especialmente o direito fundamental do credor a uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.

Assim, a efetividade da tutela executiva não pode ser concebida como um objetivo meramente formal ou secundário, mas como condição indispensável para a concretização da justiça no Estado Democrático de Direito. O equilíbrio entre as garantias do executado e a satisfação célere do crédito exige que magistrados e operadores do direito façam uso das ferramentas normativas e tecnológicas disponíveis de forma estratégica e proporcional, priorizando não apenas a observância de ritos tradicionais, mas, sobretudo, a entrega de resultados práticos à sociedade.

Portanto, a conjugação entre os princípios constitucionais e a normativa processual, aliada a uma atuação judicial proativa e orientada pela proporcionalidade, revela-se o caminho mais adequado para transformar a execução civil em um verdadeiro instrumento de concretização da tutela jurisdicional. Dessa forma, a efetividade, a celeridade e a razoável duração do processo deixam de ser meras aspirações para se tornarem realidades tangíveis, reafirmando a centralidade dos direitos fundamentais no processo civil contemporâneo.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CNJ TORNA OBRIGATÓRIO O USO DE SISTEMAS ELETRÔNICOS PARA BLOQUEIO DE BENS PATRIMONIAIS. Conselho Nacional de Justiça, 19 set. 2024. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-torna-obrigatorio-o-uso-de-sistemas-eletronicos-para-bloqueio-de-bens-patrimoniais/>>. Acesso em 01 out. 2025.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

JUSTIÇA 4.0. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>>. Acesso em 01 out. 2025.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de direito processual civil moderno. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. Impactos do novo CPC no Direito Civil. São Paulo: Forense, 2015.

RENAJUD. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistemas/renajud/>>. Acesso em 01 out. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SISBAJUD. Banco Central do Brasil. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/sisbajud>>. Acesso em 01 out. 2025

SISBAJUD, Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/manual-complet-sisbajud-2a-edicao.pdf>>.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005,

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997.

DANO EXTRAPATRIMONIAL E PROVA: A PRESUNÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE UM VALOR CONSTITUCIONAL

NON-PECUNARY DAMAGES AND PROOF: PRESUMPTION

AS AN INSTRUMENT FOR THE REALIZATION OF A CONSTITUTIONAL VALUE

Vitor Ottoboni Pavan¹³⁶

RESUMO: O artigo examina a tutela do dano extrapatrimonial à luz da constitucionalização do direito civil e da teoria geral da responsabilidade civil, com foco na distribuição do ônus da prova. Partindo do reconhecimento da indenização por danos não patrimoniais como direito fundamental (art. 5º, V e X, CF/1988), sustenta que a lógica patrimonialista – notadamente a derivada da *Differenztheorie* – importou para o dano extrapatrimonial elementos incoerentes com esse instituto, que, se aplicados acabam por impor à vítima um ônus probatório excessivamente rigoroso. A partir do método dedutivo, com levantamento doutrinário e jurisprudencial nacional e estrangeiro, o texto revisita a bipartição “dano-evento/dano-consequência”, sua gênese no direito italiano (incluindo o percurso do *danno biologico*) sua inadequação frente ao ordenamento brasileiro, evidenciando os limites de exigir demonstrações empírico-psíquicas do sofrimento. Analisa as diferentes formas de presunção frente ao dano extrapatrimonial e a relação destas para com o ônus probatório da vítima e do ofensor. O resultado teórico-prático é a redução de barreiras probatórias para a vítima, com maior coerência sistêmica entre processo e Constituição e preservação do contraditório. Conclui-se que a presunção relativa do dano extrapatrimonial,

¹³⁶ Doutor em Direito (UFPR). Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Especialista em Direito Empresarial (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Pesquisador no Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico (UFPR). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). vitorpavan@gmail.com. Professor. Advogado.

sem confundi-lo com o ilícito causador, concretiza a proteção integral da pessoa e reforça a segurança jurídica, evitando o retorno a categorias patrimonialistas incompatíveis com a legalidade constitucional.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial. Responsabilidade Civil. Ônus da prova. Dano presumido.

ABSTRACT: This paper examines the right to compensation for non-pecuniary damages considering the constitutionalization of private law and the theory of tort law, with particular emphasis on the allocation of the burden of proof. It argues that patrimonialism rationality – especially that derived from the *Differenztheorie* – has transplanted categories that are incongruent with non-pecuniary damages ontology, thereby imposing on claimants an unduly stringent *onus probandi*. Proceeding by deductive method and drawing on Brazilian and comparative doctrine and case law, the study revisits the *danno-evento/danno-consequenza* bipartition, traces its Italian genealogy (including the development of *danno biologico*), and contends that such framework is inadequate within the Brazilian legal order, revealing the limits of demanding from the claimant empirical-psychic demonstrations of suffering. The study analyzes the different species of legal presumptions and their relation to the claimant and the defendant *onus probandi*. This approach mitigates probative barriers for victims, enhances coherence between civil procedure and constitutional guarantees, and preserves the adversarial principle. It concludes that a *iuris tantum* presumption of the harm on non-pecuniary damages – without conflating the harm with the wrongful act – best effectuates the integral protection of the person and reinforces legal certainty, avoiding regression to patrimonial categories incompatible with constitutional legality.

Keywords: Non-pecuniary damages. Tort law. Burden of proof. Presumed damages.

1. INTRODUÇÃO

O dano extrapatrimonial é tema relativamente recente para o direito. Os estudos mais aprofundados sobre o instituto remontam ao início do século XX, fortemente influenciados pelo humanismo kantiano e mesmo por uma visão naturalista dos bens jurídicos lesados. É o que se vê, por exemplo, em Minozzi, que afirma ser o princípio da reparabilidade do dano moral um princípio de direito natural¹³⁷.

¹³⁷ MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*: (danno morale). 3. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1917. p. 27.

Durante o século XX muito se discutiu sobre o conceito de dano extrapatrimonial e sobre sua reparabilidade. As teses negativistas se fundavam, essencialmente, em motivos de ordem moral, portanto, não-jurídicos. Os principais argumentos são bem reunidos por Wilson Melo da Silva, e podem ser divididos em três grupos principais: i) é imoral reparar a dor com dinheiro; ii) a imaterialidade é obstáculo à identificação, avaliação e indenização do dano; iii) a inexistência de uma unidade de medida exata abre margens à arbitrariedade judicial¹³⁸.

Não obstante os argumentos contrários, o movimento de aceitação dos danos extrapatrimoniais iniciado na doutrina¹³⁹ e na jurisprudência¹⁴⁰ no século XX acabou encontrando na Constituinte de 1988 e na introdução da constitucionalização do direito civil terreno fértil para florescer. Ocorre que o ferramental com o qual os juristas se viam habituados a trabalhar era próprio daquele tipo de efeito com o qual haviam se acostumado a trabalhar durante a Era Moderna: o prejuízo patrimonial.

O principal traço atrelado a esse tipo de dano está na teoria que buscou explicá-lo de forma unitária a partir de uma visão global de patrimônio: a *Differenztheorie*, ou teoria da diferença. Derivada dos trabalhos de Ihering¹⁴¹ e Mommsen¹⁴², no Brasil ganhou notoriedade a partir da obra de Fischer¹⁴³, que veio a influenciar outros importantes autores como Aguiar Dias¹⁴⁴ e Agostinho Alvim¹⁴⁵.

O patrimonialismo, portanto, exerceu forte influência sobre o conceito de dano que serviu de base ao desenvolvimento do dano extrapatrimonial no século XX. Segundo Fischer, a partir da Teoria da Diferença, o dano – *id quod interest* (interesse) – corresponde ao dano patrimonial aferido e quantificado em dinheiro, de forma precisa e exata. Segundo essa teoria o dano reparável corresponde à diferença aferida entre o estado do patrimônio do ofendido após a lesão e o estado deste mesmo patrimônio que, abstratamente, deveria existir se não houvesse ocorrido a lesão. Trata-se de teoria, portanto, que, “restringe

¹³⁸ MELO DA SILVA, Wilson. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 336-338.

¹³⁹ Por todos: AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2. p. 822.

¹⁴⁰ Conforme notório voto-vencido do Ministro Pedro Lessa em 1915 no Agravo nº 1.723 do Supremo Tribunal Federal e o paradigmático voto do Ministro Aliomar Baleeiro de 1966

¹⁴¹ IHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo**: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradutor Paulo Mota Pinto. 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2020.

¹⁴² MOMMSEN, Friedrich. **Beiträge zum Obligationenrecht**: Zür Lehre von dem Interesse. Braunschweig: Schmeschte und Sohn, 1855.

¹⁴³ FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Tradutor António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938.

¹⁴⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2. p. 794-795.

¹⁴⁵ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 220.

a noção de dano às perdas de natureza econômica causadas ao patrimônio do lesado, olvidando a existência de prejuízos extrapatrimoniais”¹⁴⁶.

Os danos extrapatrimoniais construídos a partir de uma visão, ainda que subconscientemente, influenciada pelo patrimonialismo, encontraram na dor o elemento que representava a medida da diferença entre o estado posterior e o estado anterior do lesado. Essa construção remanesce em Itália, em que o *danno morale* é definido a partir dos sentimentos experimentados pela vítima¹⁴⁷. Essa corrente subjetivista tem como um dos grandes pilares a doutrina de Minozzi¹⁴⁸, que defendia ser o dano extrapatrimonial o efeito de um ato ilícito que fosse caracterizado pela dor, ou seja, pelo sofrimento sofrido pela vítima¹⁴⁹.

A união do patrimonialismo intrincado no conceito de dano no século XX com o subjetivismo de teorias que influenciaram o desenvolvimento do dano extrapatrimonial no Brasil trouxeram o problema: o que é preciso provar para que o dano extrapatrimonial seja indenizável? E mais, em que medida o ônus da prova que recai sobre a vítima constitui um obstáculo à efetivação de um direito fundamental que é a tutela integral da pessoa contra injustas violações de seus direitos?

A partir do método dedutivo e de levantamento de dados em livros, artigos e decisões jurisprudenciais, brasileiros e estrangeiros, buscaremos responder às perguntas acima delineadas no transcorrer desse breve texto, sem pretensão alguma de esgotamento do tema, mas apenas buscando trazer a debate questões relevantes na efetivação desse relevante direito, sem perder vistas para a necessidade de coerência.

2. O DIREITO À INDENIZAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A constitucionalização do direito privado é um movimento que se desenvolveu amplamente no direito brasileiro desde a década de 1980. A revisão das constituições nacionais no período pós-guerras trouxe uma situação de contradição axiológica entre os textos constitucionais, dotados de uma preocupação ética com o ser humano, sua dignidade e o desenvolvimento pleno de sua personalidade, e os códigos civis derivados do direito moderno, de cunho reconhecidamente patrimonial e individualista, construídos em um momento em que o mais importante era delimitar bem os limites das liberdades individuais do indivíduo e da proteção de seu patrimônio.

¹⁴⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 141

¹⁴⁷ ZIVIZ, Patrizia. **Il danno non patrimoniale**: evoluzione del sistema risarcitorio. Milano: Giuffrè, 2011. p. 27.

¹⁴⁸ MINOZZI, Alfredo. **Studio sul danno non patrimoniale**: (danno morale). 3. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1917. p. 28-29.

¹⁴⁹ MINOZZI, Alfredo. **Studio sul danno non patrimoniale**: (danno morale). 3. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1917. p. 51.

Essa incongruência se notou especialmente no direito italiano, em que o Código Civil de 1942, elaborado durante o regime fascista de Mussolini, passou a conviver com uma constituição, de 1948, elaborada no ambiente de afirmação das garantias fundamentais da redemocratização após a guerra. Os juristas, em especial do direito privado, se viam, portanto, em um contexto em que a realização dos direitos fundamentais garantidos na Costituzione esbarrava muitas vezes em dispositivos da lei civil elaborados em outro contexto.

No Brasil o movimento ganhou força pelos trabalhos de juristas divididos em três núcleos, se assim pode-se dizer. O primeiro no nordeste brasileiro em razão da influência exercida pelo trabalho de Paulo Luiz Netto Lôbo, que em sua tese de doutoramento trabalhou as condições contratuais gerais e a abusividade das cláusulas do contrato a partir justamente de uma visão constitucionalizada do contrato. O segundo núcleo fixado na cidade do Rio de Janeiro, capitaneado pelas pesquisas de Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, francamente influenciados pelo trabalho de Perlingieri em razão do doutoramento de ambos junto à Università di Camerino. Por fim, o terceiro núcleo se fixou na Universidade Federal do Paraná, especialmente em razão da pesquisa desenvolvida por Luiz Edson Fachin sob o viés de sua teoria crítica do direito civil, movimento até hoje mantido pelo Grupo de Pesquisa em Direito Civil Constitucional “Virada de Copérnico”, por ele fundado. Esses juristas formaram verdadeiras escolas, cada qual com suas particularidades, mas todas unidas por algumas características em comum, que podemos dizer caracterizam a metodologia ou doutrina do direito civil constitucional.

Perlingieri indica três pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional¹⁵⁰. O primeiro é o reconhecimento da força normativa da Constituição, sua aplicabilidade direta às relações interprivadas e seu papel de prumo na construção dos significados normativos do ordenamento. Quer dizer, a Constituição exerce duas forças normativas, uma direta e outra indireta. Diretamente se aplica às relações entre as pessoas, não mais somente entre cidadãos e o Estado, como no caso do próprio dano moral, cujo reconhecimento expresso se deu antes no texto constitucional e não na lei civil infraconstitucional¹⁵¹. Indiretamente quando serve de orientação para a atividade hermenêutica, seja na avaliação de compatibilidade das regras infraconstitucionais com sua

¹⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**: secondo il sistema italo-europeo delle fonti: metodi e tecniche. 4. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020. v. I. p. 130.

¹⁵¹ NALIN, Paulo. O ocaso do dano moral – Breves reflexões sobre o fim – ou não – do dano moral. **Migalhas**, 3 dez. de 2020. Migalhas de Responsabilidade Civil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/337226/o-ocaso-do-dano-moral---breves-reflexoes-sobre-o-fim--ou-nao---do-dano-moral>. Acesso em: 6 ago. 2024

principiologia, seja como referencial para o preenchimento de significado das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, como, por exemplo, da cláusula geral de boa-fé objetiva¹⁵².

Para o dano extrapatrimonial essa influência é evidente. A Constituição de 1988 prevê em seu art. 5º, incisos V e X¹⁵³, a possibilidade de indenização do dano moral, adotando a nomenclatura que era mais comum à época. A previsão representou para o judiciário e para a doutrina relutantes, a segurança hermenêutica que antes não se encontrava no Código Civil, cuja interpretação sistemática até poderia levar à aceitação da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, mas, para parte da doutrina e jurisprudência, literalmente não fornecia subsídios suficientes para sustentar essa tese¹⁵⁴. A inserção de um elemento do direito civil na cláusula de garantias fundamentais da Constituição representou a consagração da tutela dos danos extrapatrimoniais, cuja reparabilidade foi elevada a direito fundamental da pessoa¹⁵⁵.

O segundo pressuposto teórico indicado por Perlingieri é assumir que o ordenamento jurídico é um sistema complexo e unitário, sendo que as fontes do direito não se reduzem ao direito positivo, reconhecendo-se a pluralidade normativa. Esse sistema tem na Constituição o papel de vértice e referencial, elemento que lhe confere unidade formal e material. A unidade material significa que a Constituição é o referencial que provê a coerência sistemática do direito, não apenas em razão de sua posição “hierárquica” formal, mas por exigir que qualquer setor do ordenamento esteja alinhado com os princípios e objetivos por ela estabelecidos. Por isso, por exemplo, rejeita uma visão que admita a existência de microsistemas jurídicos, entendidos como *locus* autossuficientes, com conceitos específicos e setoriais, dissociados da principiologia constitucional¹⁵⁶.

O terceiro e último pressuposto teórico se relaciona à adoção de uma renovada teoria da interpretação do direito, voltada para a aplicação do direito a casos concretos, tendo por norte a realização dos objetivos constitucionais, em especial o livre desenvolvimento da personalidade. Trata-se, claramente, de uma reação aos métodos interpretativos desenvolvidos entre o início da Era Moderna e o período entre guerras, marcados pela construção de conceitos abstratos, pretensiosamente atemporais e voltados a uma aplicação formalmente isonômi-

¹⁵² NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

¹⁵³ Constituição Federal de 1988. Art. 5º. [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁵⁴ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 231.

¹⁵⁵ REIS, Clayton. **Dano moral**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 110-111.

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 53.

ca da lei. Nesse ponto em específico reclama-se do jurista uma atenção à construção do direito civil funcionalizado. Funcionalização essa que decorre dos outros dois pressupostos antes indicados. Assim, os conceitos tradicionais do direito civil passaram nas últimas décadas por intensos trabalhos de reconstrução, de modo a adequá-los à realidade histórica e cultural do respectivo período, sempre balizado pelos princípios constitucionais.

No que importa aos danos extrapatrimoniais, pode-se verificar a ação da constitucionalização em seus três pressupostos teóricos. Primeiro no que diz respeito à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas. Para Schaefer, a inserção da indenização por danos morais no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal fez com que este instituto fosse deslocado de sua posição como mero fato jurídico, portanto, fonte de direitos, para exercer a função de fonte de valor jurídico, ou seja, conferindo ao dano extrapatrimonial uma visão não só ontológica, mas axiológica¹⁵⁷.

Com a previsão do direito à indenização dos danos extrapatrimoniais na Constituição de 1988, não se faz necessário a existência de norma infraconstitucional para amparar as pretensões dessa natureza no direito brasileiro¹⁵⁸. Na verdade, a partir de uma leitura sistemática, sequer se faria necessário norma expressa prevendo a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, podendo ser deduzida tal garantia do próprio princípio da dignidade da pessoa humana que informa todo o ordenamento¹⁵⁹.

Do segundo pressuposto teórico se extrai que o ordenamento como um todo se direciona a garantir a efetividade do direito à indenização dos danos extrapatrimoniais. De modo que as normas incidentes quando necessário dar concretude a esse direito fundamental devem convergir a esse objetivo, a ponto que eventuais obstáculos superáveis sejam afastados para evitar o injusto toalhimento dessa salvaguarda. Nesse ponto, verifica-se que a aplicação da lógica afeta aos danos patrimoniais, especialmente no que diz respeito à prova do dano para fins de acolhimento da pretensão indenizatória, pode representar um obstáculo à indenização dos danos extrapatrimoniais que é incoerente com a própria ontologia do instituto e com a axiologia do ordenamento. As normas processuais que regulam a prova, portanto, não podem estar desconectadas da

¹⁵⁷ SCHAEFER, Fernanda. 20 anos do Código Civil e os novos danos: os desafios trazidos pela pandemia. **Revista IBERC**, v. 6, n. 2, p. 22–38, 2023. p. 24.

¹⁵⁸ CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 23.

¹⁵⁹ Conforme defende Bodin de Moraes: “o atual ordenamento jurídico [...] garante tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 119-120).

normativa constitucional, ao contrário, devem ser aplicadas de modo a efetivar as garantias por ela previstas.

Por fim, do terceiro pressuposto teórico extrai-se a necessidade de que a aplicação desse mesmo direito aos casos concretos deve observar as necessidades e vicissitudes próprias das vítimas de danos extrapatrimoniais, de modo a não lhes imputar um ônus que seja excessivamente pesado de modo a impedir a efetividade do direito fundamental à indenização dos danos dessa natureza. Isso não pode ser lido como abertura ao casuísmo, o objetivo a ser buscado é uma renovada teoria do dano extrapatrimonial que confira bases gerais seguras para sua aplicação, visando sempre a coerência que é, em última análise, instrumento de promoção de segurança jurídica.

É possível, portanto, afirmar que o direito à indenização por danos extrapatrimoniais se apresenta como fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que sua aplicação deve observar os postulados teóricos da constitucionalização, contudo, sem perder de vistas a necessidade da construção de soluções coerentes.

O dano extrapatrimonial se diferencia do ponto de vista valorativo do dano patrimonial. Aquele está vinculado à existência do *ser* e este ao *ter*. Na ordem dos valores constitucionais, o *ser* se apresenta como superior ao *ter*, estando este subordinado à realização daquele. O ônus da prova nos danos patrimoniais e o que se deve provar, portanto, é diverso daquilo que se deve exigir para os danos extrapatrimoniais.

Tradicionalmente, inclusive por influência da Teoria da Diferença, entendeu-se que para ser indenizada, a vítima deveria provar a existência de dois fatos: i) o fato ilícito praticado por outrem; e ii) a consequência que este fato provocou em seu patrimônio, ou seja, a diferença no seu patrimônio antes e depois da violação. Imagine-se uma situação em que uma pessoa ateie fogo à biblioteca de outra. À vítima desse fato incumbiria provar: i) que foi ateadado fogo à sua biblioteca e quem ateou; e ii) o que foi destruído, quanto à qualidade e quantidade, a fim de possibilitar se verificar seu valor.

Agora, imagine-se que entre os livros dessa biblioteca estivesse uma cópia da primeira edição do livro *O Pequeno Príncipe*, de Antoine de Saint-Exupéry, na qual contivesse uma dedicatória escrita à mão pelo próprio Saint-Exupéry ao pai da vítima, já que estes haviam convivido na praia do Campeche em Santa Catarina, e que representava o único bem deixado pelo pai da vítima a ela, portanto, pelo qual a vítima guardava profunda afeição. Considerando que este livro foi destruído, para ser indenizada por eventuais danos extrapatrimoniais decorrentes desse fato, o que deveria a vítima provar? A mera existência da obra e os qualificadores que a tornavam para si objeto representativo de profunda afeição? Ou que a sua destruição lhe provocou sentimentos como dor, tristeza e angústia?

A resposta depende daquilo que se entende por dano extrapatrimonial, especialmente a partir da definição de quatro conceitos frequentemente citados, mas muitas vezes pouco bem definidos, que são: dano-evento, dano-consequência, dano *in re ipsa* e dano presumido. A aplicação – ou não – desses conceitos ao dano extrapatrimonial diz respeito diretamente à fixação das cargas do ônus probatório e à remoção de obstáculos à efetividade do direito fundamental à indenização dos danos extrapatrimoniais.

3. DANO EXTRAPATRIMONIAL: ENTRE EVENTO E CONSEQUÊNCIA, CARACTERIZAÇÃO *IN RE IPSA* E PRESUNÇÃO

Para tratar dos conceitos de dano-evento e dano-consequência é preciso uma referência ao desenvolvimento do dano extrapatrimonial no direito italiano, onde os conceitos correspondentes de *danno-evento* e *danno-conseguenza* foram o centro dos debates sobre a reparabilidade dos danos não patrimoniais desde a década de 1980 até recentes decisões da *Corte di Cassazione* acerca do tema.

A jurisprudência tem um importante papel na delimitação estrutural e funcional da responsabilidade civil no direito italiano. Como é de conhecimento notório, a responsabilidade civil no direito italiano a partir do *Codice Civile* de 1942 se fundamentava em dois dispositivos. O primeiro, o art. 2043¹⁶⁰, que trata da obrigação de reparação dos danos injustos causados por alguém a terceiro, uma transcrição do princípio do *neminem laedere*, mas que, por muito tempo, foi restrito aos danos patrimoniais. O segundo, o art. 2.059¹⁶¹, que previa expressamente a reparabilidade dos danos não patrimoniais nos casos previstos em lei, o que, para o direito italiano, significava nos casos em que o dano decorresse de um ilícito qualificado pelo direito penal, isto é, um *reato*¹⁶².

Além disso, o dano não patrimonial limitava-se ao *danno morale*, representado por um *patema d'animo*, ou seja, o sofrimento, vexame, humilhação, uma consequência subjetivamente verificável no lesado, era, portanto, a concretização de consequências negativas identificáveis e palpáveis no sujeito lesado. Assim, para que existisse um dano extrapatrimonial – moral, nesse caso – indenizável, seria necessário a presença de um evento ilícito caracterizado como crime (*evento*

¹⁶⁰ Codice Civile italiano. Art. 2.043. *Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.* Tradução nossa: Qualquer fato doloso ou culposo que causa a outrem um dano injusto obriga aquele que o praticou a ressarcir o dano.

¹⁶¹ Codice Civile italiano. Art. 2.059. *Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.* Tradução nossa: O dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos previstos em lei.

¹⁶² CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Padova: CEDAM, 1926. p. 17-18.

reato) e de uma consequência (*conseguenza*) evidente, palpável, tal qual se exigia para os danos patrimoniais.

Situações que provocassem efeitos para a esfera existencial da pessoa, mas não fossem consequência de um *reato*, não seriam aptas a dar azo a um dano extrapatrimonial indenizável. A vinculação da reparabilidade dos danos não patrimoniais às hipóteses de *reato*, bem como a então difundida noção de *danno morale* como a consequência lesiva no âmago do lesado (*patema d'animo*), representavam obstáculos à reparação de danos não patrimoniais referentes aos efeitos, para o lesado, de violação de outros aspectos da sua existencialidade, em especial seu direito à saúde, quando o dano afetava diretamente sua integridade físico-biológica.

Então, para justamente garantir a reparação das lesões sofridas pelo lesado no caso de violação à saúde, a *Corte Costituzionale*, na *Sentenza 184* de 14 de julho de 1986, concluiu pela existência de uma outra espécie de dano não patrimonial, diferente do *danno morale*, denominada *danno biologico*. O *danno biologico* era caracterizado pela lesão do direito constitucional à saúde, portanto, derivava da aplicação direta da Constituição nas relações privadas, independentemente dos dispositivos infraconstitucionais que fundamentavam a reparação do *danno patrimoniale* e do *danno morale*.

A fundamentação da reparação estava na violação de um interesse constitucionalmente protegido, qual seja, o da proteção à saúde. Na decisão, a *Corte Costituzionale* dividiu os danos em *danno-evento* e *danno-conseguenza*¹⁶³, uma estrutura teórica criada para justificar a possibilidade de uma ofensa direta a um direito constitucional justificar a imposição da obrigação de indenizar independentemente de qualquer consequência. Referida violação constituiria um dano *per se*, considerado *in re ipsa*¹⁶⁴, pelo que, na referida decisão, foi conceituado como um *danno-evento* ressarcível¹⁶⁵.

A independência conceitual do dano biológico representa o primeiro sintoma da inadequação do sistema fechado de reparação do dano não patrimonial do *Codice Civile* frente à ordem normativa constitucional estabelecida em 1968 no ordenamento italiano que exigia a tutela dos direitos invioláveis

¹⁶³ Segundo Barcellona o *danno-evento* corresponde ao evento lesivo do direito (*l'evento lesivo del diritto*) e o *danno-conseguenza* as subsequentes consequências prejudiciais sofridas pela vítima (*le ulteriori conseguenze pregiudizievoli subite dalla vittima*). (BARCELLONA, Mario. **La responsabilità civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021. (Salvatore Mazzamuto (org.). *Trattato del Diritto Privato*, v. VI, t. I, *Le fonti delle obbligazioni diverse dal contratto*). p. 341).

¹⁶⁴ FRANZONI, Massimo. Danno evento, ultimo atto? **La Nuova giurisprudenza civile commentata**, v. 34, n. 9, p. 1337-1340, 2018. p. 1337

¹⁶⁵ FAVILLI, Chiara. Danno biologico. In: NAVARRETTA, Emanuela (coord.). **Codice della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2021. p. 1682.

da pessoa, entre eles, o direito à saúde¹⁶⁶. Com isso, o sistema de responsabilidade civil passava a ser composto por três situações danosas passíveis de tutela, o *danno patrimoniale*, o *danno morale* e o *danno biologico*¹⁶⁷. Os dois primeiros representariam hipóteses de *danno conseguenza* e o último um *danno evento* indenizável.

Essa superestrutura teórica¹⁶⁸ subsistiu até meados da década de 1990¹⁶⁹, quando a *Corte Costituzionale* italiana concluiu que os danos ressarcíveis são sempre consequências, entre eles o próprio dano biológico¹⁷⁰. A bipartição do dano indenizável entre dano-evento e dano-consequência foi tomada no direito italiano como condição *sine qua non* para a existência de um dano indenizável. Posição que muito se relaciona com o *danno morale* visto como *patema d'animo*, o que, para o direito brasileiro, corresponderia ao conceito de dano moral subjetivo tal qual definido por Reale¹⁷¹.

No direito brasileiro, a construção ganhou também adeptos, a exemplo de Junqueira de Azevedo, ainda que alterando a denominação de *danno-consequenza* para dano-prejuízo¹⁷². Inclusive há quem atribua a essa estrutura a natureza de

¹⁶⁶ ZIVIZ, Patrizia. **Il danno non patrimoniale**: evoluzione del sistema risarcitorio. Milano: Giuffrè, 2011. p. 44-47.

¹⁶⁷ Sobre o *danno biologico* anota Ziviz: “Quest’ultimo diviene il punto di riferimento per tutte le compromissioni di ordine personale (differenti dal dolore e dalla sofferenza) patite dalla vittima dell’illecito, a prescindere dal tipo di interesse violato in capo alla stessa”. Tradução nossa: Este último torna-se o parâmetro para todos os comprometimentos de ordem pessoal (diversos da dor e do sofrimento) sofridos pela vítima do ilícito, independentemente do tipo de interesse violado em sua esfera jurídica. (ZIVIZ, Patrizia. **Il danno non patrimoniale**: evoluzione del sistema risarcitorio. Milano: Giuffrè, 2011. p. 49).

¹⁶⁸ GRANDI, Martina. Risarcimento del danno. In: NAVARRETTA, Emanuela (coord.). **Codice della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2021. p. 231.

¹⁶⁹ Segundo Bufano essa decisão teve dois pontos de destaque: o expurgo de qualquer resquício de existência de dano *in re ipsa* no direito italiano e a confirmação do esquema binário de fundamentação da reparação dos danos não patrimoniais estabelecido nos arts. 2043 e 2059, sequencialmente, no *Codice Civile*. (BUFANO, Emilio. Danni non patrimoniali. In: NAVARRETTA, Emanuela (coord.). **Codice della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2021. p. 1591).

¹⁷⁰ BONA, Marco; MONATERI, Pier Giuseppe. **Il nuovo danno non patrimoniale**. Milano: fiori, Assago: Ipsoa, 2004. p. 139.

¹⁷¹ REALE, Miguel. **Temas de direito positivo**. São Paulo: RT, 2002. p. 21.

¹⁷² Nesse sentido é conhecida a afirmação de Junqueira de Azevedo em parecer por ele publicado: “O ideal seria sempre se referir a dano-evento (1º momento) e a dano-prejuízo (2º momento); o dano-evento pode ser ou na pessoa ou no patrimônio ou na figura social da pessoa ou, até mesmo, em terceiro, enquanto o dano-prejuízo, como consequência daquele, somente pode ser patrimonial ou não patrimonial (dano moral)” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilistica.com**, a. 2, n. 3, p. 1-15, jul./set. 2013. p. 11).

princípio, sob a denominação de “princípio da vertebração”¹⁷³, ainda que questionável a caracterização dessa bipartição do dano como um princípio com carga normativa. O que referida construção defende, na verdade, é que somente diante da existência de um prejuízo concretamente identificável há responsabilidade civil ou, no mínimo, pode ser aplicada a função reparatória da responsabilidade civil para os casos de danos extrapatrimoniais.

A identificação do dano como prejuízo no que diz respeito aos danos extrapatrimoniais é problemática¹⁷⁴ e representa um retrocesso na tutela das situações existenciais, pois repristina a exigência de demonstração fática (leia-se física) de alterações psicológicas ou psíquicas. Froes conceitua o dano moral como “perturbação da esfera psíquica de um sujeito decorrente da lesão de um bem ou direito da personalidade”¹⁷⁵. Nesse conceito verifica-se: i) o dano-evento: *lesão de um bem ou direito da personalidade*; ii) o dano-consequência: *perturbação da esfera psíquica de um sujeito*. O dano só seria indenizável se demonstrada a perturbação.

De plano, refutamos a aplicabilidade da estrutura teórica que divide o dano indenizável em dano-evento e dano-consequência. Primeiro porque o conceito de dano-evento, no direito brasileiro, acaba se confundindo com o próprio fato antijurídico, trazendo o dano para o interno do evento que lhe é causa, ou seja, amalgamando causa e efeito. Em segundo lugar porque referida estrutura se justificou em um determinado momento histórico e para um determinado ordenamento jurídico, o qual se caracterizava por apresentar um sistema fechado de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, diferentemente do direito brasileiro no qual a responsabilidade civil é pautada em uma cláusula geral, caracterizando-se como sistema aberto. Por fim, porque ainda que o dano indenizável seja efeito de um fato que o provoque, ele não se confunde com a ideia de consequência tal qual construída para o dano patrimonial, especialmente conectada à ideia de prejuízo conforme construída pela Teoria da Diferença.

Relacionando essa estrutura teórica que biparte o dano indenizável em dano-evento e dano-consequência (prejuízo) com a distribuição do ônus da prova no direito brasileiro, conforme previsto no art. 373 do Código de Processo Civil, à vítima caberia demonstrar: i) que o evento danoso violou um direito seu do qual é possível decorrer uma consequência existencial; ii) que a consequência

¹⁷³ BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. **Civilistica.com**, v. 9, n. 2, set. 2020. p. 12; e conforme referido por Martín-Casals em entrevista a Silva, cf. SILVA, Rafael Peteffi da. Entrevista com Miquel Martín-Casals. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 361-377, abr.-jun. 2017.

¹⁷⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a ilicitude e o dano. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco. **Desafios da nova responsabilidade civil**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 248.

¹⁷⁵ FROES, Júlia Vieira. **Novos danos na responsabilidade civil**: as fronteiras do dano moral ressarcível. Curitiba: Juruá, 2023. p. 107.

passível de ocorrer em razão da violação perpetrada se concretizou. Trata-se de um ônus pesado e de difícil verificação, especialmente no que diz respeito ao segundo ponto, já que na grande parte dos casos de danos extrapatrimoniais, as consequências possíveis são não palpáveis ou passíveis de verificação *in concreto*.

Em razão da dificuldade de aplicar uma construção patrimonialista a um dado normativo essencialmente existencial, emergem outros dois conceitos: o de dano *in re ipsa* e o de dano presumido. Estes, como alerta Flaviana Rampazzo Soares, são usualmente – e equivocadamente – utilizados como sinônimos. Não obstante, como será explorado abaixo, são distintos tanto quanto à sua estrutura como quanto às hipóteses em que incidem no bojo da responsabilidade civil¹⁷⁶.

O dano *in re ipsa* para o direito italiano não corresponde ao sentido usualmente atribuído no direito brasileiro. Quando definido o conceito de *danno biologico* em 1986, a *Corte Costituzionale* atribuiu a esse dano a qualificação de dano *in re ipsa*, lembrando que, na mesma decisão, referido dano foi também qualificado como *danno-evento*. Nessa acepção, portanto, o dano *in re ipsa* é o dano evento indenizável, isto é, uma indenização atribuída em razão do próprio fato em si, independentemente de qualquer consequência.

Assim, não se trata de presunção, mas de afirmação de que o dano se satisfaz com a própria violação a direito, independentemente de qualquer efeito que dela decorra, ainda que presumidamente. Nesse caso, à vítima caberia apenas provar que teve violado um direito ou interesse juridicamente protegido para que se caracterizasse a obrigação de indenizar¹⁷⁷. Essa construção, denominada eventística, recebeu fortes críticas em Itália. Segundo Navarretta trata-se de uma visão “*neo-giusnaturalistica o normativo-costituzionale del danno*”¹⁷⁸. No direito italiano, defende a autora, essa perspectiva levaria a concluir pela existência de duas hipóteses de dano indenizável, um deduzido a partir da regra geral de indenização dos danos caracterizados como meras lesões de bens jurídicos ou interesses invioláveis, fundamentados no art. 2.043 do *Codice Civile*, e um outro, excepcional, correspondente à indenização do *pretium doloris*, este previsto no art. 2.059 do *Codice Civile*¹⁷⁹.

Não obstante, em 2008 restou fixado pela jurisprudência de mérito italiana que todo dano extrapatrimonial, para ser reconhecido como objeto de uma tutela reparatória, deve ser existente e devidamente provado pela vítima¹⁸⁰,

¹⁷⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano presumido e dano ‘in re ipsa’ – distinções necessárias. **Revista IBERC**, v. 6, n. 1, p. IV-X, 2023, p. V.

¹⁷⁷ CENDON, Paolo; ROSSI, Rita. Il quadro di riferimento. In: CENDON, Paolo (org.). **Il risarcimento del danno non patrimoniale**: parte generale. Torino: UTET, 2009. p. 33.

¹⁷⁸ NAVARRETTA, Emanuela. **Diritti inviolabili e risarcimento del danno**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996. p. 98

¹⁷⁹ NAVARRETTA, Emanuela. **Diritti inviolabili e risarcimento del danno**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996. p.

¹⁸⁰ PONZANELLI, Giulio. Il “buonismo” della Cassazione e la facile dimenticanza del danno conseguenza. **Danno e responsabilità**, v. 19, n. 3, p. 284-286, 2014. p. 284.

acolhendo posições que defendiam a inexistência de danos *in re ipsa* no direito italiano¹⁸¹. Com isso, restou reafirmada a necessidade de existência de dano-consequência para que se verifique a obrigação de indenizar. Ou seja, à vítima cabe provar não só que teve o seu direito violado, mas também que sofreu consequências decorrentes dessa violação¹⁸².

No direito brasileiro a definição de dano *in re ipsa* seguiu um caminho um pouco diverso. Aguiar Dias afirmava que os danos extrapatrimoniais são consequências que irremediavelmente derivam de um fato capaz de provocá-las, pelo que sua prova é *per se*, ou seja, basta a demonstração de que um ato é passível de causar dano “moral” para que se verifique sua existência¹⁸³. Não se trata aqui da utilização da nomenclatura *per se* como sinônimo de dano caracterizado pelo mero ilícito, como se se tratasse de dano evento indenizável, dado que o próprio Aguiar Dias refuta a ideia dessa sobreposição conceitual.

Essa presunção *in re ipsa*, no Brasil, é equivocadamente relacionada a uma técnica de presunção *iuris tantum* da existência do dano¹⁸⁴. Cita-se, por exemplo, o enunciado da Súmula nº 385 do Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁵, segundo a qual não há dever de indenizar por danos extrapatrimoniais nos casos de inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito se a vítima da ofensa já se encontrava inscrita por anotações legítimas anteriores, hipótese de dano tradicionalmente identificada como sendo *in re ipsa*¹⁸⁶. Ou seja, se a existência do dano indenizável é passível de afastamento, de prova em contrário, então a presunção é relativa.

Na verdade, não se trata de dano *in re ipsa*. O dano *in re ipsa* deve ser entendido como um dano que decorre *ipso facto*, ou seja, como consequência inevitável e inarredável do fato danoso¹⁸⁷. Representa, portanto, presunção *iure et de iure*, isto é, absoluta. Exemplo disso é o dano extrapatrimonial derivado da utilização indevida da imagem para fins econômicos ou comerciais, conforme a

¹⁸¹ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità civile e danno**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010. p. 366.

¹⁸² PASQUINELLI, Enrico. Il danno esistenziale. In: CENDON, Paolo. **Persona e danno: I: le categorie generali del danno alla persona verso nuovi profili disciplinari tutele emergenti della persona**. Milano: Giuffrè, 2004. p. 180.

¹⁸³ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2. p. 822.

¹⁸⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano presumido e dano ‘in re ipsa’ – distinções necessárias. **Revista IBERC**, v. 6, n. 1, p. IV-X, 2023, p. IX-X.

¹⁸⁵ STJ. Súmula nº 385. Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

¹⁸⁶ TASCA, Flori Antonio. **Responsabilidade civil: dano extrapatrimonial por abalo de crédito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 129.

¹⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 90.

leitura da Súmula nº 403 do STJ¹⁸⁸. Se independe de prova, é porque presume-se, absolutamente, existente. Inclusive, Rosenvald e Braga Netto defendem que esta seria uma hipótese autônoma de dano em relação ao dano moral, bastando para sua caracterização tão somente a utilização indevida da imagem, ainda que sem fins econômicos¹⁸⁹.

A nosso ver, o dano extrapatrimonial não é, em regra, *in re ipsa*, mas presumido. Entende-se por dano presumido o efeito que presumidamente decorre do fato antijurídico, ou seja, do fato que é contrário ao direito. Por dizer respeito a uma relação lógica e não fática, o dano extrapatrimonial é presumido normativamente de forma apriorística. Essa presunção é relativa (*iuris tantum*) e não absoluta (*iure et de iure*), razão pela qual dano presumido e dano *in re ipsa* não se confundem, dado que o primeiro admite prova em sentido contrário. Com esse raciocínio mantém-se o caráter aberto¹⁹⁰ do conceito de dano extrapatrimonial¹⁹¹, permitindo-se que a relação de presunção seja construída a partir da experiência comum da sociedade traduzida em conceito normativo.

Mesmo em Itália as exigências da sociedade contemporânea vem desafiando o pressuposto de que o dano indenizável exige a presença, e prova, de dois elementos: o dano-evento e o dano-consequência, já que não é *in re ipsa*, tampouco presumido. Em 2022 a *Corte di Cassazione* italiana, ao julgar um caso em que se perquiria a existência ou não de dano indenizável decorrente da ocupação ilegítima de um imóvel, apontou, ainda que *obiter dictum*, que *in re ipsa* é não o dano em si, como dano-evento indenizável, mas a presunção da existência do dano, a nível probatório, mais próximo do que estamos defendendo aqui¹⁹².

¹⁸⁸ STJ. Súmula nº 403. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

¹⁸⁹ ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe. **Responsabilidade civil: teoria geral**. Indaiatuba, SP: Foco, 2024. p. 715-717.

¹⁹⁰ Como alerta Andrade “as ideias variam com os tempos, um dano não patrimonial, que a consciência jurídica de hoje não considere digno de compensação, pode amanhã vir a ser tido como merecedor dela” (ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano moral e sua valoração**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 151. Compatível com a abertura da cláusula geral de responsabilidade civil presente no Código Civil brasileiro e que evita se defina de modo fechado o conceito de dano, que deve ser construído e não instituído.

VAZ SERRA, Adriano. Reparação do dano não patrimonial. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 83, p. 69-109, fev. 1959, p. 89).

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação, **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, mar. 2001. p. 182-183.

¹⁹² GUASTALLA, Emanuele Lucchini. Brevi riflessioni in tema di danno-evento e danno-consequenza nella responsabilità civile. **Responsabilità civile e previdenza**, v. 88, n. 6, p. 1742-1751, 2023. p. 1743-1744.

O dano extrapatrimonial, portanto, é presumido relativamente em relação ao evento do qual é efeito lógico-normativo. Com essa definição mantém-se o dano como elemento autônomo em relação ao fato antijurídico, pois é efeito deste e sendo efeito com ele não se confunde, e evita-se imputar à vítima o pesado ônus de provar a existência de consequências materiais que representem um “prejuízo” não material, como dor, angústia, sofrimento, vexame e dor. O ônus é do ofensor de provar que a violação não é injusta ou que mesmo havendo violação injusta dela não decorreu efeito algum, a exemplo do que preconiza a Súmula nº 385 do STJ, apesar das críticas quanto ao afastamento do dano extrapatrimonial em razão da existência de inscrição legítima preexistente¹⁹³.

Se o dano é presumido ele independe de prova, a teor do art. 374, IV, do CPC. O que depende de prova por parte da vítima é o fato danoso (o fato antijurídico do qual deriva o efeito lógico-normativo em que consiste o dano), a teor do que dispõe o art. 373, I, do CPC. Atribuir à vítima o ônus de provar a existência de consequências concretas afetas à alteração de seu estado psicofísico é impor-lhe ônus que torna excessivamente difícil o exercício do direito fundamental à indenização dos danos extrapatrimoniais por ela sofridos. Se o Código de Processo Civil (art. 373, §3º, II do CPC) limita a autonomia das partes quanto a esse aspecto nos negócios jurídicos processuais, é porque convenções dessa natureza têm justamente o condão de limitar o exercício de direitos fundamentais.

Por outro lado, a presunção relativa impõe ao ofensor ônus de provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da vítima de ser indenizada pelos danos extrapatrimoniais por ela suportados. Quer dizer que ao ofensor restará a prova de fatos que importem no rompimento da relação lógico-normativa entre o fato antijurídico e o dano, no afastamento da própria antijuridicidade do fato ou que afastem a sua própria existência, permitindo, através dessa possibilidade, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

¹⁹³ Como bem apontam Carlos Edison do Rego Monteiro Filho e Diana Loureiro Paiva de Castro, o entendimento do STJ que prevaleceu quanto ao alcance da Súmula nº 385 parte de uma noção de dano moral como dor, aduzindo que uma vez já publicamente taxado como devedor por inscrições anteriores, uma inscrição indevida posterior não teria o condão de agravar a situação posta e, portanto, afastaria a presunção de existência de dano extrapatrimonial decorrente da inscrição indevida, largamente admitido como *in re ipsa* pela jurisprudência pátria (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Dano moral e Homo Sacer: o problema do enunciado 385 da súmula do Superior Tribunal de Justiça e sua recente ampliação. **Revista de Direito Privado**, v. 73, p. 129-155, jan. 2017. *Online*. p. 4-6.

4. CONCLUSÃO

Com a positivação expressa no art. 5º, fica evidente que o direito à indenização dos danos extrapatrimoniais constitui um direito fundamental, cuja tutela deve ser priorizada pelas instituições jurídicas.

A lógica patrimonialista a partir da qual se desenvolveram as teorias que visavam explicar o dano – essencialmente patrimonial – trouxeram para o dano extrapatrimonial elementos que lhe são estranhos, especialmente aqueles derivados da Teoria da Diferença, cuja aplicação levaria a que se impusesse à vítima um pesado ônus probatório quanto à existência de uma diferença em seu estado psicofísico, um verdadeiro obstáculo à efetivação do direito fundamental à reparação dos danos por ela suportados.

O dano é efeito de um fato jurídico, do qual decorre lógica e normativamente, como consequência presumida. Não se confunde o dano com o próprio fato que lhe é causa, pelo que a construção que identifica na caracterização do dano indenizável dois elementos interligados entre si (dano-evento e dano-prejuízo) acaba por trazer para o ordenamento brasileiro uma superestrutura teórica construída em Itália na década de 1980 para um propósito específico, sem observar que diante da cláusula geral de reparação dos danos extrapatrimoniais prevista na Constituição e no Código Civil tal construção é absolutamente dispensável e, mais uma vez, permite a repristinação de elementos patrimoniais já superados pela constitucionalização do direito civil.

Sendo o dano extrapatrimonial um efeito lógico-normativo decorrente do fato que lhe é causa, este é presumido, contudo, não de forma absoluta, mas relativa, de modo a que caberá ao réu produzir prova capaz de afastar a sua existência ou os demais pressupostos da obrigação de indenizar.

5. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 220.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano moral e sua valoração**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a ilicitude e o dano. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco. **Desafios da nova responsabilidade civil**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- BARCELLONA, Mario. **La responsabilità civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021. (Salvatore Mazzamuto (org.). Trattato del Diritto Privato, v. VI, t. I, Le fonti delle obbligazioni diverse dal contratto).
- BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. **Civilistica.com**, v. 9, n. 2, set. 2020.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.
- BONA, Marco; MONATERI, Pier Giuseppe. **Il nuovo danno non patrimoniale**. Milanofiori, Assago: Ipsa, 2004.
- BUFANO, Emilio. Danni non patrimoniali. In: NAVARRETTA, Emanuela (coord.). **Codice della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2021. p. 1591).
- CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. Padova: CEDAM, 1926.

- CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CENDON, Paolo; ROSSI, Rita. Il quadro di riferimento. In: CENDON, Paolo (org.). **Il risarcimento del danno non patrimoniale**: parte generale. Torino: UTET, 2009.
- FAVILLI, Chiara. Danno biologico. In: NAVARRETTA, Emanuela (coord.). **Codice della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2021.
- FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Tradutor António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938.
- FRANZONI, Massimo. Danno evento, ultimo atto? **La Nuova giurisprudenza civile commentata**, v. 34, n. 9, p. 1337-1340, 2018.
- FROES, Júlia Vieira. **Novos danos na responsabilidade civil**: as fronteiras do dano moral ressarcível. Curitiba: Juruá, 2023.
- GRANDI, Martina. Risarcimento del danno. In: NAVARRETTA, Emanuela (coord.). **Codice della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2021.
- GUASTALLA, Emanuele Lucchini. Brevi riflessioni in tema di danno-evento e danno-conseguenza nella responsabilità civile. **Responsabilità civile e previdenza**, v. 88, n. 6, p. 1742-1751, 2023.
- IHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo**: ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradutor Paulo Mota Pinto. 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2020.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilistica.com**, a. 2, n. 3, p. 1-15, jul./set. 2013.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação, **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, mar. 2001.
- MELO DA SILVA, Wilson. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2.
- MINOZZI, Alfredo. **Studio sul danno non patrimoniale**: (danno morale). 3. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1917.
- MOMMSEN, Friedrich. **Beiträge zum Obligationenrecht**: Zür Lehre von dem Interesse. Braunschweig: Schmeschte und Sohn, 1855.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Dano moral e Homo Sacer: o problema do enunciado 385 da súmula do Superior Tribunal de Justiça e sua recente ampliação. **Revista de Direito Privado**, v. 73, p. 129-155, jan. 2017. *Online*.
- NALIN, Paulo. O ocaso do dano moral – Breves reflexões sobre o fim – ou não – do dano moral. **Migalhas**, 3 dez. de 2020. Migalhas de Responsabilidade Civil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/337226/o-ocaso-do-dano-moral---breves-reflexoes-sobre-o-fim---ou-nao---do-dano-moral>. Acesso em: 6 ago. 2024
- NAVARRETTA, Emanuela. **Diritti inviolabili e risarcimento del danno**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.
- NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- PASQUINELLI, Enrico. Il danno esistenziale. In: CENDON, Paolo. **Persona e danno**: I: le categorie generali del danno alla persona verso nuovi profili disciplinari tutele emergenti della persona. Milano: Giuffrè, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**: secondo il sistema italo-europeo delle fonti: metodi e tecniche. 4. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020. v. I. p. 130.
- PONZANELLI, Giulio. Il “buonismo” della Cassazione e la facile dimenticanza del danno conseguenza. **Danno e responsabilità**, v. 19, n. 3, p. 284-286, 2014.
- REALE, Miguel. **Temas de direito positivo**. São Paulo: RT, 2002.
- REIS, Clayton. **Dano moral**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe. **Responsabilidade civil**: teoria geral. Indaiatuba, SP: Foco, 2024.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHAEFER, Fernanda. 20 anos do Código Civil e os novos danos: os desafios trazidos pela pandemia. **Revista IBERC**, v. 6, n. 2, p. 22–38, 2023.

SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità civile e danno**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.

SILVA, Rafael Peteffi da. Entrevista com Miquel Martín-Casals. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 361-377, abr.-jun. 2017.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano presumido e dano 'in re ipsa' – distinções necessárias. **Revista IBERC**, v. 6, n. 1, p. IV-X, 2023.

TASCA, Flori Antonio. **Responsabilidade civil**: dano extrapatrimonial por abalo de crédito. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

VAZ SERRA, Adriano. Reparação do dano não patrimonial. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 83, p. 69-109, fev. 1959.

ZIVIZ, Patrizia. **Il danno non patrimoniale**: evoluzione del sistema risarcitorio. Milano: Giuffrè, 2011.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR-ECOLÓGICO: DESAFIOS PROCESSUAIS NA TUTELA DO DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL E COLETIVO

Fernanda Rodrigues Endrissi¹⁹⁴
Isabela Franciane Bassani Mangolin¹⁹⁵

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo apresenta, quase que incessantemente, diversos estímulos e opções ao indivíduo e à coletividade. É difícil – senão impossível – dissociar o “viver” do “adquirir”. O ser humano necessita fazer escolhas cotidianamente para seguir o fluxo de sua vida e muitas dessas escolhas podem impactar apenas o seu mundo particular, enquanto outras podem impactar a coletividade.

Advém então a importância de que o consumo de recursos naturais e industrializados, os quais tem sua matéria prima quase que inquestionavelmente oriunda da natureza, esteja amparado pela consciência individual e coletiva

¹⁹⁴ Sócia do Escritório Medina Guimarães Advogados. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito Empresarial Aplicado à Era Digital pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogada do escritório Medina Guimarães Advogados. E-mail: fernanda.rodrigues@medina.adv.br

¹⁹⁵ Sócia no Escritório Medina Guimarães Advogados. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale Educacional. Pós-graduada em Engenharia e Gestão Ambiental pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Pós-graduada em Direito e Processo Constitucional pela Faculdade Legale Educacional. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: isabela.mangolin@medina.adv.br

quanto ao ambiente em que o consumidor está inserido e as escolhas feitas e colocadas a sua disposição.

É neste cenário que o movimento ambientalista, a fim de instalar e reforçar na sociedade conceitos como sustentabilidade e consumo consciente ganhou força, principalmente a partir dos anos sessenta, por meio de estudos nos Estados Unidos com precursores como Rachel Carson e sua contribuição sobre o impacto dos pesticidas na saúde, bem como na Europa com a fundação do “Clube de Roma”¹⁹⁶ e a publicação de seu trabalho mais famoso em 1972, denominado “Os limites do crescimento”.

Esses estudos iniciais, inclusive, foram os principais focos de impacto em convenções ambientais, como a Conferência de Estocolmo realizada em 1972 na Suécia, a qual resultou na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e na Declaração de Estocolmo¹⁹⁷, que trouxe à tona a relação entre o desenvolvimento econômico e os problemas ambientais, como poluição e esgotamento de recursos, e também destacou a diferença de perspectivas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Os efeitos do amadurecimento da necessidade de preservação ambiental são grandemente sentidos no século XXI, pois verifica-se que o consumidor global, não apenas o brasileiro, mas também a nível internacional, toma decisões de compra conscientes que consideram o impacto ambiental, social e ético de produtos e serviços, priorizando a sustentabilidade e o bem-estar do planeta.

Com efeito, tem-se que a proteção ambiental e a defesa do consumidor habitam a mesma esfera jurídica, que se unem pelo “consumidor verde” ou o “consumidor ecológico”, sobretudo porque a degradação ambiental representa, simultaneamente, uma violação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (constitucionalmente previsto) e um dano à coletividade de consumidores, que sofrem prejuízos diretos (saúde e segurança, por exemplo) e indiretos (perda de qualidade de vida).

Diante disso, impõe-se analisar as alternativas processuais civis brasileiras que conferem efetividade à proteção constitucional do meio ambiente em meio

¹⁹⁶ “O Clube de Roma é hoje uma organização não governamental (ONG) que teve início em abril de 1968 como um pequeno grupo de 30 profissionais empresários, diplomatas, cientistas, educadores, humanistas, economistas e altos funcionários governamentais de dez países diversos que se reuniram para tratar de assuntos relacionados ao uso indiscriminado dos recursos naturais do meio ambiente em termos mundiais. Pelo fato desta primeira reunião ter acontecido na Academia dei Lincei em Roma na Itália, o nome sugestivo de ‘Clube de Roma’ deu denominação à entidade”. Disponível em <https://blog.portaleducacao.com.br/entendendo-o-club-de-roma-de-1972/>. Acesso aos 02.09.2025.

¹⁹⁷ MÉO, Letícia. Capítulo I: A Exposição Fática do Objeto de Estudo: Greenwashing ou Maquiagem Verde. In: *Greenwashing e o Direito do Consumidor: Como Prevenir (ou Reprimir) O Marketing Ambiental Ilícito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/greenwashing-e-o-direito-do-consumidor-como-prevenir-ou-reprimir-o-marketing-ambiental-ilicito/1290405317>. Acesso em: 28 set. 2025.

às escolhas individuais e coletivas feitas na sociedade, sendo uma das ferramentas processuais para garantir a reparação dos danos a Ação Civil Pública. O que se verifica é que a efetividade dessa tutela está intrinsecamente condicionada à interpretação expansiva da legitimidade ativa e à superação de desafios processuais significativos, notadamente aqueles que envolvem a complexa comprovação do nexo causal e a delicada liquidação integral do dano ambiental.

Para tanto, analisa-se por meio da pesquisa hipotético-dedutiva, com análise de doutrinas, artigos, jurisprudência e acervo legal pátrio, como a Ação Civil Pública é um instrumento constitucional para defesa do consumidor ecológico, perpassando por três momentos de análise: (a) a conexão constitucional entre a defesa do meio ambiente e do consumidor: o nascimento do “consumidor-ecológico”; (b) a ação civil pública como arena para a tutela do dano ambiental-consumerista; e (c) os desafios processuais na reparação do dano ambiental: da prova à execução da sentença.

1 A CONEXÃO CONSTITUCIONAL ENTRE A DEFESA DO MEIO AMBIENTE E DO CONSUMIDOR: O NASCIMENTO DO “CONSUMIDOR-ECOLÓGICO”

A expansão do comércio, impulsionada pela globalização e pela internet, tem remodelado as interações humanas e econômicas. A facilidade de acesso a bens e serviços, ao impulsionar o dinamismo do mercado, lança novos e complexos desafios para o sistema de justiça e para a resolução de conflitos, exigindo a adaptação de mecanismos tradicionais e a adoção de novas abordagens para lidar com as controvérsias contemporâneas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção do consumidor ascende a um patamar superior ao das relações meramente privadas, consolidando-se como um direito fundamental expressamente previsto no art. 5.º, inciso XX-XII, da Constituição Federal de 1988¹⁹⁸. Essa disposição constitucional estabelece um marco norteador que subordina a dinâmica do mercado¹⁹⁹ a um dever

¹⁹⁸ ALVES, Fabrício. Fundamentos da Proteção e da Defesa do Consumidor Perante a Comunicação de Natureza Publicitária. In: *Direito Publicitário: Proteção do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-publicitario-protecao-do-consumidor/1197132591>. Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁹⁹ Conquanto o livre mercado e a livre concorrência sejam princípios basilares, é o próprio art. 170 da Constituição Federal que não apenas define, mas impõe os parâmetros da ordem econômica nacional, erigindo a defesa do consumidor a um de seus pilares imprescindíveis e inegociáveis. GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos E.; MARQUES, Cláudia L.; et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – 13ª Edição 2022. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. p.109. ISBN 9786559645527. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645527/>. Acesso em: 30 set. 2025.

de proteção da parte vulnerável na relação de consumo, incumbindo ao Estado o ônus de promovê-la.

A proteção do consumidor encontra sua principal concretização normativa na Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). O art. 6.º do CPC, ao elencar um conjunto abrangente de direitos, transcende a mera regulação de relações econômicas e se concentra em bens jurídicos de natureza existencial, como a proteção da vida, da saúde e da segurança contra riscos advindos de produtos e serviços²⁰⁰.

Embora as relações econômicas na era globalizada ofereçam a vantagem da fluidez e da intensa circulação de bens e serviços, esse mesmo cenário expõe o consumidor a uma vulnerabilidade amplamente reconhecida tanto pela doutrina²⁰¹ quanto pela legislação, sendo expressamente consagrada no art. 4.º, inciso I, do CDC. Diante de tal cenário, emerge a necessidade de proteger o consumidor também no que tange aos impactos ambientais causados pela produção/consumo do bem ou serviço, incumbindo não só Estado, mas igualmente à sociedade o dever de antecipar e mitigar os riscos gerados por modelos econômicos de crescente complexidade. A atuação protetiva, portanto, suplanta a esfera puramente contratual, alcançando uma dimensão socioambiental.

A crise ecológica atual evidencia a intrínseca conexão entre a atividade econômica e a degradação ambiental. As relações de consumo são diretamente responsáveis pelos ciclos de produção que mais impactam o ecossistema, tornando a defesa do consumidor e a proteção ao meio ambiente duas facetas indissociáveis de um mesmo dever de garantia de uma vida digna e sustentável²⁰².

²⁰⁰ MARQUES, Claudia. Contratos Entre Consumidor e Fornecedor de Produtos ou Serviços. In: MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* – Ed. 2025. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2025. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/contratos-no-codigo-de-defesa-do-consumidor-ed-2025/3959005146>. Acesso em: 16 set. 2025.

²⁰¹ Nas palavras de Bruno Miragem, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor não é apenas um princípio, mas o fundamento para a promoção de sua defesa, elevada a direito fundamental (conforme o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal). Esse reconhecimento, por sua vez, levou à necessidade de uma legislação específica, o Código de Defesa do Consumidor (previsto no art. 48 do ADCT), e justifica a própria estrutura desse Código, que prioriza a definição de direitos para os consumidores e a consequente imposição de deveres aos fornecedores. MARQUES, Claudia L. *Direito do Consumidor – 30 anos de CDC – 1ª Edição 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. p.243. ISBN 9788530992156. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992156/>. Acesso em: 30 set. 2025.

²⁰² SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Competência Constitucional (Legislativa e Executiva) Em Matéria Ambiental. In: *Direito Constitucional Ecológico: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção da Natureza*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-constitucional-ecologico-constituicao-direitos-fundamentais-e-protecao-da-natureza/1314941085>. Acesso em: 16 set. 2025.

Essa íntima ligação se reflete na própria natureza jurídica de ambos os direitos: da proteção ambiental e do direito do consumidor. O direito à proteção ambiental, assim como o direito do consumidor, insere-se na categoria de direitos difusos e coletivos, pertencentes a toda a sociedade²⁰³. O art. 225 da Constituição Federal de 1988 estabelece a base para os direitos ambientais, consagrando não apenas o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também o dever fundamental da sociedade de protegê-lo para as presentes e futuras gerações.

Desse modo, a salvaguarda do meio ambiente emerge como uma responsabilidade compartilhada por toda a coletividade. Essa perspectiva transcende a concepção tradicional de que a tutela ambiental é um dever exclusivo do Estado, redefinindo o papel dos cidadãos para além de meros agentes econômicos. Nessa nova configuração, o consumidor é alçado à condição de ator ecológico, evidenciando seu papel crucial na sustentabilidade²⁰⁴.

O aumento da crise ambiental e a consequente procura por soluções sustentáveis impulsionaram o surgimento do “consumidor ecológico” ou “consumidor verde”, um ator chave na reconfiguração das dinâmicas de mercado e dos processos industriais. O aumento da consciência ambiental confere a esse novo perfil de consumidor o potencial de catalisar transformações significativas nos padrões de produção e consumo por meio do seu poder de escolha no mercado.

Diferentemente do consumidor comum, cujas escolhas são majoritariamente guiadas pela relação entre qualidade e preço, o consumidor ecológico introduz um terceiro pilar em sua análise de compra: a sustentabilidade. A consciência do impacto ambiental de suas ações o impele a adotar uma postura crítica e responsável, integrando as dimensões ambientais e sociais como critérios essenciais em sua jornada de consumo²⁰⁵.

²⁰³ PIZZOL, Patrícia. A Defesa dos Direitos Coletivos na Constituição Federal. In: PIZZOL, Patrícia. *Tutela Coletiva: Processo Coletivo e Técnicas de Padronização das Decisões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/tutela-coletiva-processo-coletivo-e-tecnicas-de-padronizacao-das-decisoes/1300338209>. Acesso em: 16 set. 2025.

²⁰⁴ RIBEIRO, Alfredo. 5. Consumo Helicoidal: Direito do Consumidor Como Tutela em Face do Consumo. In: *Direito do Consumo Sustentável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-do-consumo-sustentavel/1294655694>. Acesso em: 23 set. 2025.

²⁰⁵ HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de; FREITAS, Ana Virginia Porto de. Do “homo consumericus” ao ser bioético: a função social dos contratos de consumo sob o viés da proteção do meio ambiente. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 15, n. 1, p. 61-75, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/do-homo-consumericus-ao-ser-bioetico-a-funcao-social-dos-contratos-de-consumo-sob-o-vies-da-protecao-do-meio-ambiente/819717757>. Acesso em: 16 set. 2025.

Compete às fornecedoras, então, beneficiar-se do marketing verde, também denominado marketing ambiental ou ecológico, o qual assume um papel de destaque nesse contexto socioeconômico²⁰⁶. Trata-se de uma abordagem estratégica que opera em duas frentes: primeiro, como resposta à demanda gerada por consumidores conscientes, e segundo, como força indutora de um mercado mais sustentável. Sua premissa é a de que a escala de produção e consumo impõe um ônus significativo ao meio ambiente, tornando imperativo o estímulo a práticas comerciais e de consumo que minimizem esse impacto²⁰⁷.

O acesso do consumidor às informações sobre as características de um produto e sua respectiva cadeia produtiva é primordialmente viabilizado pelos próprios fornecedores. Nesse sentido, o princípio da informação, consagrado no art. 6.º, inciso III, do CDC, constitui um instrumento essencial na fase pré-contratual, garantindo a transparência necessária para uma escolha consciente²⁰⁸. Esta função se torna ainda mais crítica na comercialização de produtos com apelo de sustentabilidade. Nesses casos, a clareza sobre o verdadeiro impacto ambiental e o ciclo de vida do bem é fundamental para a decisão do consumidor ecológico.

Diante do dever e direito das partes quanto à informação transparente, a concessão de selos verdes deve se dar de forma criteriosa, visto que sua concessão indiscriminadamente constitui uma prática que deve ser rigorosamente coibida²⁰⁹, pois essa estratégia não só visa iludir o consumidor, mas também compromete a credibilidade das iniciativas genuinamente sustentáveis, gerando desinformação e minando a confiança no mercado²¹⁰. Evidencia-se, assim, a importância dos instrumentos processuais constitucionais, como a Ação Civil Pública, de conferir à população, por meio dos legitimados, a agir na proteção dos interesses individuais e coletivos presente e futuros, como é o caso do meio ambiente.

Ante o exposto, considerando que o ser humano, enquanto indivíduo e coletividade, revela seu potencial em um ecossistema equilibrado e contribui para o desenvolvimento do seu ambiente, é necessário harmonizar esse crescimento, inclusive dos negócios que fornecem bens/serviços, à proteção da

²⁰⁶ PAVIANI, Gabriela Amorim. Greenwashing: o falso marketing e a responsabilidade civil em relação ao consumidor. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 92-109, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/232939731.pdf>. Acesso em: 16 set. 2025.

²⁰⁷ MÊO, *op. cit.*

²⁰⁸ MARQUES, *op. Cit.*

²⁰⁹ Esses rótulos, que atestam qualidades ambientais frequentemente questionáveis, configuram uma forma de marketing ecológico enganoso, frequentemente denominado de *greenwashing*. OTTMAN, J. A. *As novas regras do marketing verde: estratégias, ferramentas e inspiração para o branding sustentável*. São Paulo: Books do Brasil Editora, 2012.

²¹⁰ MÊO, *Op. Cit.*

gênese da vida: justamente o meio ambiente. E essa tutela pode ser viabilizada através da Ação Civil Pública, a qual será exposta na sequência enquanto arena para tanto e a sua construção e contribuição para propiciar a efetiva reparação do dano ambiental.

2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO ARENA PARA A TUTELA DO DANO AMBIENTAL-CONSUMERISTA

O dano ambiental suplanta a esfera individual, posto que sua ocorrência afeta o próprio desenvolvimento da vida cotidiana e faz repensar modelos de crescimento e adoção de medidas hábeis a preveni-los ou remediá-los²¹¹. Nesse contexto se insere o direito coletivo e difuso ao meio ambiente, os quais são transindividuais, isto é, que não pertencem a uma pessoa determinada nem a um grupo claramente delimitado, mas concorrentemente a uma pluralidade de sujeitos²¹². Essa natureza transindividual exige instrumentos processuais à altura da sua complexidade, capazes de oferecer uma tutela jurisdicional efetiva.

Estado e cidadão devem trabalhar juntos para a preservação do meio ambiente, que se insere na categoria de direito fundamental, conforme o art. 225 da Constituição Federal de 1988, que o define como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras

²¹¹ Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet e outros em matéria de direito climático, nicho relevante e fundamental do complexo direito ao meio ambiente “a perspectiva subjetiva do direito fundamental ao clima, assim como se verifica no caso direito fundamental ao meio ambiente, assegura ao seu titular (indivíduo e sociedade) a possibilidade de reivindicar judicialmente a sua proteção na hipótese de violação ao seu âmbito de proteção, tanto na hipótese de ações quanto de omissões perpetradas por agentes públicos e privados. No caso brasileiro, há amplo leque de instrumentos processuais aptos a promover a tutela climática em tais situações, por exemplo, a ação civil pública (Lei n. 7.347/854), a ação popular (Lei n. 4.717/65 e art. 5.º, LXXIII, da CF), as ações constitucionais, o *amicus curiae*, entre outros, inclusive possibilitando ao cidadão a às organizações não governamentais de proteção climática o ajuizamento direto de ações climáticas) como no caso da ação civil pública e da ação popular), fenômeno que tem sido designado de litigância climática”. SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 670.

²¹² “Estamos inquestionavelmente no campo dos direitos e interesses transindividuais, que transcendem os direitos meramente individuais, e de que são titulares pessoas não identificadas e frequentemente não identificáveis, que integram grupos, categorias ou classes cujos membros são ligados por um vínculo social e de solidariedade, não estando unidas por nenhuma relação-jurídica base, mas sim por circunstâncias de fato. Trata-se dos denominados direitos difusos ou coletivos *lato sensu*”. NERY, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito processual civil: ações coletivas*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. Título 4. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-processual-civil-aco-es-coletivas/1355223173>. Acesso em: 08 set. 2025.

gerações”²¹³. Fica evidente que sua efetivação depende de comportamentos alinhados entre o Poder Público e a sociedade²¹⁴, o que consagra o foco coletivo nestes casos.

Por isso, o sistema processual deve ser alinhado à efetividade do exercício da tutela de direitos constitucionalmente assegurados e, ainda, permitir que o cidadão legitime o exercício desses direitos, que é o que consagra o art. 5.º LX-XIII ao prever a Ação Popular, a qual, por anteceder a Ação Civil Pública, pode ser tida como base à esta.

Falar em consumo consciente implica necessariamente em impactos na saúde individual e coletiva e no equilíbrio do ambiente, que é demandado para a produção e suporta os efeitos das emissões atmosféricas, da logística de transporte e do descarte. Essa cadeia de eventos demonstra quão lesivas podem ser as práticas consumeristas – ainda que necessárias ao desenvolvimento das atividades humanas.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) há muito reconhece a complexidade e a importância da reparação integral do dano ambiental, assentando que a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva e solidária, fundada na teoria do risco integral, o que impõe ao poluidor o dever de reparar o dano em sua totalidade, independentemente da existência de culpa²¹⁵. Esse entendimento segue sendo aplicado e revigorado na jurisprudência do e. Tribunal Superior²¹⁶.

²¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²¹⁴ SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação popular ambiental*. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 37.

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.374.284/MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Julgado em 27 de agosto de 2014.

²¹⁶ “AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA DE NATUREZA REPETITIVA. DANO AMBIENTAL. OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO. ARTS. 3º, IV, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/81. NATUREZA PROPTER REM E SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS ATUAIS POSSUIDORES OU PROPRIETÁRIOS, ASSIM COMO DOS ANTERIORES, OU DE AMBOS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. [...] II. A controvérsia ora em apreciação, submetida ao rito dos recursos especiais repetitivos, nos termos dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, restou assim delimitada: “As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores ou, ainda, dos sucessores, à escolha do credor”. III. A matéria afetada encontra atualmente consubstanciada na Súmula 623/STJ, publicada no DJe de 17/12/2018: “As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor”. [...] VI. Assim, de acordo com a mais atual jurisprudência do STJ, “a responsabilidade civil por danos ambientais é propter rem, além de objetiva e solidária entre todos os causadores diretos e indiretos do dano” (AgInt no AREsp 2.115.021/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/03/2023). [...] Em igual sentido: “A responsabilidade por danos ambientais é objetiva e, como tal, não exige a comprovação de culpa, bastando a constatação do dano e do nexo de causalidade. Excetuam-se

Para dar vazão a essa tutela, o ordenamento jurídico brasileiro estruturou um verdadeiro microssistema processual coletivo, composto por normas esparsas e plenas de peculiaridades procedimentais, que dialogam com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Destacam-se a Lei da Ação Popular (n. 4.717/1965), a Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).

A Lei da Ação Popular, em 1965, inovou ao legitimar o cidadão, individualmente, para a defesa de interesses que atingem toda a coletividade. Contudo, foi a Lei da Ação Civil Pública (LACP), em 1985, que se consolidou como o principal instrumento processual para a defesa de interesses transindividuais. Com um escopo notavelmente amplo, seu artigo 1.º prevê o cabimento da ação para a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente e ao consumidor, entre outros bens jurídicos.

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), já sob a égide da Constituição de 1988, não apenas ratificou a tutela de direitos coletivos, mas também a aprofundou, estabelecendo no Título III um sistema coeso e integrado para a defesa em juízo dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Como bem aponta Ada Pellegrini Grinover, o CDC funciona como a “lei geral” do processo coletivo, cujas normas se aplicam subsidiariamente a todas as ações coletivas, inclusive às ambientais regidas pela LACP, formando um diálogo de fontes que fortalece o microssistema²¹⁷.

É nesse cenário que a Ação Civil Pública se firma como a “arena” por excelência para a tutela do dano ambiental-consumerista, ainda integrada às disciplinas da Ação Popular e do Código de Defesa do Consumidor²¹⁸. A sua força

à regra, dispensando a prova do nexo de causalidade, a responsabilidade de adquirente de imóvel já danificado porque, independentemente de ter sido ele ou o dono anterior o real causador dos estragos, imputa-se ao novo proprietário a responsabilidade pelos danos. Precedentes do STJ. [...]. XI. Tese jurídica firmada: “As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo possível exigi-las, à escolha do credor, do proprietário ou possuidor atual, de qualquer dos anteriores, ou de ambos, ficando isento de responsabilidade o alienante cujo direito real tenha cessado antes da causação do dano, desde que para ele não tenha concorrido, direta ou indiretamente”. XII. Caso concreto: Recurso Especial conhecido e provido. XIII. Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2005 e art. 256-N e seguintes do RISTJ).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Recurso Especial nº 1.962.089-MS. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 13 de setembro de 2023. *Diário de Justiça Eletrônico*, 26 set. 2023.

²¹⁷ GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos E.; MARQUES, Cláudia L.; et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

²¹⁸ Considerando que “A Lei da Ação Civil Pública é, todavia, relativamente sintética. Por isso, a par das disposições especiais que estabelece, a Lei da Ação Civil Pública demanda ser integrada ao Código de Processo Civil (artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública) e ao

reside, primeiramente, na amplitude de sua legitimidade ativa. O artigo 5.º da Lei n. 7.347/1985 confere legitimidade concorrente a entes como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, além de autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e, crucialmente, as associações civis.

Essa legitimidade ampliada é fundamental para o consumidor-ecológico. Uma associação de bairro, uma organização não governamental de proteção ambiental ou uma entidade de defesa do consumidor podem, por meio da Ação Civil Pública, representar em juízo toda uma coletividade afetada por uma prática danosa, como a contaminação de um rio por uma indústria ou a comercialização de um produto com falsa rotulagem “sustentável” (*greenwashing*).

Nas palavras de Fabio Marin, a Ação Civil Pública contribuiu para fortalecer e ampliar a tutela de direitos transindividuais e, ao mesmo tempo, reflete a relevante intenção do legislador de tornar a ferramenta efetiva, o que foi feito ao atribuir o direito de ação a entidades abstratas e estruturadas para a defesa de interesses coletivos:

“veio a fortalecer e ampliar a possibilidade da tutela dos bens e direitos transindividuais, fornecendo verdadeira barreira de contenção aos desvios de eventuais legitimados. É relevante apontar, ainda, a vontade do legislador em possibilitar a operação efetiva da ferramenta, atribuindo o direito de ação a entidades abstratas, muitas devidamente estruturadas para a defesa de interesses mais amplos [...] como resultado indireto do esforço ampliativo tutelar foi inegável a facilitação do acesso à Justiça. Todo o conjunto de técnicas abriu caminho para a defesa de demandas muitas vezes complexas e que, frequentemente, sequer chegariam ao Poder Judiciário”²¹⁹.

Além disso, a Lei n. 7.347/1985 permite a cumulação de pedidos de naturezas distintas, mas decorrentes do mesmo fato danoso. Em um único processo, pode-se pleitear tanto a condenação em obrigação de fazer (recompor a área degradada) e de não fazer (cessar a atividade poluidora), quanto a indenização pecuniária pelos danos materiais e morais coletivos.

Essa versatilidade é essencial, pois o dano que atinge o consumidor-ecológico é, por natureza, multifacetado: a poluição de uma fonte de água potável,

Código de Defesa do Consumidor (artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública)”. NIEBUHR, Pedro. 18. *Considerações Sobre a Prova nas Ações Cíveis Públicas Ambientais* In: MILARÉ, Édís. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/acao-civil-publica/1188257268>. Acesso em: 8 set. de 2025.

²¹⁹ MARIN, Fábio. 2. *Lei da Ação Civil Pública: Um Legado do Gênio Jurídico Brasileiro* In: MILARÉ, Édís. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/acao-civil-publica/1188257268>. Acesso em: 8 set. 2025.

por exemplo, representa um dano ambiental difuso (violação do art. 225 da CF) e, ao mesmo tempo, um dano aos consumidores que dependiam daquela água, os quais podem ser considerados consumidores por equiparação (*bystanders*), conforme o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor²²⁰.

Portanto, a Ação Civil Pública não apenas oferece um canal processual, mas estrutura um verdadeiro campo de batalha jurídico onde a proteção constitucional ao meio ambiente e ao consumidor se encontram. Ela é o instrumento que materializa a conexão entre esses dois direitos, permitindo que a violação de um seja compreendida e reparada também como uma violação do outro, consolidando-se como a principal via para a defesa dos direitos do consumidor-ecológico.

Ante o exposto, caracterizou-se que a Ação Civil Pública é um instrumento com viés de proteção constitucional ao meio ambiente e que busca tutelar efetivamente a defesa do meio ambiente, especialmente garantindo aos cidadãos maior potencialidade em preservar, precaver e impedir a ocorrência de danos ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente quando se compreender que o cidadão não se desvincula do consumo e, por isso, está mais criterioso em escolher com consciência produtos e serviços que ofereçam enfoque ambiental. No próximo capítulo analisam-se os desafios processuais que podem ser enfrentados para a efetiva reparação do dano ambiental tutelado.

3 DESAFIOS PROCESSUAIS NA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL: DA PROVA À EXECUÇÃO DA SENTENÇA

A efetividade da Ação Civil Pública como instrumento de tutela do consumidor-ecológico encontra no plano prático uma série de desafios que se estendem por todo o curso do processo. Superada a fase de legitimação e a escolha da via processual, o mérito da causa impõe obstáculos significativos, desde a complexa demonstração do dano e do nexo causal até a controversa delimitação dos efeitos da sentença e sua posterior execução.

O ponto de partida para compreender esses desafios reside na própria natureza do bem jurídico tutelado. O bem ambiental foi erigido pela Lei Magna à categoria de direito fundamental, essencial à garantia da dignidade e da própria vida. Por ser um direito difuso, sua titularidade é indeterminada e sua fruição, indivisível.

²²⁰ BENJAMIN, Antônio; MARQUES, Claudia; BESSA, Leonardo. *Manual de Direito do Consumidor* – 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/manual-de-direito-do-consumidor-ed-2022/1734145643>. Acesso em: 8 set. 2025.

Nesse sentido, Edilson Vitorelli destaca que o grande desafio teórico da década de 1980, quando da consolidação dos direitos transindividuais, era justamente lidar com essa característica de indivisibilidade²²¹.

Como já lecionava o mestre José Carlos Barbosa Moreira, a satisfação de um dos titulares “implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”²²². Essa noção foi posteriormente positivada no artigo 81, parágrafo único, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor, que conceitua os interesses difusos²²³ e coletivos²²⁴.

O primeiro grande desafio processual decorre justamente dessa natureza indivisível, consistente na prova do dano ambiental e do nexo de causalidade. Em muitos casos, a degradação não é instantânea, mas sim um processo cumulativo e gradual, cujos efeitos podem levar anos para se manifestar. Provar que a atividade de um único poluidor, ou de um conjunto deles, foi a causa direta de um dano difuso – como a perda de biodiversidade em um rio ou a contaminação do lençol freático – exige a produção de provas periciais complexas, de alto custo e, por vezes, de resultado incerto²²⁵.

²²¹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 70.

²²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 174.

²²³ “Difusos são os direitos ou interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato: habitar na mesma região sujeita ao flagelo da poluição; consumir iguais produtos; expor-se aos efeitos de um determinado serviço perigoso ou de uma publicidade enganosa”. MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 12ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Capítulo II. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-do-ambiente/1188256948>. Acesso em: 9 set. 2025.

²²⁴ “São coletivos, em sentido estrito, os direitos ou interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base 143: o condomínio; o sindicato; os entes profissionais”. MILARÉ, *op. cit.*

²²⁵ Como defendem algumas correntes doutrinárias, ao que se cita de exemplo Pedro Niebuhr, defende-se o rigor da produção da prova do dano ambiental na ação civil pública, para obter maior nível de proteção ambiental: “Defende-se que quanto maior é o rigor com a exigência de prova dos elementos de responsabilização civil ambiental, maior é, ao final, o nível de proteção ambiental (inclusive mediante intervenção judicial) que o sistema proporcionará. A responsabilização apressada, ancorada em elementos frágeis de prova, é (e deve ser mesmo) suscetível de reversão nas instâncias recursais. Tem aptidão de gerar insegurança jurídica e provocar instabilidade das relações jurídicas, atentando contra a finalidade primordial do processo judicial. O rigor da prova nas ações civis públicas de responsabilidade por dano ambiental deve, nesse cenário, ser um objetivo comum – da acusação, da defesa e do próprio juízo. Por isso é sempre pertinente reafirmar particularidades relevantes no que toca aos principais meios de prova habitualmente havidos em demandas ambientais”. NIEBUHR, Pedro. NIEBUHR, *op. cit.*

O tema da obsolescência programada exemplifica a complexidade de se comprovar o nexo causal entre o dano ao consumidor e o dano ambiental. Essa prática, que visa acelerar o ciclo de produção e consumo, estimulando a aquisição de novos modelos e aumentando a descartabilidade dos bens, não apenas prejudica o consumidor, que é forçado a um descarte prematuro, mas também intensifica a geração de resíduos e a exploração desnecessária de recursos naturais.

Em sua essência, a obsolescência programada é uma falha oculta e intencional. Essa prática viola o princípio da boa-fé e o dever de transparência, pois o fornecedor age com a plena consciência de que a vida útil artificialmente reduzida do produto inevitavelmente compeliará o consumidor a uma nova aquisição²²⁶. Portanto, o vício do produto previsto no artigo 18 do CDC, quando se origina da obsolescência programada, transcende a falha comercial. Ele representa uma violação do direito do consumidor a um bem durável e contribui diretamente para a degradação ambiental, criando um ciclo prejudicial tanto para o indivíduo quanto para o planeta²²⁷.

Nesse contexto, a responsabilidade objetiva do fornecedor²²⁸ não deve limitar-se aos vícios e defeitos tradicionais do produto, como sua durabilidade ou funcionalidade. Ela precisa ser expandida para abarcar as consequências ecológicas decorrentes da fabricação e do descarte prematuro, por exemplo, que são gerados unicamente com o intuito de incentivar o consumo compulsivo e maximizar o lucro.

Além disso, a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, com amparo no princípio do poluidor-pagador e no princípio da precaução, tem admitido com frequência a inversão do ônus da prova em matéria ambiental (*opere judicis*)²²⁹, imputando ao empreendedor, que detém melhores condições téc-

²²⁶ CRUZ, Guilherme. Solidariedade X Vícios Material e Formal. In: CRUZ, Guilherme. *Sistema de Responsabilidade Civil das Relações de Consumo* – Ed. 2023. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/sistema-de-responsabilidade-civil-das-relacoes-de-consumo-ed-2023/2485141679>. Acesso em: 16 set. 2025.

²²⁷ Para Rossini e Napolini, as discussões internacionais sobre o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável ainda não abordam diretamente a obsolescência programada. Elas observam que, embora os efeitos dessa prática sejam combatidos, a obsolescência programada em si não é vista abertamente como uma das causas da acentuada degradação ambiental. ROSSINI, Valéria; NASPOLINI, Samyra Haydée Dal Farra. Obsolescência Programada e Meio Ambiente: A Geração de Resíduos de Equipamentos Eletroeletrônicos. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 51-71, jan./jun. 2017.

²²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²²⁹ “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. USINA HIDRELÉTRICA. CONSTRUÇÃO. PRODUÇÃO PESQUEIRA. REDUÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCON-

nicas e informacionais, o dever de demonstrar que sua atividade não causou o dano alegado²³⁰.

Superada a fase probatória, emerge o segundo grande desafio: os contornos da coisa julgada coletiva. A regra geral, estabelecida no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), é que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*”. Isso significa que os efeitos da decisão atingirão toda a coletividade lesada, ainda que seus membros não tenham participado diretamente do processo, garantindo segurança jurídica e isonomia²³¹.

Contudo, o sistema processual coletivo estabelece uma importante exceção para proteger a coletividade: a chamada coisa julgada *secundum eventum litis*. Caso a ação seja julgada improcedente por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material, permitindo que qualquer outro legitimado proponha nova ação com base em novas provas (art. 103, I, do CDC)²³².

Grande controvérsia sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada foi introduzida pela Lei n. 9.494/1997, que visou alterar a redação do artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 para limitar os efeitos *erga omnes* da sentença aos limites da competência territorial do órgão prolator. Contudo, o e. STF reconheceu a in-

TESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. INOVAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei nº 6.938/1981 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é incontestado. 2. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, para os pescadores da região. 3. Não há inovação em recurso especial se, ainda que sucintamente, a matéria foi debatida no tribunal de origem. 4. Agravo regimental não provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n. 183.202/SP*, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10 nov. 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 13 nov. 2015.

²³⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 12ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²³¹ “Nesse sentido, por cuidar a ação civil pública ambiental da tutela de interesses supraindividuais, a sentença nela proferida projeta efeitos em relação a todos [...] Como lembra Ada Pellegrini Grinover, aqui se adotou o sistema da Lei da Ação Popular, segundo o qual a sentença faz coisa julgada com relação a todos, sendo o pedido acolhido ou rejeitado pelo mérito.” MILARÉ, *op. cit.*

²³² “Diz, com efeito, o art. 16 da Lei 7.347/1985 que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* (...), exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. É o que se chama coisa julgada *secundum eventum litis* [...] “Entretanto, quando a demanda for desacomhada por insuficiência de provas, a ação pode ser renovada, mesmo que com idêntico fundamento, desde que baseada em provas novas. Uma tal solução, já experimentada em mais de meio século de prática de ação popular, visa a evitar o conluio e os riscos da formação de uma coisa julgada negativa, com eficácia *erga omnes*.” MILARÉ, *op. cit.*

constitucionalidade dessa redação no julgamento do RE 1.101.937/SP, fixando o tema n. 1.075²³³.

Por fim, desafio que vale a pena ser mencionado quanto à tutela jurisdicional das ações coletivas se manifesta na fase de execução da sentença. Isso porque, a sentença condenatória em uma Ação Civil Pública ambiental pode determinar obrigações de fazer, não fazer e de pagar quantia certa, o que demandaria uma fiscalização acerca do cumprimento de um cronograma de recuperação de área degradada, por exemplo, o que é complexo e exige monitoramento contínuo. No que tange à execução por quantia, o Ministério Público tem o dever funcional de promovê-la, mesmo que não tenha sido o autor da ação de conhecimento, dada a natureza indisponível do direito tutelado (cf. art. 15 da Lei n. 7.347/1985) e, para tanto, precisa de equipe e suporte para realizar efetivamente esse acompanhamento²³⁴.

Para o recebimento dessas indenizações pecuniárias, o art. 13 da Lei n. 7.347/1985 prevê a criação de um fundo para a reconstituição dos bens lesados. Morato Leite e Patryck Ayala apontam que esses fundos de compensação, garantias e seguros ambientais são propostas interessantes para a reparação do dano ambiental quando visam combater “escassez de alternativas à problemática da poluição ambiental frente ao risco criado pela sociedade”²³⁵. Contudo, relembram que existem desvantagens com um fundo de compensação, como:

“os custos burocráticos de funcionamento. Existem, também, dificuldades em estipular as devidas contribuições pelos diferentes agentes poluidores, além do que se verifica que a implementação dos fundos às normas de responsabili-

²³³ “I – É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo reprimada sua redação original. II – Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III – Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.101.937 (Tema 1.075) – *Repercussão Geral*. Constitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/1985: sentença em ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites territoriais do órgão prolator. Relator: Alexandre de Moraes. Brasília, DF: julgamento em 08 abr. 2021. Publicado no DJe em 14 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5336275&numeroProcesso=1101937&classeProcesso=RE&numeroTema=1075>. Acesso em: 10 set. 2025.

²³⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: Estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 125.

²³⁵ LEITE, José Rubens Morato. ARAÚJO, Ayala Leite Patryck de. **Dano Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p.260. ISBN 9788530988531. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530988531/>. Acesso em: 9 set. 2025. p. 259.

dade civil perde sua relevante função preventiva. Isso se deve ao fato de que os agentes degradadores, ao exercer suas atividades, estarão certos da isenção de suas responsabilidades em razão dos fundos. Tal fato só seria contornado quando se outorgasse ao fundo o direito de regresso, conforme sugere a Declaração de Limoges²³⁶

Verifica-se, que os valores depositados no fundo previsto na Lei n. 7.347/1985, gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, devem ser destinados a projetos que visem à reparação do dano específico ou à proteção ambiental na área afetada. Porém na prática a gestão e a aplicação eficaz desses recursos representam um desafio administrativo e de governança, sendo crucial garantir que as indenizações pagas pelos poluidores se convertam, de fato, em benefícios para o meio ambiente e para a coletividade do consumidor-ecológico.

Ante o exposto, buscou-se de forma breve apontar como a Ação Civil Pública é um importante instrumento processual constitucional para legitimar e conferir proteção ao meio ambiente, especialmente em atenção aos consumidores-ecológicos que corroboram com a salvaguarda desse direito fundamental às presente e futuras gerações, bem como apontar breves desafios procedimentais que esse instrumento suscita.

CONCLUSÃO

O consumidor moderno, muitas vezes chamado de “consumidor ecológico” ou “consumidor verde”, é aquele que se guia por um novo paradigma de consumo. Em vez de se restringir aos critérios tradicionais de preço e qualidade, ele considera ativamente os impactos ambientais e sociais de suas escolhas ao adquirir produtos e serviços. A evolução para esse novo perfil de consumidor se baseia na conexão intrínseca entre o direito do consumidor e a proteção ambiental.

Tanto a defesa do consumidor quanto a proteção ambiental se inserem na categoria de direitos difusos e coletivos, pertencentes a toda a sociedade e de titularidade indeterminada. Essa indissociabilidade faz com que a degradação ambiental seja vista simultaneamente como uma violação ao meio ambiente e como um dano à coletividade de consumidores. O direito à informação se revela, portanto.

Nesse cenário, a Ação Civil Pública se estabelece como um instrumento jurídico-constitucional essencial para a defesa simultânea do consumidor e do meio ambiente em suas searas, como a publicidade veiculada, a efetiva produção e disponibilização do produto/serviço, a restauração/recuperação do meio am-

²³⁶ LEITE, *op. cit.*

biente quando ocasionado um dano. Por meio da Ação Civil Pública é possível pleitear, em um único processo, a responsabilização integral pelos danos causados à coletividade. Isso inclui a condenação à recomposição da área degradada, a cessação imediata da atividade poluidora e a indenização por danos materiais e morais coletivos, assegurando a tutela jurisdicional da sociedade contra práticas lesivas de eventuais fornecedores-poluidores.

No entanto, a efetividade da Ação Civil Pública enfrenta desafios processuais significativos. A dificuldade em comprovar o dano ambiental e o nexo causal é um obstáculo recorrente, haja vista que os efeitos da poluição/degradação podem levar anos para se manifestar, tornando complexo para provar que a atividade de um único poluidor, ou de um conjunto deles, foi a causa direta de um dano difuso.

Ressalta-se a possibilidade da inversão do ônus da prova, instituto jurídico consagrado no ordenamento brasileiro e robustamente amparado pela jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça. Nesse contexto, a obrigação probatória seria transferida aos agentes poluidores/fornecedores, os quais teriam o encargo de demonstrar cabalmente a inexistência de nexo causal entre a atividade desempenhada e o dano ambiental verificado.

Já com relação a execução da sentença em Ações Cíveis Públicas, em se tratando de dano ambiental, a sentença pode demandar obrigações complexas, como a recomposição da área degradada ou a cessação da atividade poluidora, o que exige um regime contínuo e rigoroso de fiscalização e monitoramento para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional e o pleno restabelecimento do bem ambiental lesado. No caso de condenação por quantia (indenização pecuniária), os valores devem ser destinados a um fundo de compensação para a reconstituição dos bens lesados, conforme previsto na Lei nº 7.347/1985. O desafio crucial é assegurar que as indenizações pagas pelos poluidores se convertam em benefícios concretos para o meio ambiente e para a coletividade do consumidor-ecológico.

Depreende-se, assim, que a Ação Civil Pública se configura como importante mecanismo de articulação entre o direito ambiental e o direito do consumidor, visando a proteção do meio ambiente. A legitimação ampliada para a busca da reparação e prevenção de danos efetiva a proteção do consumidor ecológico e consolida a compreensão de que um meio ambiente equilibrado é, em essência, pressuposto para relações de consumo justas e seguras.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício. *Direito Publicitário: Proteção do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-publicitario-protecao-do-consumidor/1197132591>. Acesso em: 15 set. 2025.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BENJAMIN, Antônio; MARQUES, Claudia; BESSA, Leonardo. *Manual de Direito do Consumidor* – 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/manual-de-direito-do-consumidor-ed-2022/1734145643>. Acesso em: 8 set. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial nº 1.962.089-MS*. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 13 set. 2023. Diário de Justiça Eletrônico, 26 set. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em *Recurso Especial n. 183.202/SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10 nov. 2015, Diário da Justiça Eletrônico, 13 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.374.284/MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.101.937 (Tema 1.075) – *Repercussão Geral*. Constitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/1985: sentença em ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites territoriais do órgão prolator. Relator: Alexandre de Moraes. Brasília, DF: julgamento em 08 abr. 2021. Publicado no DJe em 14 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5336275&numeroProcesso=1101937&classeProcesso=RE&numeroTema=1075>. Acesso em: 10 set. 2025.

CRUZ, Guilherme. *Sistema de Responsabilidade Civil das Relações de Consumo* – Ed. 2023. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/sistema-de-responsabilidade-civil-das-relacoes-de-consumo-ed-2023/2485141679>. Acesso em: 16 set. 2025.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos E.; MARQUES, Cláudia L.; et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – 13ª Edição 2022. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. p.259. ISBN 9786559645527. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645527/>. Acesso em: 30 set. 2025.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de; FREITAS, Ana Virginia Porto de. Do “homo consumericus” ao ser bioético: a função social dos contratos de consumo sob o viés da proteção do meio ambiente. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 15, n. 1, p. 61-75, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/do-homo-consumericus-ao-ser-bioetico-a-funcao-social-dos-contratos-de-consumo-sob-o-vies-da-protecao-do-meio-ambiente/819717757>. Acesso em: 16 set. 2025.

LEITE, José Rubens Morato. ARAÚJO, Ayala Leite Patryck de. *Dano Ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. p. 260. ISBN 9788530988531. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530988531/>. Acesso em: 9 set. 2025.

MARIN, Fábio. 2. Lei da Ação Civil Pública: Um Legado do Gênio Jurídico Brasileiro. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/acao-civil-publica/1188257268>. Acesso em: 8 set. 2025.

MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* – Ed. 2025. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2025. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/contratos-no-codigo-de-defesa-do-consumidor-ed-2025/3959005146>. Acesso em: 16 set. 2025.

MARQUES, Claudia L. *Direito do Consumidor – 30 anos de CDC* – 1ª Edição 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. p.245. ISBN 9788530992156. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992156/>. Acesso em: 30 set. 2025.

MÉO, Leticia. *Greenwashing e o Direito do Consumidor*: Como Prevenir (ou Reprimir) O Marketing Ambiental Ilícito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/greenwashing-e-o-direito-do-consumidor-como-prevenir-ou-reprimir-o-marketing-ambiental-ilicito/1290405317>. Acesso em: 28 set. 2025.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Capítulo II. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-do-ambiente/1188256948>. Acesso em: 9 set. 2025.

NERY, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito processual civil: ações coletivas*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. Título 4. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-processual-civil-acoes-coletivas/1355223173>. Acesso em: 08 set. 2025.

NIEBUHR, Pedro. 18. Considerações Sobre a Prova nas Ações Cíveis Públicas Ambientais. In: MILARÉ, Édis. *Ação Cível Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/acao-civil-publica/1188257268>. Acesso em: 8 set. 2025.

OTTOMAN, J. A. *As novas regras do marketing verde: estratégias, ferramentas e inspiração para o branding sustentável*. São Paulo: Books do Brasil Editora, 2012.

PAVIANI, Gabriela Amorim. Greenwashing: o falso marketing e a responsabilidade civil em relação ao consumidor. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 92-109, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/232939731.pdf>. Acesso em: 16 set. 2025.

PIZZOL, Patrícia. *Processo Coletivo e Técnicas de Padronização das Decisões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/tutela-coletiva-processo-coletivo-e-tecnicas-de-padronizacao-das-decisoes/1300338209>. Acesso em: 16 set. 2025.

RIBEIRO, Alfredo. *Direito do Consumo Sustentável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-do-consumo-sustentavel/1294655694>. Acesso em: 23 set. 2025.

ROSSINI, Valéria; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Obsolescência Programada e Meio Ambiente: A Geração de Resíduos de Equipamentos Eletroeletrônicos. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 51-71, jan./jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ecológico: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção da Natureza*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-constitucional-ecologico-constituicao-direitos-fundamentais-e-protecao-da-natureza/1314941085>. Acesso em: 16 set. 2025.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação popular ambiental*. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: Estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

ENTRE MOTIVOS E TESE FIRMADA: DESAFIOS À ESTABILIDADE DOS PRECEDENTES NO BRASIL

*BETWEEN REASONS AND THE ESTABLISHED THESIS:
CHALLENGES TO THE STABILITY OF PRECEDENTS IN
BRAZIL*

Lucas Augusto Gaioski Pagani²³⁷
Delrya Daiane Silva Gaioski Pagani²³⁸
Rennan Thamay²³⁹

RESUMO: O estudo examina os desafios à estabilidade dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, considerando a centralidade da fundamentação das decisões judiciais após o advento do Código de Processo Civil de 2015. Em um

²³⁷ Doutor em Função Social do Direito pela FADISP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR (2022). Ex-bolsista CAPES. Professor UFGD. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e-mail: lucas.pagani@gmail.com.

²³⁸ Mestranda em Função Social do Direito pela FADISP. Bolsista Capes/PROSUP. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Público. Assistente de Magistrado no TJPR. E-mail: Delrya@outlook.com.

²³⁹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca, PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. Professor Titular do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Professor Titular e coordenador de cursos no Instituto ITER. Membro do IAPL (International Association of Procedural Law), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil), do CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual), do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo) e do IBDE (Instituto Brasileiro de Direito Empresarial). Advogado, consultor jurídico, parecerista, administrador judicial, árbitro e mediador. www.rennanthamay.com.br. www.thamayadvogados.com.br.

contexto em que se privilegia a *ratio decidendi*, o modelo nacional destaca-se por conferir primazia à dimensão normativa, projetando a decisão para além do caso concreto e suscitando questionamentos quanto à extensão da estabilidade também aos fundamentos da decisão. A investigação discute a relevância do raciocínio jurídico como elemento estruturante dos precedentes, articulando a função estabilizadora das razões e a tensão entre a preservação da coerência do sistema e a necessidade de adaptação às transformações sociais. O trabalho adota método dedutivo e pesquisa bibliográfica para analisar a função da fundamentação e a distinção entre precedentes fortes e fracos. Como recorte específico, estuda-se a ação direta de inconstitucionalidade, cujas decisões, embora não amparadas pela coisa julgada em sentido tradicional, irradiam estabilidade por meio do efeito vinculante atribuído pelo sistema. Conclui-se que a estabilidade dos precedentes no Brasil deve ser concebida de modo ampliado, abrangendo tanto a tese firmada quanto os fundamentos que a sustentam, compatibilizando a segurança jurídica com a necessária abertura interpretativa do direito.

Palavras-chave: Precedentes judiciais; Fundamentação; *Ratio decidendi*; Estabilidade; Ação direta de inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The study examines the challenges to the stability of precedents in the Brazilian legal system, considering the centrality of judicial reasoning following the enactment of the 2015 Code of Civil Procedure. In a context in which the *ratio decidendi* is privileged, the national model stands out for giving primacy to the normative dimension, projecting the decision beyond the concrete case and raising questions about the extent to which stability also encompasses the decision's grounds. The research discusses the relevance of legal reasoning as a structuring element of precedents, addressing the stabilizing function of reasons and the tension between preserving systemic coherence and the need to adapt to social transformations. The study adopts the deductive method and bibliographic research to analyze the role of judicial reasoning and the distinction between strong and weak precedents. As a specific focus, it examines the direct action of unconstitutionality, whose decisions, although not supported by *res judicata* in the traditional sense, radiate stability through the binding effect attributed by the system. It concludes that the stability of precedents in Brazil should be conceived in an expanded way, encompassing both the thesis established and the underlying grounds, thereby reconciling legal certainty with the interpretative openness required by law.

KEYWORDS: Judicial precedents; Reasoning; *Ratio decidendi*; Stability; Direct action of unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

A consolidação do sistema de precedentes no Brasil, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, representa um marco na atividade jurisdicional e no modo de aplicação do direito. Embora inspirado em experiências estrangeiras, sobretudo no *common law*, o modelo brasileiro assumiu contornos próprios, fruto da tradição romano-germânica e de uma cultura processual fortemente codificada. Nessa perspectiva, a fundamentação das decisões judiciais emerge como elemento estruturante, pois é nela que se delinea a *ratio decidendi* e se estabelece a força normativa dos precedentes.

Diferentemente da tradição anglo-saxã, em que o vínculo entre fatos e fundamentos jurídicos é indissociável, a experiência brasileira tende a conferir primazia à dimensão normativa, projetando a decisão para além do caso concreto que a originou. Essa peculiaridade suscita questionamentos sobre a estabilidade dos precedentes: não apenas sobre a tese firmada, mas também sobre os fundamentos que a sustentam. A tensão entre a necessidade de previsibilidade e a exigência de adaptação às transformações sociais coloca em evidência um problema de difícil equacionamento: em que medida a estabilidade pode se estender à própria motivação da decisão.

A relevância da investigação decorre do papel central que os precedentes passaram a ocupar na estrutura decisória do sistema jurídico brasileiro. A previsibilidade e a uniformidade na aplicação do direito dependem da consistência argumentativa e da preservação dos motivos determinantes das decisões paradigmáticas. Ao mesmo tempo, a experiência nacional evidencia que a mera transposição de modelos estrangeiros não basta; é necessário compreender as especificidades do ordenamento pátrio e dos mecanismos normativos que conferem autoridade às decisões judiciais.

Nesse quadro, a análise das ações diretas de inconstitucionalidade assume papel paradigmático. As decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não se revestem dos contornos tradicionais da coisa julgada, mas produzem efeitos vinculantes e *erga omnes*, irradiando estabilidade no ordenamento jurídico. Essa peculiaridade reforça a necessidade de compreender de que maneira a estabilidade dos precedentes pode ser construída não apenas pela definitividade processual, mas também pela autoridade que a Constituição e a legislação processual conferem a determinados pronunciamentos judiciais.

O presente estudo, desenvolvido mediante método dedutivo, parte de uma reflexão teórica acerca do raciocínio jurídico, avança para a compreensão dos precedentes na vigência do Código de Processo Civil de 2015, no cerne da *ratio decidendi* na perspectiva dos precedentes fortes e fracos, para então analisar, como paradigma o caso específico da ação direta de inconstitucionalidade. A pesquisa bibliográfica constitui o alicerce da investigação, a fim enfrentar a

problemática a questão da relevância dos fundamentos nos precedentes e sua estabilidade no regime atual.

2. AFUNDAMENTAÇÃO NA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES: ENTRE OS MOTIVOS E A TESE FIRMADA

A apreciação da fundamentação das decisões judiciais, especialmente no âmbito dos precedentes, exige a consideração do raciocínio jurídico. Conforme observa Dickson²⁴⁰, em um primeiro plano, o raciocínio jurídico corresponde ao procedimento para a identificação e determinação do conteúdo de direito aplicável a um determinado caso. Em um segundo sentido, refere-se à construção lógica que conduz da definição do conteúdo jurídico à formulação da decisão por parte do órgão encarregado de sua aplicação. Por fim, pode também assumir a forma de uma reflexão sobre a escolha da decisão mais adequada para o caso concreto, levando em conta a pluralidade de circunstâncias que envolvem a controvérsia.

No âmbito da presente análise, a noção de raciocínio jurídico revela-se especialmente vinculada às duas primeiras acepções, quais sejam: a atividade de determinação do conteúdo do direito aplicável e a subsequente articulação lógica que conduz à formulação da decisão pelo órgão competente. Cumpre observar, entretanto, que, segundo a perspectiva de Shapiro²⁴¹, a categoria de raciocínio jurídico deve ser restringida, ao menos em tese, à primeira dessas dimensões, uma vez que ele distingue o exercício do raciocínio jurídico propriamente dito e o ato decisório levado a efeito pelas instâncias judiciais.

De largada, percebe-se, desse modo, certa divergência entre a concepção de Shapiro e a formulação proposta por Raz. Enquanto o primeiro restringe o raciocínio jurídico à atividade de identificação do conteúdo normativo, Raz admite que tal raciocínio pode manifestar-se em duas dimensões complementares: de um lado, na determinação do que efetivamente constitui o direito em determinado contexto; de outro, na definição da forma pela qual as controvérsias devem ser solucionadas em conformidade com esse mesmo ordenamento²⁴².

Entretanto, a análise proposta considera simultaneamente as duas dimensões do raciocínio jurídico anteriormente indicadas, uma vez que é nesse espaço que se evidencia, de modo mais preciso, a tensão existente entre a função de redução dos custos deliberativos, possibilitada pela utilização de planos e padrões decisórios, e a exigência de constante aprimoramento desses mesmos

²⁴⁰ DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory**. Portland: Hart Publishing, 2001; DICKSON, Julie. Methodology in jurisprudence: a critical survey. **Legal Theory**, v. 10, n. 3, p. 117-156, set. 2004. p. 124-125.

²⁴¹ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Belknap Press, 2011. p. 280-281.

²⁴² PINO, Giorgio. Positivism, legal validity, and the separation of law and morals. **Ratio Juris**, v. 27, n. 2, p. 190-217, jun. 2014. p. 194.

instrumentos. Em outros termos, a questão central consiste em compreender de que maneira o Poder Judiciário estrutura seu processo decisório e quais o alcance que se impõe, especificamente no contexto dos precedentes, ao desenvolvimento da aplicação do direito.

Sob tal perspectiva, o raciocínio jurídico apresenta-se indissociável do processo interpretativo. A interpretação, nesse contexto, configura um fenômeno de dupla dimensão: de um lado, manifesta um caráter conservador, na medida em que se volta à preservação e reprodução das estruturas jurídicas já estabelecidas; de outro, revela um componente criativo, uma vez que, ao ser exercida, projeta novos sentidos e permite a adaptação do direito às demandas concretas que emergem na realidade social²⁴³²⁴⁴.

Convém recordar que, segundo a formulação de Shapiro²⁴⁵, a aplicação de um plano não constitui um ato simples e imediato, mas antes um procedimento estruturado em etapas sucessivas. Em primeiro lugar, exige-se a identificação precisa do conteúdo normativo, de modo a delimitar o seu alcance e a sua finalidade. Em seguida, impõe-se a consideração do contexto específico em que se pretende proceder à aplicação, uma vez que a eficácia da norma depende das circunstâncias fáticas e institucionais que a envolvem. Por fim, torna-se necessário avaliar a forma de ajustamento do plano a esse contexto concreto, tarefa que demanda ponderação entre o comando abstrato previamente estabelecido e as particularidades do caso em exame.

Em uma perspectiva linguística, conforme Endicott²⁴⁶, a questão central consiste em diferenciar o significado abstrato de uma expressão linguística dos efeitos que lhe são atribuídos a partir de seu emprego em determinado contexto. Independentemente das discussões teóricas acerca de saber se a pragmática jurídica representa apenas uma vertente específica da pragmática geral dos usos linguísticos, prevalece certo consenso no sentido de que o direito incorpora um elemento peculiar que o distancia da comunicação ordinária. Esse elemento reside na existência de instituições e de procedimentos próprios destinados à resolução de controvérsias acerca da aplicação da linguagem jurídica, mecanismos estes que se configuram, ao menos em parte, como uma consequência direta da inerente dependência contextual que caracteriza a interpretação normativa.

²⁴³ DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory**. Portland: Hart Publishing, 2001; DICKSON, Julie. Methodology in jurisprudence: a critical survey. **Legal Theory**, v. 10, n. 3, p. 117-156, set. 2004. p. 124-125.

²⁴⁴ MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2. ed. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2005. p. 21, 87 e 141.

²⁴⁵ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Belknap Press, 2011. p. 280-281.

²⁴⁶ ENDICOTT, Timothy A. O. Putting interpretation in its place. **Law and Philosophy**, v. 13, n. 4, p. 451-479, 1994; ENDICOTT, Timothy A. O. Law and Language. COLEMAN, Jules L. HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 935.

E essa lógica que orienta o planejamento não se limita à simples execução dos planos previamente estabelecidos, mas pressupõe que tais planos sejam suscetíveis de determinação pelos agentes encarregados de aplicá-los. Essa determinabilidade deve ocorrer mediante um procedimento estruturado que, ao mesmo tempo, assegure a aplicabilidade das diretrizes e impeça a reabertura das questões que os próprios planos foram concebidos para solucionar.

Os planos de caráter coletivo são concebidos com a finalidade de orientar e coordenar condutas, de modo a reduzir incertezas quanto às formas adequadas de agir²⁴⁷. O cumprimento desse propósito depende, entretanto, da capacidade de tais instrumentos fornecerem respostas efetivas às dúvidas práticas que se apresentam, as quais, por sua natureza, envolvem dilemas que frequentemente se revestem de uma dimensão moral. Não obstante, a superação desses impasses somente pode ser alcançada mediante a consideração de fatos sociais, e não de juízos morais, pois apenas os primeiros possuem a objetividade necessária para oferecer soluções estáveis e operativas às questões que emergem no âmbito da experiência jurídica.

Constata-se, portanto, que um dos aspectos centrais da concepção do direito reside na exigência de que produza elevado grau de estabilidade jurídica. Esse atributo funcional aproxima-se da lógica das chamadas *razões excludentes* (*exclusionary reasons*), nos termos formulados por Raz²⁴⁸, as quais operam como fundamentos que não apenas orientam a conduta, mas também excluem a reabertura de deliberações acerca de alternativas previamente afastadas pelo próprio sistema normativo²⁴⁹.

A noção de razão excludente tem por finalidade obstar a consideração de fundamentos concorrentes que, em tese, poderiam justificar determinada conduta. Trata-se de razões que, por sua própria estrutura, funcionam como motivos suficientes para afastar a atuação pautada em outros elementos que, em condições ordinárias, também seriam dotados de validade e pertinência. Em síntese, a razão excludente opera como critério que impede a reabertura do processo deliberativo, estabilizando a escolha normativa e eliminando a influência de alternativas que, não obstante plausíveis, restam juridicamente preteridas²⁵⁰.

Nesse ponto emerge a problemática relativa à concepção de fontes do direito. Para Raz²⁵¹, a noção de fonte deve ser compreendida em um sentido técnico-

²⁴⁷ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Belknap Press, 2011. p. 177.

²⁴⁸ RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 183-184.

²⁴⁹ SCHIAVELLO, Aldo. Rule of recognition, convention and obligation: what shapiro can still learn from hart's mistakes. DAMIANO, Canale; TUZET, Giovanni. **The planning theory of law: a critical reading**. Dordrecht: Springer, 2013. p. 80.

²⁵⁰ RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 183-184.

²⁵¹ RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012. p. 47-48.

co estrito: apenas se pode afirmar que determinada norma possui fonte jurídica quando seu conteúdo e sua existência são identificáveis sem a necessidade de recorrer a argumentos de natureza moral. Essa formulação, contudo, não significa a exclusão absoluta da moralidade do processo interpretativo, uma vez que Raz admite a relevância de considerações morais e da análise da intencionalidade para a adequada compreensão e aplicação do próprio direito. Desse modo, as fontes jurídicas correspondem a fatos institucionais que conferem validade ao direito e possibilitam a determinação objetiva de seu conteúdo normativo.

Nessa perspectiva, a concepção incremental delineada pela teoria do direito adquire maior consistência quando o precedente é compreendido como instrumento privilegiado para a observação do desenvolvimento do direito em sua dimensão prática. Trata-se do momento em que a interpretação judicial, ao ser concretamente exercida, confere eficácia operativa às normas e projeta a evolução do ordenamento jurídico, não apenas preservando sua continuidade, mas também permitindo sua adaptação progressiva às demandas que emergem da realidade social.

Todavia, Waldron²⁵² pontua que essa concepção apresenta limitações relevantes, na medida em que não esclarece de forma suficiente o modo como o juiz deve proceder diante de planos normativos que, ao pretenderem oferecer solução a dilemas de natureza moral, se depara com expressões indeterminadas, como *não razoável*, *cruel* ou *excessivo*. A crítica estende-se, igualmente, a enunciados de maior abstração, como os princípios de *igual proteção* ou de *devido processo*, cujo conteúdo não se esgota em critérios objetivos previamente estabelecidos e demanda, inevitavelmente, operações interpretativas de elevada carga valorativa.

Porém, para que a concepção das fontes não seja fragilizada pelo reconhecimento de que juízos avaliativos se mostram indispensáveis à identificação do conteúdo do direito, impõe-se a exigência de que as diretivas jurídicas mantenham a força excludente que lhes é atribuída. Essa característica lhes confere a capacidade de canalizar o processo deliberativo, orientando-o de forma a impedir que os propósitos jurídicos previamente definidos sejam reabertos a cada aplicação, assegurando, assim, estabilidade e continuidade ao sistema jurídico.

3. UMA COMPREENSÃO DA *RATIO DECIDENDI* A PARTIR DA DISTINÇÃO ENTRE PRECEDENTE FORTES E FRACOS

Nesse contexto, a conduta dos juízes e tribunais no processo de construção de padrões decisórios, sejam destinados a regular o caso concreto, sejam

²⁵² WALDRON, Jeremy. Planning for legality. *Michigan Law Review*, v. 109, n. 6, p. 883-902, 2011. p. 900.

eles dirigidos a proporcionar uma pauta de conduta universalizável, compromete a própria funcionalidade do sistema de precedentes. Esse processo de interpretação precisa romper com os paradigmas e centrar sua atuação no discurso argumentativo, que deve ser o verdadeiro termômetro para a interpretação de precedentes²⁵³.

Por sua vez, a interpretação de precedentes exige um rigor metodológico que vai além da mera transposição de conceitos estrangeiros para o contexto brasileiro²⁵⁴. É necessário criar um discurso jurídico robusto que respeite as particularidades do sistema jurídico nacional e promova uma compreensão aprofundada dos princípios subjacentes aos precedentes²⁵⁵. Pelo delineamento brasileiro, o rompimento com o estrangeirismo metodológico implica na adoção de uma abordagem que valorize a argumentação e a justificação das decisões, tornando o processo de interpretação mais adaptado à realidade normativa e cultural local, atento principalmente com o rompimento do caráter voluntarista e subjetivo²⁵⁶, o que não importa necessariamente em um sistema vinculante de precedentes.

É claro que a complexidade na interpretação de precedentes reside na necessidade de extrair, de maneira precisa, a *holding* ou *ratio decidendi* dos efetivos precedentes. Mas, no cenário específico, esse processo interpretativo demanda uma específica análise, que não pode ser superficial ou simplista. A clareza e a precisão na identificação desses elementos são cruciais para garantir que os precedentes sejam aplicados de maneira coerente e uniforme, evitando divergências interpretativas que possam comprometer a segurança jurídica.

Nesse sentido, para que o ambiente decisional²⁵⁷ seja verdadeiramente funcionalizado à luz da justificação argumentativa, é imprescindível que os julgadores adotem uma postura de transparência e rigor na fundamentação de suas decisões. A argumentação deve ser clara, lógica e bem estruturada, demonstrando de forma convincente os motivos pelos quais a decisão foi tomada e como ela se relaciona com os princípios e normas do sistema jurídico. Isso não apenas fortalece a legitimidade das decisões judiciais²⁵⁸, mas também instrumentaliza a

²⁵³ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 44.

²⁵⁴ DUTRA, Deo de Campos. Da ortodoxia à crítica: teorias da comparação jurídica. **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 1, p. 189-211, jan./abr. 2018. p. 207.

²⁵⁵ LUNELLI, Guilherme; ABBoud, Georges. Como e porque teses semanticamente congeladas não são precedentes: aportes a partir do common law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 252-276, set./dez. 2023. p. 273.

²⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 759.

²⁵⁷ ALVIM, Teresa Arruda. O juiz criativo e o precedente vinculante – realidades compatíveis. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 196-208, jan./abr. 2018.

²⁵⁸ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dellobbbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 42.

compreensão e aplicação dos precedentes por outros tribunais, desenvolvendo, inclusive, eventualmente, um romance em cadeia²⁵⁹.

A construção de um sistema de precedentes eficaz no Brasil depende, portanto, de uma abordagem metodológica que valorize a argumentação e a justificação das decisões. O discurso argumentativo deve ser o alicerce sobre o qual se baseia a interpretação de precedentes, promovendo um ambiente decisional que seja transparente, coerente e adaptado às especificidades do contexto jurídico brasileiro. Somente assim será possível alcançar uma interpretação de precedentes que seja realmente funcional e que contribua para a estabilidade e previsibilidade do sistema jurídico.

Sem ater exclusivamente a abordagem a teoria da fundamentação e motivação das decisões judiciais, é importante atentar também que a norma jurídica, enquanto produto da decisão judicial, é (re)construída a partir de elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica. A norma não se confunde com o texto legal (enunciado), dado que a norma surge somente diante da problematização do caso concreto. Neste contexto, a interpretação e aplicação das normas jurídicas exigem uma análise que vá além do texto legal, incorporando fatores contextuais e argumentativos que são essenciais para a correta compreensão e aplicação do direito²⁶⁰.

No âmbito da incidência dos precedentes, e mais especificamente sua observância, merece destaque a distinção de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas²⁶¹. Os autores sustentam que a vinculação somente se configura em sentido estrito quando há previsão de reclamação como instrumento processual destinado a reagir contra a inobservância da *ratio decidendi*. Nesse entendimento, apenas os precedentes dotados desse mecanismo reativo podem ser qualificados como obrigatórios em sentido forte, uma vez que impõem ao julgador a necessária conformidade com a decisão paradigmática. A partir dessa premissa, os autores propõem a existência de três graus de obrigatoriedade, dos quais apenas aquele associado à possibilidade de reclamação corresponde efetivamente ao conceito de precedente obrigatório.

De acordo com a estrutura proposta pelos autores, será considerada obrigatoriedade em sentido forte quando o respeito ao precedente for exigível sob pena da utilização de instrumento processual especialmente concebido para esse fim, como ocorre, por exemplo, com a reclamação. Nesse contexto, o Código de Processo Civil atual previu hipóteses expressas de observância qualifi-

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 276.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 77.

²⁶¹ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 278-279.

cada, a exemplo das decisões proferidas em recursos extraordinários e especiais submetidos ao regime dos repetitivos (art. 988, § 5.º, II)²⁶².

Por outro lado, há situações em que a obrigatoriedade se apresenta em grau médio, caracterizada pelo fato de que o descumprimento do precedente pode ser corrigido por instrumentos recursais ordinários, ainda que não tenham sido concebidos especificamente para esse propósito²⁶³.

Dessa forma, à luz da construção teórica de Teresa Arruda Alvim e Dantas, somente podem ser considerados precedentes dotados de obrigatoriedade em sentido estrito aqueles oriundos de hipóteses específicas expressamente previstas pelo ordenamento. Nessa categoria estariam incluídas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, bem como os pronunciamentos decorrentes do julgamento de recursos especiais e extraordinários submetidos ao regime dos repetitivos, além das decisões proferidas em incidente de assunção de competência e em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Todos os demais precedentes enumerados pelo Código de Processo Civil de 2015 não alcançariam o mesmo grau de vinculação, classificando-se, segundo a autora, como precedentes de obrigatoriedade média ou fraca, a depender do instrumento processual disponível para reagir ao seu descumprimento. Essa gradação revela uma compreensão diferenciada acerca da força normativa dos precedentes, limitando a noção de obrigatoriedade plena às hipóteses em que há previsão expressa de reclamação como mecanismo de reação.

Por outro lado, identifica-se a posição desenvolvida por Marinoni, Mitidiero e Arenhart²⁶⁴, segundo a qual a obrigatoriedade de observância dos precedentes deve restringir-se às decisões oriundas dos tribunais superiores, denominados pelos autores de Cortes Supremas²⁶⁵. O fundamento central dessa compreensão reside na atribuição constitucional conferida a tais órgãos de assegurar a uniformização da interpretação tanto da Constituição Federal quanto da legislação federal, exercendo, assim, papel estruturante na consolidação da unidade do direito.

²⁶² ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 278-279.

²⁶³ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 278-279.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 612-613.

²⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Os referidos autores²⁶⁶ salientam que a identificação de precedentes obrigatórios não decorre de um critério meramente formal ou quantitativo, mas sim de parâmetros materiais e qualitativos. Nessa perspectiva, não se reconhece como precedente obrigatório, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, qualquer decisão que não contenha fundamentos determinantes suficientemente compartilhados pela maioria do colegiado e claramente identificáveis nos pronunciamentos judiciais. A exigência de consistência argumentativa e de aderência substancial entre os fundamentos decisivos constitui, para esses autores, condição necessária para a constituição de um verdadeiro precedente²⁶⁷.

Sob essa ótica, Marinoni²⁶⁸ sustenta que apenas as Cortes Supremas detêm competência para produzir precedentes dotados de força obrigatória em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. A vinculatividade desses pronunciamentos decorreria, portanto, do compartilhamento majoritário do fundamento determinante empregado para a solução da questão jurídica, fundamento este que, além de expressar a *ratio decidendi*, encontra-se indissociavelmente vinculado ao quadro fático que delimita o problema de direito examinado. Assim, a obrigatoriedade não se funda unicamente na autoridade formal da decisão, mas na consistência do raciocínio decisório que emerge da interação entre o aspecto normativo e o contexto fático em que a controvérsia se apresenta.

4. A ESTABILIDADE DOS PRECEDENTES NO SISTEMA BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Os precedentes, por conceito, representam a construção de normas adscritas que possuem uma reivindicação de correção²⁶⁹ e servem como parâmetro para guiar a conduta dos atores jurídicos. Esta construção normativa confere aos precedentes uma função crucial no sistema jurídico: promover a previsibilidade e a calculabilidade das decisões judiciais. No entanto, essa função só será cumprida se os precedentes forem dotados de um grau adequado de estabilidade. A superação dos precedentes, portanto, deve ser vista e compreendida com moderação. Um precedente é constituído para durar enquanto for necessário e

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 612-613.

²⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 86-91; 96-99.

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 290.

²⁶⁹ SODERO, Eduardo. Sobre em cambio de los precedentes. **Isonomía**, México D.F., n. 21, p. 217-255, out. 2004. p. 227.

possível, proporcionando um equilíbrio entre a estabilidade jurídica e a adaptação às novas realidades sociais e jurídicas²⁷⁰.

Nesse sentido, o que se tem é que a reivindicação de estabilidade está restrita aos precedentes judiciais aos quais o sistema atribui eficácia normativa²⁷¹, ou seja, aqueles que estão inseridos na dinâmica de consideração, interpretação e aplicação. Isso importa estabelecer a impossibilidade de dissociação entre o precedente normativo abstratamente considerado e a decisão judicial objetivamente considerada que lhe deu origem, já que a eficácia normativa, apesar de derivar da lei, está vinculada a própria decisão.

Isso porque, mesmo que se insira o precedente judicial no plano das fontes do direito, a norma jurídica universalizável²⁷² está ligada ao caso concreto, de modo que ela, inclusive abstratamente considerada, porque incluída no silogismo do julgador, está abrangida pelo conteúdo declaratório da decisão judicial²⁷³ que deu origem ao precedente judicial. E, por conseguinte, compreendido o precedente no conteúdo declaratório da decisão judicial, a estabilidade da própria decisão judicial também se estende ao precedente.

Nesse sentido, uma vez que a estabilidade da decisão judicial se estende ao precedente judicial nela formado, torna-se necessário compreender os mecanismos de estabilidade das decisões judiciais em que são formados os precedentes com eficácia normativa. Tradicionalmente, essa estabilidade é alcançada por meio de institutos jurídicos como a coisa julgada, a preclusão (temporal, consumativa e lógica) e o trânsito em julgado.

Nesse quadro, impõe-se o exame específico da estabilidade das decisões proferidas no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e, por conseguinte, dos precedentes delas decorrentes, recorte que se apresenta como recorte eleito.

Na doutrina constitucional brasileira, a diferenciação entre as modalidades de controle de constitucionalidade pode ser estabelecida, entre outros critérios, a partir da análise da competência para o seu exercício. Quando a aferição da conformidade das leis à Constituição é atribuída a uma pluralidade de órgãos jurisdicionais, tem-se o denominado controle difuso, caracterizado pela descentralização da atividade de fiscalização da constitucionalidade no curso do processo.

²⁷⁰ THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. **Precedentes judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 251.

²⁷¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

²⁷² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 245.

²⁷³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 5. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 484.

Em sentido oposto, o controle concentrado configura-se quando a função de análise da validade constitucional das normas é atribuída a um único órgão ou tribunal, ao qual compete exercer essa atividade de maneira centralizada²⁷⁴.

Todavia, essa distinção assume contornos relevantes em razão do processo de objetivação do controle difuso, notadamente no âmbito do recurso extraordinário²⁷⁵. Essa evolução produz a aproximação do modelo difuso a características próprias do controle concentrado²⁷⁶, gerando repercussões relevantes para a compreensão da eficácia e da estabilidade dos precedentes formados no âmbito da jurisdição constitucional.

Sob outra perspectiva, os sistemas de controle de constitucionalidade podem ser analisados segundo o método empregado para a análise da norma. Quando o exame da compatibilidade constitucional constitui objeto exclusivo do processo, sem vinculação direta a litígios de outra natureza, tem-se o denominado controle principal. Trata-se de modelo que se desenvolve de maneira autônoma, mediante procedimentos processuais específicos, concebidos unicamente para aferir a conformidade do ato normativo em face da Constituição.

Esse controle é usualmente identificado como controle abstrato, justamente porque, em regra, a apreciação da constitucionalidade ocorre em tese, isto é, desvinculada da aplicação da norma a um caso concreto²⁷⁷. Nessa conformação, o controle principal concentra-se na aferição da validade normativa em um plano teórico, não considerando, em momento inicial, suas repercussões práticas ou sua incidência em situações particulares, assegurando, assim, uma abordagem voltada exclusivamente à análise da conformidade constitucional do ato questionado.

Nesse cenário, observa-se que, no âmbito do controle principal, e, sobretudo, no controle abstrato de constitucionalidade, as decisões não se revestem da característica tradicional da coisa julgada tal como concebida no processo de natureza subjetiva. Como assinala Thamay²⁷⁸, a coisa julgada pressupõe a imutabilidade e a indiscutibilidade do conteúdo decisório, atributos destinados a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e a encerrar, de forma definitiva, a controvérsia estabelecida entre as partes.

²⁷⁴ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Apontamentos sobre o novo perfil do recurso extraordinário no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 164, p. 57-83, out. 2008. p. 60.

²⁷⁵ MAGNUSSON, Leonardo Peteno; PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; THAMAY, Rennan. Decisões monocráticas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1055, p. 93-109, set. 2023. p. 100.

²⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. [livro eletrônico]. 4. ed. Revista dos Tribunais, 2017. n. p.

²⁷⁷ THAMAY, Rennan. **Coisa julgada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. RB-8.4; RB-8.10.

²⁷⁸ THAMAY, Rennan. **Coisa julgada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. RB-8.4.

No entanto, tais atributos, que são inerentes ao processo subjetivo, não se projetam integralmente no processo objetivo. Isso porque, neste último, a finalidade primordial não consiste na solução de um litígio individualizado, mas sim na preservação da supremacia da Constituição por meio da análise abstrata de atos normativos. Assim, a imutabilidade da decisão encontra limitações estruturais, uma vez que a função exercida transcende o interesse das partes e se orienta à tutela da ordem constitucional em sua dimensão coletiva e normativa²⁷⁹.

Em posição distinta, Dellore²⁸⁰ sustenta que a estabilidade das decisões judiciais, assegurada pela formação da coisa julgada, representa elemento essencial do processo enquanto instrumento destinado à solução de litígios. Segundo o autor, a regra geral consiste em que as decisões proferidas no âmbito jurisdicional alcancem a definitividade própria da coisa julgada, sendo as hipóteses de relativização excepcionabilíssimas.

Nessa linha, o controle concentrado de constitucionalidade, ainda que se configure como procedimento especial de natureza cognitiva, inserido no campo da jurisdição constitucional, também se submeteria à lógica da coisa julgada. Assim, uma vez proferida decisão de mérito e operado o trânsito em julgado, estar-se-ia diante de pronunciamento definitivo, dotado da estabilidade característica que marca as decisões judiciais em geral²⁸¹.

Sem afastar posições em sentido contrário, Thamay²⁸² sustenta que, no processo objetivo de controle de constitucionalidade, a autoridade das decisões não se fundamenta propriamente na coisa julgada, mas decorre do efeito vinculante que a Constituição e a legislação processual atribuem aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato. Esse efeito vinculante desempenha função de garantia institucional, impondo a todos os demais órgãos do Poder Público o dever de observar e respeitar o conteúdo das decisões proferidas pelo Tribunal.

Tal mecanismo, ao reforçar a força normativa das deliberações constitucionais, busca assegurar tanto a uniformidade interpretativa quanto a eficácia prática das decisões em matéria constitucional. Com isso, promove-se a necessária coesão do sistema jurídico e o alinhamento institucional em torno da autoridade do Supremo Tribunal Federal, evitando a fragmentação da interpretação constitucional e assegurando estabilidade à ordem jurídica.

²⁷⁹ THAMAY, Rennan. **Coisa julgada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. RB-8.4.

²⁸⁰ DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 403-405.

²⁸¹ DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 403-405.

²⁸² THAMAY, Rennan. **Coisa julgada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. RB-8.4; RB-8.12.

Cumprе destacar que o efeito vinculante, embora desempenhe função central na conformação do controle abstrato de constitucionalidade, não se identifica com a coisa julgada. Enquanto esta traduz a impossibilidade de rediscussão da matéria em qualquer instância judicial, conferindo caráter definitivo e imutável ao pronunciamento jurisdicional, o efeito vinculante opera de maneira prospectiva, impondo aos demais órgãos do Poder Público a observância das decisões do Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, encerrar de forma absoluta a possibilidade de reavaliação do tema.

Essa diferenciação evidencia a especificidade do processo objetivo, no qual a autoridade da decisão decorre mais de sua posição institucional no sistema jurídico do que da lógica tradicional do processo litigioso. Assim, o efeito vinculante, ao mesmo tempo em que consolida o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, preserva a necessária adaptabilidade do ordenamento, permitindo a reinterpretação ou readequação de normas em situações futuras, sempre que circunstâncias supervenientes demandarem novo alinhamento constitucional.

Indo adiante, no sistema jurídico brasileiro, a obrigatoriedade de observância das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade encontra fundamento no efeito vinculante que lhes é atribuído. Esse mecanismo confere às deliberações do Supremo Tribunal Federal autoridade normativa perante os demais órgãos do Poder Público, assegurando a uniformidade interpretativa e a aplicação consistente do entendimento constitucionalmente consolidado.

Cumprе salientar que o modelo brasileiro se caracteriza pela adoção de um sistema misto de controle de constitucionalidade, que combina elementos tanto do controle difuso quanto do controle concentrado. Nesse contexto, a incorporação da doutrina dos precedentes ao ordenamento pátrio assume relevância significativa, uma vez que se apresenta como instrumento apto a conferir concretude e estabilidade aos preceitos definidos em sede abstrata, reforçando a coerência sistêmica e a efetividade da jurisdição constitucional.

O que se verifica é que a obrigatoriedade das decisões em sede de controle abstrato decorre do efeito vinculante que lhes é atribuído, o qual, inclusive de acordo com Dellore²⁸³, relaciona-se diretamente à efetividade e à estabilidade desses pronunciamentos. Todavia, é a sistemática dos precedentes que possibilita, em termos operacionais, a aplicação prática dessas decisões nos casos concretos, conforme dispõe o art. 927, inciso I, do Código de Processo Civil.

Com efeito, a doutrina dos precedentes desempenha função mediadora entre a decisão abstrata e sua incidência casuística, orientando a atuação dos ór-

²⁸³ DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 403-405.

gãos jurisdicionais e assegurando a uniformização da interpretação constitucional. Nesse sentido, os precedentes operam como instrumentos de concretização dos preceitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhes densidade prática e permitindo que sua força normativa se projete de modo consistente sobre situações concretas submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o *stare decisis* configura princípio jurídico que impõe aos magistrados a obrigação de observar os entendimentos previamente firmados pelos tribunais superiores, assegurando tratamento uniforme às questões jurídicas análogas, independentemente da identidade das partes envolvidas²⁸⁴. A finalidade central desse princípio consiste na preservação da estabilidade das decisões judiciais, promovendo previsibilidade e coesão na aplicação do direito.

Derivado da máxima *stare decisis et non quieta movere*, expressão que traduz a ideia de manter o que já foi decidido e evitar modificações desnecessárias em matérias consolidadas, o instituto traduz o compromisso com a segurança jurídica. Nesse sentido, as interpretações anteriormente estabelecidas constituem parâmetros obrigatórios de orientação para a solução de novos casos de mesma natureza, contribuindo para a integridade e a continuidade do sistema jurídico²⁸⁵.

CONCLUSÃO

O sistema de precedentes instituído no Brasil a partir do Código de Processo Civil de 2015 redefiniu a forma de aplicação do direito e colocou em evidência a centralidade da fundamentação das decisões judiciais. A peculiaridade do modelo brasileiro, que privilegia a dimensão normativa em detrimento da vinculação estrita entre fatos e fundamentos, desloca a discussão para a estabilidade não apenas da tese firmada, mas também dos motivos determinantes que a sustentam.

A consistência dos precedentes depende da preservação de sua *ratio decidendi*, pois é nela que reside a força normativa capaz de assegurar previsibilidade, uniformidade e racionalidade ao sistema jurídico. Contudo, a estabilidade não pode ser compreendida em termos absolutos, já que a mutabilidade é igualmente necessária para permitir que o direito se ajuste às transformações sociais e institucionais. A tensão entre esses dois polos constitui o núcleo do problema enfrentado.

A reflexão sobre planos normativos e razões excludentes evidencia que o precedente não é apenas reprodução de uma regra, mas resultado de um processo interpretativo que combina dimensões conservadoras e criativas. Por isso,

²⁸⁴ SELLERS, Mortimer N. S. The doctrine of precedent in the United States of America. **The American Journal of Comparative Law**, Berkeley, v. 54, p. 67-88, fall 2006.

²⁸⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

a estabilidade não se resume à cristalização do dispositivo da decisão, mas alcança a coerência do raciocínio que o embasa, ainda que esse mesmo raciocínio permaneça permeável a revisões quando a realidade social impõe novas leituras.

O exame das ações diretas de inconstitucionalidade evidencia a forma particular pela qual o ordenamento brasileiro trata a questão. Nessas hipóteses, a estabilidade não decorre da coisa julgada nos moldes tradicionais, mas do efeito vinculante atribuído constitucionalmente às decisões do Supremo Tribunal Federal. Esse mecanismo confere coesão ao sistema e reforça a autoridade dos precedentes formados em sede de controle abstrato, projetando-os como paradigma para compreender a estabilidade da fundamentação no contexto nacional.

Diante desse panorama, pode-se concluir que a estabilidade dos precedentes no Brasil deve ser concebida de forma ampliada: não restrita ao dispositivo da decisão, mas compreendendo igualmente os fundamentos que lhe dão coerência e legitimidade. Somente assim é possível compatibilizar a segurança jurídica exigida pela ordem constitucional com a flexibilidade interpretativa indispensável ao direito.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALVIM, Teresa Arruda. O juiz criativo e o precedente vinculante – realidades compatíveis. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 196-208, jan./abr. 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory**. Portland: Hart Publishing, 2001.
- DICKSON, Julie. Methodology in jurisprudence: a critical survey. **Legal Theory**, v. 10, n. 3, p. 117-156, set. 2004.
- DUTRA, Deo de Campos. Da ortodoxia à crítica: teorias da comparação jurídica. **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 1, p. 189-211, jan./abr. 2018.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ENDICOTT, Timothy A. O. Law and Language. COLEMAN, Jules L. HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- ENDICOTT, Timothy A. O. Putting interpretation in its place. **Law and Philosophy**, v. 13, n. 4, p. 451-479, 1994.
- LUNELLI, Guilherme; ABOUD, Georges. Como e porque teses semanticamente congeladas não são precedentes: aportes a partir do common law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 252-276, set./dez. 2023.
- MAGNUSSON, Leonardo Peteno; PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; THAMAY, Rennan. Decisões monocráticas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1055, p. 93-109, set. 2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2. ed. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINO, Giorgio. Positivism, legal validity, and the separation of law and morals. **Ratio Juris**, v. 27, n. 2, p. 190-217, jun. 2014.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. New York: Oxford University Press, 2002.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Apontamentos sobre o novo perfil do recurso extraordinário no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 164, p. 57-83, out. 2008.

SCHIAVELLO, Aldo. Rule of recognition, convention and obligation: what shapiro can still learn from hart's mistakes. DAMIANO, Canale; TUZET, Giovanni. **The planning theory of law**: a critical reading. Dordrecht: Springer, 2013.

SELLERS, Mortimer N. S. The doctrine of precedent in the United States of America. **The American Journal of Comparative Law**, Berkeley, v. 54, p. 67-88, fall 2006.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Belknap Press, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 5. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SODERO, Eduardo. Sobre em cambio de los precedentes. **Isonomía**, México D.F., n. 21, p. 217-255, out. 2004.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

THAMAY, Rennan. **Coisa julgada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. **Precedentes judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WALDRON, Jeremy. Planning for legality. **Michigan Law Review**, v. 109, n. 6, p. 883-902, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. [livro eletrônico]. 4. ed. Revista dos Tribunais, 2017.

LIMITES DA COISA JULGADA NO SISTEMA PROCESSUAL ATUAL: O CPC 2015 E OS TEMAS 881 E 885 DO STF²⁸⁶

Luiz Dellore²⁸⁷
Zulmar Duarte²⁸⁸

INTRODUÇÃO

A coisa julgada é um dos temas mais complexos do direito processual. Tanto é assim que Barbosa Moreira, em 1979, deu um sugestivo título a artigo que tratou do assunto: “Ainda e sempre a coisa julgada”, no qual afirmou que²⁸⁹:

“quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções”.

²⁸⁶ Esta é uma versão, revista e atualizada, de artigo, de mesmo nome e dos mesmos coautores, publicado na seguinte coletânea: **Processo Civil em Foco Livro II**. São Paulo: Tirant Brasil, 2025.

²⁸⁷ Mestre e doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. *Visiting scholar* (pesquisa pós-doutoral) na *Syracuse University* e na *Cornell University* (EUA). Professor de Direito Processual do Mackenzie e IBMEC. Advogado concursado da Caixa Econômica Federal. Consultor Jurídico. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal) e do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo).

²⁸⁸ Mestre e Doutorando em Direito. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Professor da Unisul e de diversos cursos de pós-graduação. Professor convidado permanente da Escola Superior da Advocacia – OAB/SC. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual, da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual, do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros e do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo. Advogado. Consultor Jurídico.

²⁸⁹ Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, p. 9.

Desde essa constatação de Barbosa Moreira, elaborada à luz do Código de Processo de 1973 (CPC73), como está o cenário da coisa julgada no país? Podemos destacar alguns pontos, para responder à pergunta:

(i) no início do século XXI, ganhou corpo no Brasil a tese da relativização da coisa julgada;

(ii) com o advento do Código de Processo de 2015 (CPC15), surgiram novos debates quanto aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada;

(iii) no início de 2023, o STF, em importante precedente, trouxe ainda mais insegurança ao tema, ao tratar de limites temporais da coisa julgada.

Ou seja, dos anos 80 para cá, o cenário tornou-se ainda mais complexo, instável e inseguro.

Neste artigo, além de uma análise geral do tema, faremos uma análise do julgado do STF mencionado no item (iii).

1. DO CONCEITO E FINALIDADE DA COISA JULGADA

De forma simplificada, a coisa julgada pode ser definida como a imutabilidade e indiscutibilidade da decisão final de mérito, em virtude do trânsito em julgado da decisão²⁹⁰.

A imutabilidade tem como consequência a impossibilidade de rediscussão da lide já julgada, o que se dá com a proibição de propositura de ação idêntica àquela já decidida anteriormente. Este é o aspecto negativo da coisa julgada.

Já a indiscutibilidade tem o condão de fazer com que, em futuros processos (diferentes do anterior), a conclusão a que anteriormente se chegou seja observada e respeitada. Este é o aspecto positivo da coisa julgada.

Contudo, essa distinção entre imutabilidade e indiscutibilidade, elaborada por parcela da doutrina e muito bem explanada por Botelho de Mesquita²⁹¹, ainda é objeto de dúvidas e divergências, tanto no campo doutrinário, quanto jurisprudencial. Diante disso, o CPC15 poderia ter tornado mais clara a distinção entre essas duas características decorrentes da coisa julgada. Mas, isso não ocorreu²⁹².

Assim, é certo que prosseguem, mesmo com o CPC15, as discussões a respeito do próprio conceito de coisa julgada.

No que se refere à sua finalidade, retomando clássica exposição de Adroaldo Furtado Fabrício²⁹³:

²⁹⁰ Para uma análise mais profunda, cf. DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 53 e ss.

²⁹¹ **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, *passim*.

²⁹² A respeito do tema, cf., dos coautores: **Comentários ao Código de Processo Civil**, Forense: Rio de Janeiro, 5ª ed, 2022, p. 746-748.

²⁹³ A coisa julgada nas ações de alimentos, **Revista de Processo**, 62, p. 12.

“A coisa julgada emerge de um imperativo político (...) é imprescindível colocar-se um limite temporal absoluto, um ponto final inarredável à permissibilidade da discussão e das impugnações.”.

Ou seja, mais que um objetivo jurídico (ínsito à relação processual), busca a coisa julgada regular as relações sociais, de modo que o litígio não se eternize, para que haja a pacificação na sociedade e os litigantes – pessoas físicas ou jurídicas – possam seguir com as suas vidas.

Nessa perspectiva, o cerne do instituto, sem dúvidas, é a certeza e segurança decorrente de uma decisão judicial protegida pela coisa julgada.

Contudo, considerando o pêndulo da história, já há algum tempo, no Brasil, o conceito “segurança” típico da coisa julgada vem cedendo espaço para o elemento “justiça” (que é um conceito difuso, variável no tempo e no espaço e, mesmo na atualidade, variável conforme as visões de mundo e convicções de cada um).

Portanto, tem-se, no Brasil, eventos que vão minando a previsibilidade e estabilidade esperadas da coisa julgada, o que traz, em nosso entender, uma situação de insegurança jurídica e incerteza.

2. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NO CPC15

A mudança relativa aos limites da coisa julgada busca ampliá-la. Mas, ao fazer isso sem as necessárias balizas, surgem dúvidas e divergências acerca do quê e quem é protegido pela coisa julgada – o que, portanto, afasta a necessária e esperada segurança decorrente do instituto.

Fato é que, no sistema do CPC73, ainda que existissem muitos debates relativos à coisa julgada, no tocante aos limites a questão estava relativamente assentada na doutrina e jurisprudência.

Mas, com o CPC15, o cenário se modificou, em virtude de alterações tanto em relação aos limites objetivos (art. 503), como em relação aos limites subjetivos (art. 506). Passados já alguns anos da vigência do Código, a questão ainda não está sedimentada na jurisprudência dos tribunais intermediários e não foi objeto de decisão pelo STJ. Segue, portanto, a insegurança e instabilidade quanto ao tema – o que, na linha do que se expõe neste artigo, enfraquece o instituto como um todo. Vejamos os temas separadamente.

2.1. A MUDANÇA NOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Por limites objetivos entende-se qual parte da decisão judicial é coberta pela coisa julgada. Vale lembrar que os requisitos ou elementos da sentença são

o relatório, fundamentação e dispositivo (CPC, art. 489). O Código anterior preceituava que apenas o dispositivo era coberto pela coisa julgada. No CPC15, essa previsão não foi repetida.

O caput do art. 503 é bastante claro e traz ótima redação (mais técnica que a do CPC73): “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei **nos limites da questão principal expressamente decidida**” (grifos nossos). O pedido formulado pelo autor na petição inicial é a questão principal a ser apreciada pelo juiz quando da prolação de uma decisão de mérito.

Assim, em regra somente o que estiver no dispositivo da sentença (e que reflete o pedido da inicial) será coberto pela coisa julgada.

Se tivéssemos somente o caput do art. 503 do Código, a situação seria mais simples, mais prática e traria mais segurança jurídica a todos os litigantes.

Porém, o § 1º do artigo 503 inovou em nosso modelo processual, ampliando os limites objetivos da coisa julgada. A partir da vigência do atual Código, não só a questão principal, mas também a questão prejudicial é coberta pela coisa julgada, desde que observados alguns requisitos.

Mas o que é a questão prejudicial? A questão prejudicial não se confunde com as preliminares nem com a questão principal. A prejudicial é questão de mérito, mas não faz parte do pedido do autor (que é a questão principal, como visto acima). A prejudicial surge na contestação, com alguma alegação de mérito formulada pelo réu. E, do ponto de vista lógico, fica impossível ao juiz decidir a questão principal sem antes analisar a prejudicial.

O melhor exemplo para entender o tema: se o autor pede alimentos, e o réu afirma não ser pai, tem-se a paternidade é como questão prejudicial em relação aos alimentos. Outro bom exemplo: a cobrança de multa contratual (pedido da inicial / questão principal) por força da violação do contrato, sendo que na contestação o réu afirma que a cláusula ou o contrato são nulos (questão prejudicial).

No CPC73, se qualquer das partes pretendesse que a questão prejudicial fosse coberta pela coisa julgada, deveria propor a “ação declaratória incidental”, que deixa de ter previsão legal no novo sistema.

O que buscou o legislador com a alteração realizada? A resposta é simples: ampliar os limites objetivos da coisa julgada. Mas essa foi uma boa escolha?

Para responder a essa indagação, vejamos quais são os requisitos para que a coisa julgada atinja também a questão prejudicial, independentemente de pedido das partes (CPC, art. 503, §§ 1º e 2º):

- (i) a questão prejudicial deve ser decidida expressa e incidentemente no processo;
- (ii) da resolução da questão prejudicial deve depender o julgamento do mérito;
- (iii) deve ter havido contraditório prévio e efetivo;

(iv) o juiz deve ser absolutamente competente para resolver a questão prejudicial como se principal fosse;

(v) só haverá coisa julgada na prejudicial se não houver restrições probatórias que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Cada um desses requisitos traz sua parcela de debate e polêmica²⁹⁴. E tudo isso, portanto, traz insegurança a respeito dos limites de um instituto cuja principal finalidade é, exatamente, a segurança jurídica. Sem dúvidas, uma grande contradição, e algo consideravelmente nocivo para a estabilidade das relações sociais.

2.2. A MUDANÇA NOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

A regra básica do Código anterior era que a coisa julgada não prejudicava nem beneficiava terceiros. Porém, o sistema anterior trazia uma exceção, constante da parte final do art. 472 do CPC73, no tocante às causas envolvendo o estado das pessoas (como, por exemplo, casamento).

A primeira supressão do CPC15 foi exatamente a qualquer menção relativa às ações de estado. Portanto, no atual Código não há qualquer distinção entre a coisa julgada formada nessas ações e nas demais.

No CPC73, o art. 472 apontava que haveria coisa julgada em relação a terceiros, nas ações de estado, desde que todos os interessados, em litisconsórcio necessário, fossem citados. O dispositivo era criticado pela doutrina, por ao menos duas razões: (i) se a hipótese fosse de litisconsórcio necessário, os envolvidos seriam partes e, portanto, normalmente atingidos pela coisa julgada e (ii) havia confusão entre os conceitos de coisa julgada (imutabilidade e indiscutibilidade da decisão) e efeitos da sentença (alterações que a sentença acarreta fora dos autos). A finalidade do dispositivo era com que os efeitos da sentença pudessem atingir terceiros (e o CPC73 erroneamente falava em coisa julgada). O fato é que os efeitos da sentença são sempre *erga omnes*. Apesar de a coisa julgada atingir as partes que litigaram no processo (exatamente os limites subjetivos ora analisados), os efeitos da sentença a todos atingem, independentemente da participação no processo.

Assim, é de se elogiar a exclusão, no atual Código, dessa parte do artigo que existia no sistema anterior.

A segunda e mais relevante supressão se refere à expressão “não beneficiar terceiros”. Para a adequada compreensão do tema, vale comparar ambos os artigos (itálicos nossos):

²⁹⁴ A questão é tratada com profundidade em nossos **Comentários**, cit., p. 750 e ss.

- CPC73, art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, *não beneficiando, nem prejudicando* terceiros.

- CPC15, art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, *não prejudicando* terceiros.

Ou seja, pela primeira leitura comparando os artigos, seria de se concluir que o CPC não restringe a coisa julgada às partes, apenas vedando que terceiros sejam prejudicados. Assim, a *contrario sensu*, a coisa julgada poderia beneficiar terceiros.

Porém, qual o alcance dessa modificação²⁹⁵? Há, efetivamente, mudança em relação ao sistema anterior? A questão ainda está em aberto na doutrina e jurisprudência – porém, é certo que suscita debates e traz insegurança aos jurisdicionados.

Há diversas possíveis interpretações para a mudança. Até o momento, podemos indicar cinco possíveis entendimentos.

Vejamos:

(i) Processo Coletivo

Para esta corrente, a afirmação de que a coisa julgada poderia beneficiar terceiros se justificaria considerando as sentenças genéricas coletivas (CDC, art. 95), que podem ser liquidadas por indivíduos, os beneficiários que se enquadram naquela situação²⁹⁶.

A teoria de fato enfrenta uma situação de coisa julgada para além das partes. Porém, uma das críticas a esta corrente é que o CPC não trata do processo coletivo, mas apenas do processo individual. Assim, defender que a nova legislação regula a coisa julgada no processo coletivo apenas no tocante à coisa julgada, em meu entender, não é algo que se mostre seria muito lógico.

(ii) Causas que envolvam terceiros ligados à lide / Litisconsórcio unitário

Também é possível interpretar a modificação para situações em que terceiros ligados ao conflito de direito material. Como exemplo, condôminos ou sócios, em relação a algum conflito relativo ao condomínio ou sociedade. Assim, uma decisão judicial quanto a uma assembleia poderia também beneficiar os demais sócios ou condôminos que estivessem na mesma situação. Mas vale destacar que se o terceiro (sócio ou condômino) ingressar em juízo, será considerado litisconsorte unitário e, nesse caso, como parte, perde a relevância falar-se em extensão da coisa julgada a terceiros.

Contra esta corrente pode ser apontado o seguinte: (i) conforme lição de Botelho de Mesquita²⁹⁷, nessa situação em que o colegitimado não ingressa em

²⁹⁵ Para uma análise mais profunda acerca do tema, cf., dos coautores, **Comentários**, cit., p. 760 e ss.

²⁹⁶ É a posição, dentre outros, de DIDIER (op. cit., p. 779).

²⁹⁷ Op. cit., p. 25.

juízo (em litisconsórcio originário ou superveniente) não se está diante de coisa julgada perante terceiro, mas sim de efeito da sentença, que a todos atinge; (ii) antes da alteração legislativa, no Código anterior, é certo que já havia essa situação de legitimados concorrentes – e sem que houvesse a necessidade de se falar em coisa julgada beneficiando terceiros e (iii) pode ser que o terceiro não esteja de acordo com a decisão judicial, hipótese em que estaríamos diante de coisa julgada que o prejudicaria, o que é vedado expressamente pelo artigo – e isso reforça que a hipótese é de efeito da sentença e não de coisa julgada.

(iii) Obrigações solidárias

Para essa corrente, passaria o CPC15 a prever, em linha com o direito material, que o terceiro pode se beneficiar de uma sentença proferida em processo do qual não foi parte, nas hipóteses de obrigações solidárias. O tema, no âmbito Código Civil, é tratado no art. 274 – que foi alterado pelo CPC15: “O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles”. Portanto, se a decisão do processo for favorável ao terceiro, ele poderá se aproveitar dessa decisão, desde que o conflito não tenha sido julgado com base em fundamento específico da parte²⁹⁸.

Esta corrente em parte assemelha-se à segunda no sentido de que, existindo a solidariedade, está-se diante de situação de terceiros “ligados à lide”. Porém, é mais restrita, pois limita-se às situações de solidariedade. Sendo assim, as críticas (i) e (ii) acima expostas também se aplicam – mas não a (iii), considerando a previsão do art. 274 do CC.

(iv) Eficácia expandida da coisa julgada individual

Esta é a tese que mais alterações propõe em relação ao sistema anterior. Refere-se não ao mesmo conflito (como na corrente 2), mas a pessoas em situação análoga, quanto aos fatos e ao direito (ou seja, para situações massificadas²⁹⁹).

Basta imaginar que, em uma demanda entre uma pessoa física e determinada empresa, a coisa julgada favorável à pessoa física poderá beneficiar terceiros. Como exemplos: uma discussão de um cliente contra uma empresa de celular formaria coisa julgada em relação a todos os outros clientes no Brasil que estivessem na mesma situação fática, à luz do mesmo contrato. Ou um servidor público federal que obtenha uma decisão favorável quanto a seus vencimentos, cuja coisa julgada beneficiaria todos os outros servidores no país que estivessem

²⁹⁸ É o entendimento de MARINONI, ARENHART, MITIDIERO (op. cit., p. 589).

²⁹⁹ É a opinião de STEFANI, no artigo Eficácia expandida da coisa julgada individual, disponível em <http://estadodedireito.com.br/a-eficacia-expandida-da-coisa-julgada-individual-parte2/>, acesso em 30/07/2024.

na mesma situação fático-jurídica, sem a necessidade de processo de conhecimento para cada um dos demais servidores.

A crítica a essa corrente seria o fato de que qualquer processo individual poderia se transformar em um processo coletivo, com uma eficácia imensa, sendo que isso violaria princípios processuais como o juiz natural, devido processo legal, e contraditório e vedação de decisão surpresa. Além disso, houve veto ao art. 333 do CPC15, que previa a conversão da ação individual em coletiva. Ora, pensando de forma sistemática: se não é possível que uma ação individual se converta em coletiva, seria possível que uma ação individual (sem que haja a conversão, portanto), tenha a mesma eficácia e abrangência que uma ação coletiva?

Além disso, o que se busca com essa corrente na verdade seria algo mais próximo da vinculação do precedente do que da coisa julgada. E é de se lembrar que o sistema de precedentes ganhou considerável força no CPC³⁰⁰, mas isso não deve se confundir com os limites subjetivos da coisa julgada.

(v) Nenhuma mudança em relação ao sistema anterior

Esta corrente aponta que a ausência de menção a “não beneficiará terceiros” não acarreta nenhuma modificação prática, considerando a interpretação do sistema processual. Seja porque (a) estaríamos diante de uma confusão entre efeitos da sentença e coisa julgada ou porque (b) se a coisa julgada beneficia alguém, do outro lado ela prejudicará alguém – o que seria vedado pelo art. 506.

Ou seja, a mudança do texto legal na verdade em nada alteraria os limites da coisa julgada, ficando mantida a mesma lógica do sistema do CPC73³⁰¹.

Expostas as cinco correntes, é de se indagar: qual prevalece?

Uma vez mais, a questão ainda não está definida pelo STJ, existindo posições divergentes nos tribunais intermediários.

No âmbito da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF, foi aprovado enunciado a afastar essa interpretação. O enunciado 36/CJF ficou com a seguinte redação:

“O disposto no art. 506 do CPC não permite que se incluam, dentre os beneficiados pela coisa julgada, litigantes de outras demandas em que se discuta a mesma tese jurídica”.

Mas até que tenhamos uma definição dos exatos limites subjetivos da coisa julgada pela jurisprudência (mais precisamente pelo STJ), a dúvida e insegurança prosseguem. Mais uma divergência a afastar a segurança esperada da coisa julgada.

³⁰⁰ A respeito do tema, cf. JOBIM, Marco e DUARTE, Zulmar. **Súmula Jurisprudência e Precedente**: da Distinção à Superação. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, passim.

³⁰¹ É o entendimento de NERY JR, **Comentários ao CPC**, 2015, p. 352.

3. O JULGAMENTO DOS TEMAS 881 E 885 PELO STF: LIMITES TEMPORAIS DA COISA JULGADA?

No início de 2023 houve o julgamento, por parte do STF, dos temas de repercussão geral 881 e 885³⁰².

O tema envolve a cobrança da Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL). Vejamos, brevemente, a cronologia envolvendo o tributo:

- (i) a L. 7.689/1988 criou a CSLL;
- (ii) logo após a edição dessa lei, houve inúmeras demandas alegando a inconstitucionalidade da referida contribuição social;
- (iii) alguns contribuintes tiveram êxito, com decisões transitadas em julgado apontando que a CSLL – sendo que a matéria era controvertida nos tribunais (como sói acontecer no Brasil);
- (iv) em 1992, o STF – em controle difuso e sem repercussão geral³⁰³ (inclusive porque ainda não existia a RG) – decidiu pela constitucionalidade da CSLL;
- (v) em 2007, o STF – em controle concentrado³⁰⁴ – decidiu pela constitucionalidade da CSLL;
- (vi) com base nessas decisões do STF, e sem o ajuizamento de qualquer medida judicial para desconstituir a coisa julgada individual anterior, a Fazenda Nacional passou a cobrar os contribuintes e autuar aqueles que não pagavam a CSLL, mesmo os que tinha coisa julgada favorável;
- (vii) os contribuintes, por certo, buscaram o Judiciário para afirmar que havia coisa julgada em seu favor e que a cobrança era indevida – o que foi acolhido até o STJ, em julgamento repetitivo³⁰⁵;
- (viii) o STF, ao julgar o caso, por unanimidade, acolheu a tese fazendária e, por apertada maioria, não modulou os efeitos da decisão³⁰⁶. Houve declaratórios, inclusive para debater a modulação, mas não foram acolhidos³⁰⁷.

A tese foi assim fixada:

³⁰² RE 9.492.97/CE e o RE 9.552.27/BA

³⁰³ RE 1.467.33/SP.

³⁰⁴ ADI 15.

³⁰⁵ REsp 1.118.893/MG, tema repetitivo 340, julgado em 2011, com a seguinte tese fixada: “Não é possível a cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.”

³⁰⁶ MEDINA defendeu a modulação com diversos argumentos pertinentes: Supremo deve modular efeitos de decisão sobre coisa julgada, disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-fev-15/processo-novo-supremo-modular-efeitos-decisao-coisa-julgada>.

³⁰⁷ O recurso transitou em julgado em 1/10/25.

1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.
2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

Obviamente, a decisão causou polêmica e gerou críticas. E isso acarretou algo não usual por parte do STF, como por exemplo (a) a criação de uma página especial no *site* para “explicar” a decisão³⁰⁸ e (b) defesas públicas e informais de ministros, noticiadas pela imprensa, no sentido de que “a coisa julgada não é direito à eternidade”³⁰⁹ ou que não pagar o tributo “foi uma aposta”³¹⁰.

Tem-se, portanto, a criação, pela via jurisprudencial, de “limites temporais da coisa julgada”.

A saber: para as relações tributárias continuativas, a coisa julgada não perdura de forma indefinida, tem um prazo – o limite temporal: somente até que a tese seja mantida pelo STF. Portanto, com a alteração do entendimento do Supremo, seja em controle difuso com repercussão geral ou concentrado, o “prazo de validade” daquela coisa julgada cessa, sem qualquer necessidade de nova medida judicial. Uma brutal violência e desprezo à coisa julgada, algo que causa extrema insegurança jurídica.

Do ponto de vista técnico, com a devida vênia às vozes em contrário, o entendimento apresenta diversos problemas. Vejamos dois.

Na perspectiva constitucional, a existência de limites temporais viola a coisa julgada enquanto garantia prevista na Constituição, pois simplesmente desconsidera o que já foi antes decidido, bem como os efeitos daí decorrentes. Não há compatibilidade com o previsto no art. 5º, XXVI da CF³¹¹.

Na perspectiva infraconstitucional, a existência de limites temporais, de forma “automática” e sem que haja qualquer medida judicial, viola frontalmente o previsto no CPC. Isso porque o art. 505, I³¹² permite se rever o que foi decidido, em relações jurídicas continuativas, desde que (i) haja modificação no estado

³⁰⁸ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502140&ori=1>

³⁰⁹ <https://www.jota.info/stf/do-supremo/coisa-julgada-nao-e-um-direito-a-eternidade-diz-carmen-lucia-02062023>

³¹⁰ <https://www.infomoney.com.br/politica/quem-nao-pagou-fez-uma-aposta-diz-barroso-sobre-quebra-de-coisa-julgada/>

³¹¹ XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

³¹² Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estabelecido na sentença;

de fato ou de direito e (ii) mediante pedido de “revisão do que foi estatuído na sentença” – o que se dá por nova medida judicial específica (seja AR ou ação autônoma), e não simplesmente a partir de um julgamento do STF.

De qualquer forma, no momento é esse o entendimento do Supremo, em tese de repercussão geral. Sem dúvidas, é mais golpe à segurança da coisa julgada.

Mas, os limites temporais seriam limitados às questões tributárias? Pela tese fixada, ao menos por ora, sim. Sendo que já há outros casos tributários em que possível realizar esse mesmo debate.

Contudo, pela *ratio decidendi*, o fato é que poderia ser aplicado a qualquer relação continuativa, como por exemplo servidor público, previdenciário, relações de família, relações de vizinhança, contratos que se prolongam no tempo etc.

Como se vê, o potencial de repetição da desconsideração automática da coisa julgada existe em diversos outros casos, com a insegurança jurídica brasileira e o desrespeito à coisa julgada chegando a níveis alarmantes.

Em síntese: mais um ponto de insegurança que deveria vir do instituto típico da segurança.

Mas não é só isso. Em abril de 2025 foi proferida outra decisão importante pelo STF que, é possível dizer, complementa o quanto foi decidido – mas trazendo ainda mais possibilidades (e, portanto, dúvidas) quanto ao assunto. Trata-se do quanto foi decidido na questão de ordem (QO) na AR 2.876/STF³¹³.

Nesse feito, o STF acabou por interpretar e declarar a inconstitucionalidade de dispositivos do CPC³¹⁴. No que é relevante para este artigo, o fato é que, com esse julgado, o STF definiu por diversas possibilidades em relação aos limites temporais. Vejamos como foi redigida a tese, no que é pertinente para o debate aqui proposto:

Em cada caso, o Supremo Tribunal Federal poderá definir os efeitos temporais de seus precedentes vinculantes e sua repercussão sobre a coisa julgada, estabelecendo inclusive a extensão da retroação para fins da ação rescisória ou mesmo o seu não cabimento diante do grave risco de lesão à segurança jurídica ou ao interesse social.

Ou seja, após decidir, nos Temas 881/885, que há limites temporais, este julgado aponta a possibilidade de o STF – ao julgar um recurso ou ação de controle concentrado – deixar claro quais são os limites temporais; ou seja, se é

³¹³ Diferentemente do que ocorre em tema de repercussão geral ou em controle concentrado, no caso, por estarmos apenas em uma questão de ordem, o contraditório é bastante limitado: não houve, no caso, *amicus curiae*, audiência pública ou quaisquer debates mais profundos, mas apenas a fixação de uma relevante tese em questão de ordem, sem adequado contraditório qualificado.

³¹⁴ §§ 14 e 15 do art. 525 e §§ 7o e 8o do art. 535 do CPC – que tratam da impugnação ao cumprimento de sentença.

automática a desconstituição, se caberá rescisória, ou se nem caberá rescisória. Isso tudo, sem base legal.

CONCLUSÃO

A coisa julgada surge, na história, por uma motivação política (no sentido de ser buscar o melhor para a sociedade): colocar um fim à perpetuação do litígio. Portanto, o ponto central é a segurança e estabilidade das relações sociais.

Com o passar dos séculos e considerando o pêndulo da história, há momentos em que se dá maior relevo ao aspecto segurança, e em outros momentos há maior destaque para o aspecto “justiça do caso concreto” – o que, por certo, acarreta um enfraquecimento do vetor segurança.

Entendemos que nas últimas décadas vivemos, no Brasil, a maior relevância do vetor “justiça”, o que vem sistematicamente enfraquecendo a coisa julgada, o que majora a já considerável insegurança jurídica existente no país.

Isso pode se ver com os seguintes movimentos:

(i) mudança nos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, com o CPC15;
(ii) criação dos limites temporais da coisa, com o julgamento dos temas 881 e 885 da repercussão geral, no STF – o que é complementado pelo quanto decidido na QO na AR 2.876/STF, pois permite à Suprema Corte definir, ao julgar uma tese, se a coisa julgada anteriormente firmada pode ser (i) automaticamente desconsiderada, (ii) objeto de futura AR ou (iii) não pode ser novamente debatida.

Esses movimentos acabam por trazer dúvidas em relação ao que é coberto, quem é coberto, e até quando vale a coisa julgada – que pode ser desconstituída, como visto, sem a necessidade de nova medida judicial (“automaticamente”, considerando a tese dos limites temporais da coisa julgada).

Ainda que não se vislumbre nenhum movimento nesse sentido no curto prazo, esperamos que o pêndulo da história logo se modifique, e retorne à segurança jurídica como vetor da coisa julgada.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, Teresa. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. **Revista de Processo**, v. 39, 2014, p. 75-89.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. A coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Coisa julgada – efeito preclusivo. In: _____. A coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARACIOLA, Andrea; SOUZA, André Pagani de; ASSIS, Carlos Augusto de.

COMITTI, Bruna e SILVA FILHO, Paulo Cesar da. **Reflexos da decisão sobre coisa julgada nas relações tributárias de trato sucessivo**, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/reflexos-da-decisao-sobre-coisa-julgada-nas-relacoes-tributarias-de-trato-sucessivo-18062023>, acesso em 30/07/2024

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi *et alii*. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada & questões prejudiciais**, São Paulo: RT, 2019.

CLERMONT, Kevin. Coisa julgada: origens e importância sob a perspectiva do Direito Norte-Americano. **Revista de Processo** 307, p. 361-400, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. v. 3.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016,

DELLORE, Luiz. Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil: *quieta non movere*. **Revista de Informação Legislativa**, n. 190, p. 35-43, abr./jun. 2011.

_____. Da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil (L. 13.105/2015): conceito e limites objetivos. In: Didier Jr, Fredie; Macedo, Lucas Buriel de; Freire, Alexandre (Org). **Procedimento comum**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 819-838.

_____. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. Limites da coisa julgada no sistema processual atual: o CPC 2015 e os temas 881 e 885 do STF, in SCHWERZ, Cláudia Elisabete et. alii (org). **Processo Civil em Foco Livro II**. São Paulo: Tirant Brasil, 2025.

GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre; DUARTE, Zulmar. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre; DUARTE, Zulmar. **Manual de Processo Civil**. Forense: Rio de Janeiro: Forense, 2025.

GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria e PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**, 194, p. 101-138, abr. 2011.

JOBIM, Marco e DUARTE, Zulmar. **Súmula Jurisprudência e Precedente: da Distinção à Superação**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. -- A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo. v.38. n.216. p.431-8. fev. 2013.

MARINONI, Luiz; ARENHART, Sergio e MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Que coisa julgada é essa?**, in <http://genjuridico.com.br/2015/02/16/novo-cpc-coisa-julgada/>, acesso em 31/07/2024.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Supremo deve modular efeitos de decisão sobre coisa julgada**, disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-fev-15/processo-novo-supremo-modular-efeitos-decisao-coisa-julgada>, acesso em 30/07/2024.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Revista dos Tribunais, n. 416, p. 9-17, jun. 1979.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: _____. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY Jr. Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Comentários ao CPC**. 14ª ed. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Marco Antonio Peres; CAIS, André Luis; CORREA, Fabio Peixinho Gomes; DELLORE, Luiz; SETOGUTI PEREIRA, Guilherme; FONSECA, Joao Francisco Naves da e THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Proposta de melhoria da coisa julgada e questão prejudicial no novo CPC**, in. <http://www.conjur.com.br/2014-out-13/proposta-coisa-julgada-questao-prejudicial-cpc>, acesso em 31/07/2024.

_____.; CORREA, Fabio Peixinho Gomes; DELLORE, Luiz; SETOGUTI PEREIRA, Guilherme; SIQUEIRA, Thiago; CARVALHO, Antonio; ARENAL, Letícia; SCHMITZ, Leonard; THAMAY, Rennan Faria Kruger e ZVEIBEL, Daniel Guimarães. **O requisito da dependência do julgamento no novo regime da coisa julgada**, <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222158,41046-O+requisito+da+dependencia+do+julgamento+no+novo+regime+da+coisa>, acesso em 31/07/2024.

PORTO, Sérgio Gilberto. Apontamentos Sobre Duas Relevantes inovações no projeto de um Novo CPC, **Revista jurídica**, ano 58, n. 401, p. 49-61, fev. 2011.

RESCHKE, Pedro Henrique. **A expansão dos limites objetivos da coisa julgada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RODRIGUES, Walter Piva. **Coisa Julgada Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. A motivação da sentença no novo CPC 2015. **Estudos de Direito Processual em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci**. Salvador: Juspodium, 2018.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

STEFANI, Marcos. **Eficácia expandida da coisa julgada individual**, disponível em <http://estadodedireito.com.br/a-eficacia-expandida-da-coisa-julgada-individual-parte2/>, acesso em 30/07/2024.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Coisa julgada: limites e ampliação objetiva e subjetiva**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

O (NÃO) CABIMENTO DA “*QUERELA NULLITATIS INSANABILIS*” PARA A DESCONSTITUIÇÃO DA “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”³¹⁵

Isabela Franciane Bassani Mangolin³¹⁶

Mariana Barsaglia Pimentel³¹⁷

INTRODUÇÃO

São diversos os debates acadêmicos (e práticos) sobre aquilo que a doutrina denomina como “coisa julgada inconstitucional”. Este fenômeno, que já estava previsto no Código de Processo Civil de 1973 (e foi reproduzido no Código de Processo Civil de 2015), ocorre quando há o trânsito em julgado de decisão judicial baseada em lei posteriormente³¹⁸ declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (em controle de constitucionalidade difuso ou concentrado).

³¹⁵ Texto originalmente publicado na obra *Prática Jurídica Cível: Atualidades sobre recursos e outros meios de impugnação da decisão judicial* (3.^a edição), coordenada por Mariana Barsaglia Pimentel e Nida Saleh Hatoum, e publicada pela Editora Thoth (2025).

³¹⁶ Sócia no Escritório Medina Guimarães Advogados. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale Educacional. Pós-graduada em Engenharia e Gestão Ambiental pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Pós-graduada em Direito e Processo Constitucional pela Faculdade Legale Educacional. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: isabela.mangolin@medina.adv.br.

³¹⁷ Sócia-diretora da área de Direito de Família e Planejamento Patrimonial e Sucessório do Escritório Medina Guimarães Advogados. Mestra e Doutora na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Pós-graduanda em Direito Societário (L.L.M.) no Insper Instituto de Ensino e Pesquisa. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito Civil Constitucional Virada de Copérnico. E-mail: mariana.pimentel@medina.adv.br.

³¹⁸ À decisão ou ao trânsito em julgado.

Dentre outras problemáticas, questiona-se se a “*querela nullitatis insanabilis*” é um meio processual adequado para a desconstituição da coisa julgada nestas hipóteses – problema e tema que serão objeto de discussão neste trabalho.

No estudo que a seguir se apresenta, observou-se o método de abordagem hipotética-dedutiva, através da revisão bibliográfica de artigos e livros científicos, além da análise horizontal de decisões judiciais sobre temas relacionados ao objeto de pesquisa, mediante o exame: (a) dos aspectos intrínsecos da coisa julgada inconstitucional; (b) das hipóteses de cabimento da “*querela nulitatis insanabilis*” e das diferenças e semelhanças entre este meio de impugnação às decisões judiciais e a ação rescisória; e (c) do cabimento – ou não – da *querela nulitatis insanabilis* para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

Ao final, apresentam-se as conclusões obtidas, que perpassam pela aplicação de princípios como a segurança jurídica, a equidade e a boa-fé.

1. ASPECTOS INTRÍNSECOS DA “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”

O instituto da “coisa julgada” tem como premissa e como pressuposto a estabilidade das decisões judiciais e, dentre outras funções, serve para impedir que as lides se protraiam no tempo de forma indefinida (ou *ad eternum*).

São múltiplos os posicionamentos doutrinários acerca da formação da “coisa julgada” em face de pronunciamento judicial e o estudo desse fenômeno perpassa por longas décadas, a exemplo da doutrina do professor Ovídio A. Baptista da Silva³¹⁹. O art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal contemplou a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada à retroatividade da lei. Aludindo à coisa julgada, dispõe Araken de Assis que “a Constituição protege contra a hipotética retroação da lei o provimento judiciário que reconheceu algum direito ao particular”³²⁰.

Quanto à coisa julgada material, o art. 502 do CPC/2015 cuidou de denominá-la como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Daí advém que a sentença³²¹, uma vez decidido o mérito da ação “gera efeitos que ficam acobertados pelo fenômeno da coisa julgada”, por meio da qual a eficácia das decisões judiciais finais de mérito

³¹⁹ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da Silva. *Sentença e coisa julgada*; ensaios. 2. ed. Porto Alegre, Fabris, 1988.

³²⁰ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 347.

³²¹ Como adverte Araken de Assis: “A regra utiliza a palavra ‘sentença’ em sentido genérico. Acontecerá de o processo findar através do pronunciamento colegiado do tribunal”. ASSIS, *ibid*, p. 347.

torna-se marcadamente estáveis³²². Surge, nesse cenário, a impossibilidade de se discutir o pronunciamento judicial quanto ao mérito, cuja eficácia é “acrescentada após o trânsito em julgado”³²³.

A coisa julgada formal não tem o condão de tornar o desfecho do processo indiscutível, pois “frequentemente, o provimento não examina o mérito, restringindo-se ao juízo de admissibilidade da demanda” ou pode analisá-lo total ou parcialmente sem que se outorgue a eficácia da coisa julgada, como ocorre com as sentenças homologatórias. Nesta hipótese, a parte pode renovar a demanda com o saneamento do obstáculo que impediu o prosseguimento ou retomada do primeiro processo. Será admitido, então, “o julgamento do mérito antes ignorado”³²⁴.

Sobretudo, compreende-se que a coisa julgada confere estabilidade ao pronunciamento judicial. Há hipóteses, contudo, em que a coisa julgada é relativizada, permitindo-se a rediscussão de questões consideradas *imutáveis*³²⁵ (nas vias processuais adequadas).

Dentre as hipóteses de *relativização* da coisa julgada (gênero) está aquela denominada pela doutrina como a “coisa julgada inconstitucional” (espécie)³²⁶. Conforme alerta Paula Daher Sardinha, “embora não seja tecnicamente correto utilizar a expressão “coisa julgada inconstitucional” – pois a inconstitucionalidade não abrange a coisa julgada em si, mas sim as normas jurídicas e as decisões transitadas em julgado –, a doutrina e a jurisprudência a têm adotado comumente”³²⁷. Segundo a mesma autora, “a coisa julgada inconstitucional existe, quando um provimento judicial, que foi baseado em lei vigente, transita em julgado (não sendo passível de impugnação), e seu conteúdo é declarado inconstitucional, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF)”³²⁸. Se a lei que embasou a decisão judicial for declarada inconstitucional, “também

³²² MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

³²³ ASSIS, *op. cit.*, p. 350.

³²⁴ ASSIS, *op. cit.*, p. 347.

³²⁵ DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade. 1 ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/pt/campus/biblioteca-telles>. Acesso em: 16 nov. 2024. p. 169.

³²⁶ “A partir da constatação de BARBOSA MOREIRA, 226 entendemos que a relativização da coisa julgada pode ser entendida como um gênero, do qual a coisa julgada inconstitucional é espécie” (DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade. 1 ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/pt/campus/biblioteca-telles>. Acesso em: 16 nov. 2024. p. 171).

³²⁷ SARDINHA, Paula Daher. Considerações a respeito da coisa julgada inconstitucional. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. 53. Brasília. 109 (1). p. 83-102 / Jul – Dez 2017. p. 83-84.

³²⁸ SARDINHA, Paula Daher. Considerações a respeito da coisa julgada inconstitucional. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. 53. Brasília. 109 (1). p. 83-102 / Jul – Dez 2017. p. 89.

a sentença formalmente transitada em julgado não tem força para se manter, quando prolatada contra a vontade soberana da Constituição”³²⁹.

A possibilidade de relativização da coisa julgada na hipótese aqui tratada encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto matéria que pode ser arguida pela parte executada em sede de impugnação ao cumprimento de sentença. Os arts. 525, § 1.º, inc, III, e § 12 e 535, *caput*, inc. III e §5.º, do CPC, preveem que será *inexigível* a obrigação reconhecida em título executivo judicial: (i) fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; (ii) ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Em ambas as hipóteses se exige uma inconstitucionalidade declarada pelo STF (em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso)³³⁰.

Nesse contexto, “a sentença transita em jugado, torna-se imutável, porém não pode ser mais exigida por fato superveniente. O ataque à sentença é permitido porque a matéria de ordem pública supera e excepciona a regra dos efeitos da coisa soberanamente julgada”³³¹.

O Código de Processo Civil ressalva, contudo, que a decisão do Supremo Tribunal Federal referida nos §§ 12 e 5.º dos arts. 525 e 535, respectivamente, deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. Se posterior, o CPC dispõe que caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Paralelamente à possibilidade de arguição da coisa julgada inconstitucional no processo executivo e na ação rescisória, discute-se a viabilidade de arguição da matéria no âmbito das outras ações autônomas de impugnação às decisões judiciais – especialmente na via da ação declaratória de inexistência (“*querela nullitatis insanabilis*”). Como se verá adiante, há um aparente dissenso entre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a (im)possibilidade de utilização desta medida para veiculação da tese de “coisa julgada inconstitucional”.

³²⁹ JÚNIOR, Humberto T. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. 3*. 57.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/pt/campus/biblioteca-telles>. Acesso em: 16 nov. 2024. p. 65.

³³⁰ JÚNIOR, Humberto T. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. 3*. 57.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/pt/campus/biblioteca-telles>. Acesso em: 16 nov. 2024. p. 65.

³³¹ SOARES, Marcelo N.; CARABELLI, Thaís A. *Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Editora Blucher, 2019. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788580393750/>. Acesso em: 16 nov. 2024. p. 154.

2. AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA “*QUERELA NULLITATIS INSANABILIS*”: DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS COM A AÇÃO RESCISÓRIA

A impugnação às decisões judiciais pode ser feita tanto por recursos em espécie previstos no Título II do Código de Processo Civil de 2015, quanto por ações autônomas, as quais “se caracterizam por formar relação processual distinta daquela em que foi proferida a decisão impugnada”³³².

Pertencem à categoria de ações autônomas de impugnação (a) a ação rescisória (art. 485 do CPC/2015); (b) a ação anulatória (art. 486 do CPC); e (c) a ação declaratória de inexistência, também chamada de *actio nullitatis* ou *querela nullitatis insanabilis*³³³.

Criada nos estatutos italianos³³⁴ (e classificada como “criação canônica, remontando à *exceptio nullitatis* das Decretais e à *actio nullitatis* do direito processual medieval”³³⁵), a denominada *querela nullitatis insanabilis* tem em seu âmago a correção das nulidades processuais. De acordo com Fernando da Fonseca Gajardoni, a *querela nullitatis* “trata-se de verdadeira ação, conseqüentemente, de relação jurídica autônoma e diversa daquela em que proferida a decisão que se pretende impugnar” e sua finalidade é “declarar a existência de sentença que padece de nulidades tão graves e insanáveis que atingem a própria essência do julgado”³³⁶.

Diferenciam-se essencialmente a ação rescisória e a *querela nullitatis insanabilis*, quanto ao *modus operandi* em face do fenômeno da coisa julgada. A ação rescisória tem como objetivo desconstituir a coisa julgada (art. 966 do CPC), enquanto a *querela nullitatis insanabilis* visa ao reconhecimento jurídico da inexistência do pronunciamento, de modo que “aquela tem cunho desconstitutivo, e esta uma eficácia meramente declaratória”³³⁷.

Da jurisprudência pátria é possível extrair a distinção entre as duas ações: a *querela nullitatis insanabilis* “tem por finalidade declarar a ineficácia de sentença

³³² MEDINA, José Miguel Garcia. *Sentença, coisa julgada e ação rescisória*: decisão judicial e formas de estabilização: inexistência, invalidade, revisão, rescisão. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p.195.

³³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2.^a ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2010. Processo civil moderno. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 269.

³³⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Sentenças inexistentes e “Querela Nullitatis”. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 107-122, jan./fev. 2002.

³³⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 210.

³³⁶ GAJARDONI, *op. cit.*

³³⁷ TRT, AR 01466-2008-000-03-00-1. Relatora: Desembargadora Cleube de Freitas Pereira. Revisor: Desembargador Bolívar Viegas Peixoto. Rev. Trib. Reg. Trab. 3^a Reg., Belo Horizonte, v. 63, n. 95, p. 247-266, jan./jun. 2017.

que não observa pressuposto de existência e, por consequência, de validade” enquanto que a ação rescisória “busca desconstituir sentença de mérito válida e eficaz, proferida em relação processual regularmente constituída”³³⁸.

José Miguel Garcia Medina explica que a ação rescisória é a forma adequada por meio da qual, no direito positivo brasileiro, se pode rescindir decisões de mérito transitadas em julgado (coisa julgada material) e, ainda, se pode desfazer a coisa julgada formal, pois o que importa é que “a decisão tenha adquirido estabilidade, impedindo-se a propositura de nova ação discutindo-se o mesmo objeto”. Trata-se uma ação de conhecimento, de natureza constitutiva, mormente porque, além de desconstituir a coisa julgada formada no juízo rescindendo, realiza-se o juízo rescisório (se houve) e é proferida decisão de outra natureza³³⁹.

A depender do que se constata no caso concreto, será distinta a incidência da ação rescisória ou da *querela nullitatis insanabilis*. O ato inexistente é aquele “incapaz de gerar efeitos”, enquanto o ato inválido “entra no mundo jurídico, embora deficientemente, e nele produz seus efeitos naturais”³⁴⁰. As sentenças nulas (ato inválido), “embora viciadas, transitam em julgado”³⁴¹, de modo que elas “não podem ser, pura e simplesmente, declaradas como tais. Ficam ‘protegidas’ pela coisa julgada que, esta sim, precisa ser desconstituída, para que, indiretamente (=mediatamente) se atinja o vício da sentença”³⁴². Decorre então, que a sentença nula, porque produz efeitos³⁴³, pode ser rescindível³⁴⁴.

³³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.782.867/MS, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 06 de agosto de 2019.

³³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Sentença, coisa julgada e ação rescisória*: decisão judicial e formas de estabilização: inexistência, invalidade, revisão, rescisão. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 196.

³⁴⁰ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 353.

³⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2.^a ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2010. Processo civil moderno. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 276.

³⁴² MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 212.

³⁴³ “É erro tão comum quanto lastimável entender que o nulo não gera efeitos. O ato processual nulo produz efeitos, se e enquanto o juiz não o desconstituir, ex officio, ou a requerimento da parte. [...] o provimento nulo, porque eficaz, gera coisa julgada material, que não passa de uma das suas eficácias”. ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 360.

³⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2.^a ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2010. Processo civil moderno. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 276. Assim também em WAMBIER, *apud*. ASSIS, *op. Cit.*, p. 359.

Quando não se forma a coisa julgada (via de regra, sobre os atos inexistentes), reserva-se a via da ação declaratória para que o vício presente no julgado seja corrigido³⁴⁵. Esses vícios são, sobretudo, a ausência de pressupostos processuais de existência³⁴⁶ e de condição da ação³⁴⁷, e da consequente inexistência jurídica da sentença, para os quais deverá ser admitida a *querela nulitatis insana-bilis*³⁴⁸. Reforça essa vertente Fernando Gajardoni, expondo que a sentença impugnável por meio da ação declaratória de inexistência “consequentemente não sujeita à ‘res judicata’, só pode ser tida como aquela proferida em feito onde não estejam presentes pressupostos processuais de existência”³⁴⁹.

Sendo assim, as sentenças proferidas sob essas condições não transitam em julgado, pois advêm de uma relação jurídica processual inexistente. Sendo inexistente a relação jurídica, a própria sentença também o é, tornando impossível a rescisão do julgado, pois não cabe ação rescisória sobre algo que não existe³⁵⁰.

Com efeito, vislumbra-se a principal função da diferenciação entre sentenças nulas e sentenças inexistentes, como expõem Miguel Medina e Teresa Wambier, qual seja: o prazo decadencial para que os vícios constatados no pronunciamento judicial sejam sanados. Para a desconstituição da sentença nula por meio de ação rescisória, incide o prazo decadencial de dois anos previsto no art. 975, *caput*, do CPC/2015³⁵¹ contado da data do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, enquanto que para as sentenças inexistentes, diante da gravidade do vício, a desconstituição pode ser declarada a qualquer tempo³⁵².

Gajardoni também aponta que, em razão da inexistência da sentença pelos vícios que a maculam, “a qualquer momento, em qualquer grau de jurisdição,

³⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 212.

³⁴⁶ “Os pressupostos processuais de existência são jurisdição, petição inicial, citação e capacidade postulatória. Os pressupostos processuais de validade são: competência do juízo, imparcialidade do juiz, petição inicial apta, capacidade, legitimidade processual e citação válida”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. Meio de impugnação das decisões transitadas em julgado. In NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 316.

³⁴⁷ “As condições da ação, como se sabe, são interesse, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade”. WAMBIER, *ibid.*

³⁴⁸ WAMBIER, *ibid.*, p. 317

³⁴⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Sentenças Inexistentes e “Querela Nullitatis”. *Cardernos Jurídicos*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 107-122, jan./fev. 2002.

³⁵⁰ GAJARDONI, *ibid.*

³⁵¹ Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

³⁵² MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 212.

sem necessidade de ação própria ou através dela (“*querela nullitatis*” ou, na melhor expressão de Teresa Arruda Alvim Wambier, ação declaratória de inexistência), essas sentenças podem ser declaradas inexistentes e, se operavam algum efeito, deixam de produzi-lo de imediato”³⁵³.

Em resumo, tem-se por melhor técnica processual o manejo da *querella nullitatis insanabilis* em face das sentenças juridicamente inexistentes (sobre as quais não incide a coisa julgada³⁵⁴) e da ação rescisória quando se está diante de sentenças transitadas em julgado³⁵⁵, dentro das hipóteses do art. 966 e seguintes do CPC/2015. Entretanto, doutrina e jurisprudência caminham no sentido de resguardar a fungibilidade entre as ações, possibilitando que vícios que maculam a existência do julgado sejam constatados em ação rescisória, mormente porque se preza pelo aproveitamento do processo a fim de dele extrair solução efetiva, a par dos rigorismos procedimentais³⁵⁶.

Como visto no item precedente, o Código de Processo Civil prevê que a ação rescisória é cabível para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional. O tópico adiante tratará do (não) cabimento da *querela nullitatis insanabilis* para veiculação da mesma tese.

3. A VIA DA AÇÃO DECLARATÓRIA PARA DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: (IN)ADEQUAÇÃO À LUZ DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

Com a compreensão acerca das hipóteses excepcionais de relativização da coisa julgada inconstitucional e da diferenciação entre a ação rescisória e a

³⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças Inexistentes e “Querela Nullitatis”*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 107-122, jan./fev. 2002.

³⁵⁴ “É evidente a conveniência da adoção da categoria das sentenças inexistentes. Estas sentenças devem ser extremadas das sentenças rescindíveis. São as que ficam sujeitas à impugnação pela via da ação declaratória. Estas sentenças, e há muito umas das autoras deste trabalho vem defendendo este ponto de vista, não têm aptidão para transitar em julgado [...] portanto, não havendo coisa julgada, rigorosamente, dir-se-ia neste caso não estarem presentes nem mesmo os pressupostos de cabimento da ação rescisória descritos no caput do art. 966: decisão de mérito transitada em julgado”. ARRUDA ALVIM, Teresa. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis: semelhanças e diferenças*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 304/305. Assim também em MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 237.

³⁵⁵ MEDINA. *Ibid.*, p. 227.

³⁵⁶ MEDINA. *Ibid.*, p. 238/239. E MEDINA, José Miguel Garcia. *Sentença, coisa julgada e ação rescisória: decisão judicial e formas de estabilização: inexistência, invalidade, revisão, rescisão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 205/206.

querela nullitatis insanabilis, cumpre delinear se esta seria uma medida processual adequada para desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

A sentença que faz coisa julgada inconstitucional é compreendida como o título judicial baseado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo STF como incompatível com a Constituição Federal em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso³⁵⁷ (cf. arts. 525, § 12 e 535, § 5.º, ambos do CPC/2015).

Na vigência do CPC/1973, já se reconhecia a inexigibilidade dos títulos executivos judiciais nesta hipótese, a teor dos arts. 475-L, § 1.º, e 741, parágrafo único, introduzido pela Lei n. 11.232/2005 – os quais previam os meios típicos de impugnação à coisa julgada inconstitucional, quais sejam (a) impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, § 1º, CPC/1973); (b) embargos à execução contra a fazenda pública (art. 741, parágrafo único, CPC/1973); e (c) ação rescisória.

O atual Código de Processo Civil também trouxe em seu conteúdo a questão atinente à coisa julgada inconstitucional. Como visto no **item 2** acima, a atenção destinada aos arts. 525, §§ 12 a 15 e 535, §§ 5.º a 8.º, ambos do CPC/2015 deve ser relativa à análise de (a) título executivo judicial formado posteriormente à julgamento do STF em controle de constitucionalidade; e (b) título executivo judicial formado anteriormente à decisão. José Miguel Garcia Medina dispõe que, para a primeira hipótese, “o título executivo é considerado, pela lei, inexecutível” enquanto que para a segunda hipótese “não caberá impugnação ao cumprimento de sentença, restando à parte valer-se de ação rescisória”³⁵⁸.

Nesse contexto, perquire-se se a *querela nullitatis* é um meio processual atípico adequado para desconstituir a coisa julgada inconstitucional³⁵⁹ assim decla-

³⁵⁷ No controle difuso, é necessário que, para produção de efeitos *erga omnes* da decisão, se respeite o art. 52, X, da CF/1988, segundo o qual compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

³⁵⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Sentença, coisa julgada e ação rescisória*: decisão judicial e formas de estabilização: inexistência, invalidade, revisão, rescisão. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 292.

³⁵⁹ “[...] 2. O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo). 3. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte

rada pelo Supremo Tribunal Federal em aplicação analógica aos arts. 475-I, § 1.º, e 741, parágrafo único, do CPC/1973. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há decisões que ressaltam que a aplicação do instituto pode ocorrer apenas em “*ultima ratio*, quando não cabíveis os meios típicos”³⁶⁰.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça definiu alguns limites ao cabimento da *querela nullitatis insanabilis*³⁶¹, sob pena de “estar-se criando um superinstrumento de arguição de inconstitucionalidade”³⁶². Os limites definidos para o cabimento do instituto foram discutidos, dentre outras oportunidades, no julgamento do Recurso Especial n. 803.099/SP de 2006³⁶³. Segundo o STJ, a *querela nullitatis* teria lugar, como também reiterado no julgamento do Recurso Especial n. 1.353.324/ES de 2015, de relatoria do i. Ministro Mauro Campbell Marques, da seguinte forma: “perdido o prazo do 475-L, § 1.º, ou do 741, parágrafo único, ambos do CPC/1973, restaria a ação rescisória. Perdido o prazo de dois anos para ajuizamento desta, ainda restaria a *querela nullitatis*, analisada sob a luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial dado aos artigos 475-L, § 1º, ou do 741, parágrafo único, do CPC”.

do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2a parte). [...]”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 803.099/SP, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Brasília, DF, julgado em 21 de fevereiro de 2006). Assim ficou definido pelo e. STJ no julgamento do REsp n. 1.353.324/ES, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado aos 15.09.2015.

“Mas entendemos que não é o caso [de admitir que perdido o prazo de dois anos da ação rescisória, a coisa julgada se tornaria imutável, ainda que eivada de inconstitucionalidade, como defendido por Nery Junior, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 1299-1230], já que o vício de inconstitucionalidade, por tão grave e extremo, não pode convalidar-se pelo simples decurso do tempo. Por isso, apesar de arguível a qualquer tempo, conforme lição de Humberto Theodoro Júnior e Carlos Valder do Nascimento, limites à utilização do instrumento devem ser claramente traçados”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.353.324/ES, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Brasília, DF, julgado em 15 set. 2015.

STJ. *Recurso Especial* n. 1.353.324/ES, *Ibid*.

“[...] 4. Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora. 5. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. [...]”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 803.099/SP, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Brasília, DF, julgado em 21 de fevereiro de 2006).

Na contramão da jurisprudência do STJ, entende o Supremo Tribunal Federal, em se tratando de vício de inconstitucionalidade da decisão, que a coisa julgada inconstitucional somente pode ser desconstituída através de ação rescisória, de modo que a *querela nullitatis insanabilis* não pode ser utilizada para tal fim^{364, 365}.

³⁶⁴ “Ademais, o acórdão recorrido, **ao reconhecer que a “querela nullitatis” não é o meio hábil a desconstituir sentença transitada em julgado, orientou-se de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, transitada em julgado, a sentença de mérito só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de ação rescisória**. Do contrário, permanece a soberania da coisa julgada, insuscetível de modificação sob o fundamento da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato ou incidente de constitucionalidade”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário* n. 744.896/RS, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Relator Ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, julgado em 19 de junho de 2013, g.n.).

³⁶⁵ (i) “EMENTA: coisa julgada em sentido material. indiscutibilidade, imutabilidade e coercibilidade: atributos especiais que qualificam os efeitos resultantes do comando sentencial. proteção constitucional que ampara e preserva a autoridade da coisa julgada. exigência de certeza e de segurança jurídicas. valores fundamentais inerentes ao estado democrático de direito. eficácia preclusiva da “res judicata”. “tantum judicatum quantum disputatum vel disputari debebat”. consequente impossibilidade de rediscussão de controvérsia já apreciada em decisão transitada em julgado, ainda que proferida em confronto com a jurisprudência predominante no supremo tribunal federal. a questão do alcance do parágrafo único do art. 741 do cpc/73. magistério da doutrina. re não conhecido. – **a sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade**. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Agravo em Recurso Extraordinário* n. 1113255, decisão monocrática. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, julgado em 06 de abril de 2018, g.n.).

(ii) “EMENTA: [...] – **a sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade**. – **A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade** de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc” – como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscali-

A questão foi pacificada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 730.462, com repercussão geral reconhecida, no qual o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que a coisa julgada inconstitucional só pode ser alegada na via da ação rescisória (ou na defesa do executado, conforme previsto no Código de Processo Civil)³⁶⁶. Na oportunidade, fixou-se o Tema n. 733/STF segundo o qual: “a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495)”.

Da análise de decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, depreende-se que não há pacificação sobre a temática. Há julgados no sentido de que não seria cabível a *querela nullitatis insanabilis* para “desconstituir” julgado, quando há decisão posterior do STF sobre a inconstitucionalidade de lei³⁶⁷⁻³⁶⁸.

zação concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765) –, **não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte**. Doutrina. Precedentes. – O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário* n. 589513 – ED-EDv-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07 de maio de 2015, g.n.)

³⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n. 730.462, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Teori Zavascki, Brasília, DF, julgado em 28 de maio de 2015.

³⁶⁷ “[...] 4. Após ter perdido o prazo para apresentar os embargos à execução com base no art. 741 do CPC, o Estado ingressou com querela nullitatis, adotando como causa de pedir a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.935/87, que instituiu a trimestralidade discutida na demanda (RE 166.581, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 30/8/1996).5. O respectivo Tribunal de Justiça, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, inerente à função judicante daquele Órgão, e respeitando a cláusula de reserva de plenário, declarou incidentalmente inconstitucional o normativo que fundamentava o título executivo formado em sentença já transitada em julgado.6. No termos do RE 730.462, “a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)”. 7. Não se revela possível a utilização da querela nullitatis com a finalidade de desconstituir título executivo judicial fundada em lei declarada inconstitucional após o trânsito em julgado da ação de conhecimento. 8. Recurso especial a que se dá provimento”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.237.895/ES, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, julgado em 15 de setembro de 2015).

³⁶⁸ Mais recentemente, em 2021, o STJ também aplicou o Tema n. 733/STF ao julgar o Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.925.221/MG.

Por outro lado, há decisões recentes em sentido oposto, com destaque ao Recurso Especial n. 1.782.867/MS julgado aos 06.08.2019 de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que admitiu o cabimento da *querela nullitatis insanabilis* em face de sentença considerada inconstitucional e assentou que “sua admissão, contudo, há de observar, necessariamente, as mesmas hipóteses de cabimento e condições de procedência para a desconstituição da coisa julgada por inconstitucionalidade de norma em que ela se baseia”.

Apesar da aparente dissonância de entendimentos, compreende-se que deve prevalecer o posicionamento do STF, segundo o qual a ação declaratória não é cabível para desconstituir coisa julgada inconstitucional (seja diante de decisão do Supremo proferida em controle abstrato, seja diante de decisão proferida em controle concreto de constitucionalidade, cujas implicações se dão quanto à extensão dos efeitos, se *erga omnes* ou *inter partes*³⁶⁹), em atenção, sobretudo, à segurança jurídica. Nestas hipóteses, deve ser manejada a ação rescisória dentro do prazo legal de dois anos, sob pena da perpetuação da imutabilidade da decisão³⁷⁰.

Deve preponderar o equilíbrio entre os princípios e as garantias constitucionais, sobretudo aqueles que tangenciam o respeito à coisa julgada e seus desdobramentos (como a segurança jurídica), à justiça, à equidade e à boa-fé.

Nesse contexto, deve prevalecer o entendimento exteriorizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não é cabível a *querela nullitatis insanabilis* para declaração de inexistência de “sentença inconstitucional”. A matéria, nesse cenário, pode ser veiculada apenas: (a) na impugnação ao cumprimento de sentença; (b) na impugnação ao cumprimento de sentença contra a fazenda pública; e, como medida mais acertada, (c) em sede de ação rescisória, a qual terá o termo *a quo* para seu ajuizamento diferenciado, que será a partir do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁶⁹ “Em resumo, a declaração do STF no controle abstrato produz eficácia *erga omnes*, independentemente de qualquer outra providência, mas somente a partir do trânsito em julgado do acórdão; a declaração do STF no caso concreto não produz aquela eficácia, pois depende de outro ato, do Senado Federal, que a complementa. No segundo caso, o ato é complexo, exigindo-se para que tenha eficácia *erga omnes*, a participação ativa do Senado no mesmo sentido do que decidiu o STF, se o Senado não concordar com o STF e não emitir a resolução, o acórdão que, no caso concreto, declarou a inconstitucionalidade só tem efeitos entre as partes daquele processo, efeitos que não se irradiam para outras pessoas, nem para beneficiar nem, para prejudicar”. Nery Junior, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 1299-1230. *Apud*. STJ, REsp n. 1.353.324/ES, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado aos 15.09.2015.

³⁷⁰ Conforme consagrado pelo STF.

CONCLUSÕES

Ao longo do presente artigo foram analisadas as complexidades que permeiam a relativização do instituto da coisa julgada (enquanto autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito), quando formada em pronunciamento judicial que foi embasado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (hipótese conhecida como “coisa julgada inconstitucional”).

Neste cenário, indagou-se sobre a viabilidade do manejo da ação rescisória ou da ação declaratória de nulidade (*a querela nullitatis insanabilis*), em face do pronunciamento eivado de vícios desta natureza.

Para que fosse possível responder ao questionamento, foram delineadas as principais diferenças que caracterizam as duas ações autônomas de impugnação, de modo que se evidenciou a possibilidade de ajuizamento da *querella nullitatis insanabilis* em face das sentenças cujos vícios se tratem de nulidade absoluta e, portanto, não podem produzir efeitos no mundo jurídico e da ação rescisória sobre as sentenças que, apesar de eivadas de vícios, transitaram em julgado nas hipóteses do art. 966 e ss. do CPC/2015.

Ainda se verificou que, diante da gravidade dos vícios existentes nos pronunciamentos judiciais enfrentados via *querela nullitatis insanabilis*, essa ação não se sujeita a prazo prescricional ou decadencial, podendo ser manejada a qualquer tempo. Já a ação rescisória tem o prazo de dois anos, contado a partir do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida.

A partir das decisões existentes nas cortes superiores brasileiras, bem como da análise doutrinária acerca do tema, evidenciou-se que a ação rescisória é o meio adequado a impugnar as decisões baseadas em lei declarada inconstitucional pelo STF, considerando o início do prazo de dois anos para seu ajuizamento a data do trânsito em julgado da decisão do e. STF. Foi possível concluir, também, que a *querela nullitatis insanabilis* não pode ser ajuizada para desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

Para além disso, constatou-se que, ao proferir o julgamento de inconstitucionalidade de lei, reserva-se ao STF o dever de modular os efeitos da decisão, a fim de que seja protegida a segurança jurídica em face de decisões proferidas há muitos anos com base na lei declarada inconstitucional (o que reforça as razões pelas quais não pode ser admitida a ação declaratória de nulidade como um “trunfo” das partes).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Teresa. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis: semelhanças e diferenças*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

- ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.237.895/ES*, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, julgado em 15 de setembro de 2015).
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.353.324/ES*, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, julgado em 15 de setembro de 2015.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.782.867/MS*, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, julgado em 06 de agosto de 2019.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 803.099/SP*, da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, DF, julgado em 21 de fevereiro de 2006.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Agravo em Recurso Extraordinário n. 1113255*, decisão monocrática. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, julgado em 06 de abril de 2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário n. 589513 – ED-EDv-AgR*, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07 de maio de 2015
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n. 744.896/RS*, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Relator Ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, julgado em 19 de junho de 2013.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 730.462*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Teori Zavascki, Brasília, DF, julgado em 28 de maio de 2015.
- BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Ação Rescisória n. 01466-2008-000-03-00-1. Decisão precursora. Relatora: Desembargadora Cleube de Freitas Pereira. Revisor: Desembargador Bolívar Viegas Peixoto. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 63, n. 95, p. 247-266, jan./jun. 2017.
- DELLORE, Luiz. *Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. E-book. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/pt/campus/biblioteca-telles>. Acesso em: 16 nov. 2024.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Sentenças Inexistentes e “Querela Nullitatis”. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 107-122, jan./fev. 2002. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/118842>. Acesso em: 16 nov. 2024.
- JÚNIOR, Humberto T. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. 3*. 57.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/pt/campus/biblioteca-telles>. Acesso em: 16 nov. 2024.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Sentença, coisa julgada e ação rescisória: decisão judicial e formas de estabilização: inexistência, invalidade, revisão, rescisão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria De Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- SARDINHA, Paula Daher. *Considerações a respeito da coisa julgada inconstitucional*. Revista de Doutrina e Jurisprudência. 53. Brasília. 109 (1). p. 83-102 / Jul – Dez 2017.
- SOARES, Marcelo N.; CARABELLI, Thaís A. *Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Editora Blucher, 2019. E-book. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/pt/campus/biblioteca-telles>. Acesso em: 16 nov. 2024.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. Meio de impugnação das decisões transitadas em julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2.ª ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2010. Processo civil moderno. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

O MANDADO DE SEGURANÇA NO CONTEXTO RECURSAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA

Juliana Ducatti Scodro³⁷¹
Clara Carrocini Tamaoki³⁷²

INTRODUÇÃO

O mandado de segurança é um remédio constitucional previsto no artigo 5.º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, utilizado tradicionalmente para proteger direito líquido e certo quando o sujeito sofre ou se vê ameaçado por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública. Contudo, o uso do mandado de segurança como meio de impugnação de atos judiciais tem gerado debates e reflexões no âmbito do direito processual brasileiro.

Deste modo, o presente texto apresenta o conceito do remédio constitucional, seus requisitos e sua função original, bem como explica a possibilidade de o mandado de segurança ser utilizado como meio de impugnação de ato judicial, levando em consideração a jurisprudência atual dos Tribunais Superiores e as perspectivas doutrinárias sobre a temática.

1. O MANDADO DE SEGURANÇA E A SUA FUNÇÃO ORIGINAL

O mandado de segurança foi originalmente concebido como um instrumento para proteger direitos líquidos e certos, mas que, por alguma razão, não

³⁷¹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogada no escritório Medina Guimarães Advogados. E-mail: juliana.scodro@medina.adv.br.

³⁷² Doutoranda em Filosofia e Teoria do Direito na Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada no escritório Medina Guimarães Advogados. E-mail: clara.tamaoki@medina.adv.br.

poderiam ser garantidos de outra maneira. Sua principal função é combater atos ilegais ou abusivos praticados por autoridades públicas.

O artigo 5.º, inciso LXIX, da Constituição da República de 1988 define o mandado de segurança como um “remédio” para “proteger direito líquido e certo, não amparado por *“habeas-corpus”* ou *“habeas-data”*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Trata-se de uma garantia constitucional de direitos individuais que “visa proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos, garantia constitucional civil, para os males da prepotência”³⁷³. Tem como finalidade compelir a administração pública a praticar ou deixar de praticar algum ato³⁷⁴. Segundo Hely Lopes Meirelles, é o meio constitucional “para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”³⁷⁵.

De sua definição, algumas características se descortinam. Entre elas o fato de que se trata de uma exigência para o seu cabimento a existência: (i) de direito líquido e certo; (ii) não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*; (iii) ato ilegal ou abusivo; (v) autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de função pública.

A liquidez e a certeza são pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança, o que não se confunde com a exigência de um direito absoluto e incontestável do impetrante, mas sim de um direito bem delimitado e evidenciado, sobre o qual não existem dúvidas diante da prova pré-constituída e produzida de plano e dos fatos alegados pelo impetrante.

A existência de ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade pública ou agentes a ela equiparados também se trata de um requisito para o cabimento da medida constitucional, exigindo-se aqui não a comprovação de abusividade, mas a sua alegação fundamentada pelo impetrante, vez que a classificação do ato como ilegal ou abusivo se dará, efetivamente, no julgamento do mérito do mandado de segurança.

³⁷³ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Do Mandado de Segurança. Revista da Faculdade de Direito UFMG. Belo Horizonte, 1979. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/search/authors/view?givenName=Carlos%20M%C3%A1rio%20da%20Silva&familyName=Velloso&affiliation=&country=&authorName=Velloso%2C%20Carlos%20M%C3%A1rio%20da%20Silva>. Acesso 3 jun. 2022.

³⁷⁴ FASSBINDER, Eloisa; GALIO, Morgana Henicka. O mandado de segurança contra decisões jurisdicionais após o CPC/15. **Academia de Direito**, v. 6, p. 351-373, 2024.

³⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança e ações constitucionais. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. Disponível em: <https://pt.br1lib.org/book/21021642/d845b7>. Acesso em: 01, dez 2024.

Denota-se, igualmente, o caráter residual do mandado de segurança, vez que sua utilização se restringe às hipóteses de proteção de direito líquido e certo que não podem ser amparadas por *habeas corpus* ou *habeas data*³⁷⁶. Para além de seu caráter residual, sua natureza jurídica é de uma garantia constitucional fundamental e, também, uma ação de natureza civil.

O legitimado ativo é o titular do direito líquido e certo que se visa proteger por este remédio constitucional, enquanto a legitimidade passiva é do agente que praticou o ato ilegal ou abusivo³⁷⁷. Neste sentido, a autoridade coatora é definida pela Lei n. 12.016/2009, em seu art. 65.º, § 3.º como “aquela que tenha praticado o ato impugnado ou do qual emane a ordem para a sua prática”.

No âmbito processual, o mandado de segurança é regulado enquanto processo de conhecimento dotado de procedimento especial, conforme preceitua a Lei n. 12.016/2009³⁷⁸. Sua natureza civil, porém, não altera nem mesmo impede o ajuizamento de eventual ação constitucional em matéria criminal, como por exemplo, contra ato de juiz criminal praticado dentro do processo penal³⁷⁹.

Esta característica, de ser um instrumento destinado a corrigir ilegalidades e abusos de poder, fez com que o mandado de segurança fosse considerado uma medida excepcional, destinada à proteção de direitos claramente evidentes, ou seja, que não dependem de uma análise extensa de provas. Contudo, o uso do mandado de segurança como meio de impugnação de ato judicial tem se tornado um tema relevante, especialmente em situações onde não se esgota a análise do mérito da decisão, como se passa a expor.

2. O MANDADO DE SEGURANÇA COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DE ATOS JUDICIAIS

Atualmente são diversas as alternativas apresentadas pelos Código de Processo Civil como meio de impugnação de decisão judicial, que dispõe e regula questões atinentes à exigência, à pertinência e ao procedimento de cada um dos recursos de Agravo de Instrumento, Apelação, Recurso Especial, Agravo Interno, Recurso Extraordinário, entre tantas outras opções de impugnação às decisões judiciais. As diversas possibilidades recursais podem ser compreendidas como direito e faculdade da parte tem de provocar o reexame, a reforma ou

³⁷⁶ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

³⁷⁷ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2021 e BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança individual e coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2019.

³⁷⁸ CRAMER, Ronaldo. *Dos direitos e deveres individuais e coletivos* – art. 5º, LXIX. In: MORAES, Alexandre de et al. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 303-307

³⁷⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2022

a anulação da decisão judicial impugnada, em regra, por órgão hierarquicamente superior, possibilitando que a matéria em julgamento seja revisitada, garantindo decisões mais justas e acertadas.

Para além dos recursos, o Código de Processo Civil possibilita a impugnação de decisões judiciais por meio de ação impugnativa autônoma³⁸⁰. Enquanto os recursos se dão no bojo do mesmo processo na qual a decisão impugnada foi proferida, ações impugnativas autônomas, como o próprio nome já diz, tramitam em autos apartados³⁸¹, como é o caso da ação rescisória e a reclamação, dando origem a um novo processo em razão de sua natureza jurídica³⁸².

Em seu art. 5.º, inc. II, a Lei n.12.016 dispõe que “não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”, limitando a utilização do mandado de segurança em relação ao uso contra ato judicial apenas quando não for cabível recurso com efeito suspensivo.

A possibilidade de que o mandado de segurança seja manejado contra decisão jurisdicional irrecorrível, desde que passível de gerar dano irreparável à parte, é pacífica no Supremo Tribunal Federal. Com o advento do Código de Processo Civil em 2015, que restringiu o cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias, são inúmeros os casos de decisões irrecorríveis passíveis de impugnação por meio de mandado de segurança³⁸³.

A Lei n.12.016 dispõe sobre duas hipóteses excepcionais que possibilitam a utilização do remédio constitucional para impugnar ato ou decisão judicial: quando impetrado o mandado de segurança por terceiro ou então se a decisão for considerada teratológica, em que o recurso cabível não se mostra suficiente para assegurar o direito líquido e certo do impetrante.

Diante das limitações legais e das hipóteses excepcionais que permitem a impetração do mandado de segurança contra decisões judiciais, se faz necessário examinar de que modo os Tribunais Superiores brasileiros têm enfrentado a possibilidade em questão.

³⁸⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

³⁸¹ SOUZA, Bernardo P. *Recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁸² RIBEIRO, Marcelo. *Processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

³⁸³ LIMA, Marcellus Polastri; QUEIROZ, Mariah Oliveira Santos de. *O Mandado de Segurança contra decisões jurisdicionais: evolução e o novo Código de Processo Civil brasileiro*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Marcellus_Polastri_Lima_%26_Mariah_Oliveira_Santos_de_Queiroz.pdf. Acesso em: 01, dez 2024.

3. JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL

Os Tribunais Superiores, por diversas ocasiões, já afirmaram que o mandado de segurança não pode ser utilizado como recurso de revisão, como se fosse um substitutivo de apelação ou outro recurso ordinário, eis que o art. 5.º, II, da Lei 12.016/2009 disciplina expressamente que não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. O entendimento foi sumulado pelo STF em seu enunciado 267 que, de igual forma, prevê que: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

A orientação pela inadmissibilidade do mandado de segurança contra ato jurisdicional pode ser exemplificada pelo acórdão proferido pelo STF no julgamento do MS 31.831/PA, em 2013, onde se fixou que “a jurisprudência da Suprema Corte é firme no sentido de ser inadmissível a impetração de mandado de segurança contra ato revestido de conteúdo jurisdicional”³⁸⁴.

No entanto, sua admissibilidade vem, historicamente, se tornando cada vez mais frequente. Em 2014, por exemplo, ao decidir a questão junto ao MS 26.265/ES, no qual se discutia a impetração do mandado de segurança contra decisão do STJ, proferida em sede de persecução penal, que determinou o afastamento cautelar de Procurador da República do cargo exercido, o STF entendeu que, por se tratar de ordem revestida de caráter nitidamente cautelar, que inviabilizaria, nos termos da Súmula 735/STF³⁸⁵, a interposição de Recurso Extraordinário, é admitida a impetração do remédio constitucional do mandado de segurança contra o ato de conteúdo jurisdicional.

O mesmo se observa quando da análise das decisões proferidas pelo STJ. Ao enfrentar a questão, no julgamento do MS 58.578/SP³⁸⁶ no ano de 2018, o Tribunal elencou as quatro situações perante as quais se admite o manejo do mandado de segurança contra ato judicial:

“a doutrina e a jurisprudência majoritárias admitem o manejo do mandado de segurança contra ato judicial, pelo menos em relação as seguintes hipóteses excepcionais: a) decisão judicial teratológica; b) decisão judicial contra a qual

³⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.31.831*, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, julgado em 17 de outubro de 2013.

³⁸⁵ Que veda a interposição de recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

³⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.58.578/SP*. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, julgado em 18 de outubro de 2018

não caiba recurso; c) para imprimir efeito suspensivo a recurso desprovido de tal efeito; e d) quando impetrado por terceiro prejudicado por decisão judicial”.

A posição consiste em reafirmação do entendimento já exposto em 2016, quando do julgamento do MS 46.144/MG, onde se fixou que “a utilização de mandado de segurança contra ato judicial exige, além de ausência de recurso apto a combatê-lo, que o decisum impugnado seja manifestamente ilegal ou teratológico”³⁸⁷.

De modo mais remoto, o texto acompanha de igual forma o já decidido, em 2008, pela Primeira Turma do STF, que fixou a orientação de que “a admissão do mandado de segurança contra decisão judicial pressupõe não caber recurso, visando a afastá-la, e ter-se como a integrar o patrimônio do impetrante o direito líquido e certo ao que pretendido”³⁸⁸.

Observa-se, inclusive, um movimento de afastamento, pelos Tribunais, da aplicação da Súmula 268 – que veda o cabimento de mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado – em caso de sentenças consideradas juridicamente inexistentes ou ineficazes, conforme elencado por José Miguel Garcia Medina³⁸⁹:

No julgamento do STJ, RO em MS 22.806/AM (2.a T.,j. 08.05.2007, rel. Min. Humberto Martins) consta, do voto do relator, o seguinte: “Dessa forma, se muito embora possa ser considerado existente o ato coator, ele não passa pelo teste do plano da validade até pela ausência da forma prescrita em lei: qual seja, no mínimo, a observância do devido processo legal, garantia de todo e qualquer cidadão, há muito firmada por todo Estado democrático de Direito e de observância obrigatória da autoridade coatora, magistrado que é. [...] As circunstâncias presentes neste fascículo impressionaram-se pela sucessão de teratologias. É dever do Superior Tribunal de Justiça, como derradeiro cenáculo de esperança do cidadão com a adequada hermenêutica do direito federal, corrigir esses desvios jurisdicionais, e nada melhor para esse fim que a via constitucional e nobilíssima do mandado de segurança”.

A impetração do remédio constitucional do mandado de segurança contra decisões judiciais, portanto, se mostra cada vez mais aceita pelos Tribunais Superiores. Apesar da orientação anteriormente consolidada de que o mandado de segurança não deve ser utilizado como recurso, o posicionamento adotado

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.46.144*, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora Ministra Diva Malerbi. Brasília, DF, julgado em 07 de junho de 2016

³⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 25.141-1*, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgado em 13 de maio de 2008

³⁸⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 88

pelo STJ e pelo STF tem admitido, excepcionalmente, o mandado de segurança como instrumento de revisão.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, foram analisados o conceito, a previsão legal, jurisprudencial, e a complexidade da discussão acerca do cabimento do remédio constitucional do mandado de segurança contra decisões judiciais.

A partir de uma análise da legislação (em especial da Lei 12.016/2009) e da jurisprudência, restrita aos entendimentos do STJ e STF, revelou-se que, muito embora sua impetração com o fim de atacar decisões judiciais, como regra, seja rechaçada, entendendo-se pela sua não caracterização como recurso substitutivo de outros meios processuais, vislumbra-se um movimento pelo acatamento da impetração contra atos judiciais em situações específicas, como em casos de decisões teratológicas, inexistentes ou cujo combate não se mostra possível por recurso dotado de efeito suspensivo.

Demonstrou-se, assim, que a utilização do mandado de segurança como recurso no direito processual brasileiro ainda é tema controverso, mas que tem cabimento cada vez mais admitido pelos Tribunais Superiores, que buscam atender ao fim desse remédio constitucional de proteção de direito líquido e certo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2021

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança individual e coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2019

BRASIL. ***Constituição da República Federativa do Brasil de 1988***. Brasília, 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.31.831*, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, julgado em 17 de outubro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.58.578/SP*. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, julgado em 18 de outubro de 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.46.144*, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora Ministra Diva Malerbi. Brasília, DF, julgado em 07 de junho de 2016

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 25.141-1*, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgado em 13 de maio de 2008

CICCO, Alceu. *Evolução do direito processual*. Revista Jurídica. Brasília, 2006. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/335>. Acesso em: 01, dez. 2024.

CRAMER, Ronaldo. *Dos direitos e deveres individuais e coletivos – art. 5º, LXIX*. In: MORAES, Alexandre de et al. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 303-307

FASSBINDER, Eloisa; GALIO, Morgana Henicka. O mandado de segurança contra decisões jurisdicionais após o CPC/15. *Academia de Direito*, v. 6, p. 351-373, 2024.

LIMA, Marcellus Polastri; QUEIROZ, Mariah Oliveira Santos de. O Mandado de Segurança contra decisões jurisdicionais: evolução e o novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio*

de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Marcellus Polastri_Lima_%26_Mariah_Oliveira_Santos_de_Queiroz.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Marcellus_Polastri_Lima_%26_Mariah_Oliveira_Santos_de_Queiroz.pdf). Acesso em: 01, dez. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. Disponível em: <https://pt.br1lib.org/book/21021642/d845b7>. Acesso em: 01, dez. 2024.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2022

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

RIBEIRO, Marcelo. *Processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

SOUZA, Bernardo P. *Recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Do Mandado de Segurança. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, 1979. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/search/authors/view?givenName=Carlos%20M%C3%A1rio%20da%20Silva&familyName=Velloso&affiliation=&country=&authorName=Velloso%20C%20Carlos%20M%C3%A1rio%20da%20Silva>. Acesso em: 01, dez. 2024.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM INCIDENTES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: POSSIBILIDADE E CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO

Nida Saleh Hatoum³⁹⁰

INTRODUÇÃO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil tem sido estudada desde o final da década de 1960 e o início da década de 1970, quando também passou a ser objeto de tentativas de positivação no anteprojeto do que veio a se tornar o Código Civil de 2002. Desde então o debate acerca da temática tem se intensificado, assim como as propostas de modificação da regra hoje positivada no art. 50, sendo a mais relevante delas a alteração ocasionada pela Medida Provisória n. 881/2019, posteriormente convertida na Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019). Em 17 de abril de 2024, inclusive, foi entregue ao Senado Federal, pela comissão de juristas nomeada para sua elaboração, o anteprojeto que contém disposições que alteram o Código Civil de 2002, que também conta com uma proposta de alteração do atual art. 50.

Para além da dinamicidade da regra de direito material, o Código de Processo Civil de 2015, diferentemente do diploma anterior, passou a regular, em seus arts. 133 a 137, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que é a via pela qual a pretensão de desconsideração deve ser veiculada. Foi a partir dessa normativa que se iniciou a discussão a respeito do cabimento

³⁹⁰ Sócia-diretora da área de Recuperação Estratégia de Crédito Bancário do Escritório Medina Guimarães Advogados. Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada. E-mail: nida@medina.adv.br.

ou não de honorários de sucumbência no incidente e, desde então, o debate ganhou corpo e a matéria ainda não se encontra plenamente pacificada. A controvérsia, na doutrina e na jurisprudência, se sedimenta entre aqueles que defendem a impossibilidade de fixação de honorários de sucumbência em razão da ausência de previsão legal no art. 85 do Código de Processo Civil, e aqueles que entendem que a fixação é cabível em razão da complexidade da matéria e da necessidade de contratação de advogado pelas partes que, em princípio, não integram a relação jurídico-processual originária.

Nesse contexto, ao adotar o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de pesquisa bibliográfico (amparado pelo estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como reforço argumentativo), o objetivo geral desse estudo é identificar qual é o atual tratamento da matéria relativa à (in)viabilidade de fixação de honorários de sucumbência em incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, e quais devem ser os critérios para fixação.

O trabalho se divide em três partes, portanto: (i) considerações sobre as regras de direito material e processual que disciplinam a desconconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro; (ii) a análise do impasse verificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de fixação de honorários advocatícios em incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica; e (iii) a análise do julgamento proferido no Recurso Especial n. 2.072.206/SP pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e as considerações sobre quais devem ser os critérios para a fixação dos honorários a partir dos termos do acórdão.

1. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS PLANOS DO DIREITO MATERIAL E DO DIREITO PROCESSUAL

Atualmente, a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico brasileiro se dá, essencialmente, a partir do estudo do art. 50 do Código Civil e dos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil. Especificamente no plano do direito material, tem-se que a compreensão do instituto parte de dois pontos principais, que se correlacionam: a teoria da pessoa jurídica e o princípio da autonomia patrimonial.

Embora o conceito de pessoa jurídica tenha suas raízes ainda no Direito Romano³⁹¹, até os dias atuais não existe consenso na doutrina ao seu respeito, sobretudo no que diz respeito à natureza jurídica da pessoa jurídica, aqui con-

³⁹¹ CARTAXO, Ernani Guarita. *As pessoas jurídicas em suas origens romanas: evolução e conceito*. Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro: Editora Guaíra, 1943. pp. 38 e 63.

siderada como realidade técnica³⁹², na linha do pensamento da maior parte dos civilistas³⁹³. Há similitude, entretanto, nas ideias que definem e compreendem a pessoa jurídica em perspectiva com a pessoa natural, ou seja, verifica-se consenso em um movimento de distanciar as duas figuras e atribuir às pessoas jurídicas personalidade, capacidade, patrimônio, responsabilidade, direitos e obrigações próprios, que não se confundem com os seus membros³⁹⁴. São as pessoas jurídicas, portanto, sujeitos de direito com aptidão para estabelecer relações jurídicas de forma autônoma em relação aos seus membros.

A autonomia patrimonial, por sua vez, decorre da personificação da pessoa jurídica, e consiste, portanto, em um dos efeitos da atribuição de personalidade à pessoa jurídica³⁹⁵. Para Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller

³⁹² Para Caio Mário da Silva Pereira, a teoria da realidade técnica decorre do fato de que “[...] a ordem legal atribuiu personalidade jurídica a qualquer agrupamento suscetível de ter uma vontade própria e de defender seus próprios interesses”. Assim, as pessoas jurídicas são seres cuja existência se reconhece, capazes de atuar no campo jurídico, contrair obrigações e adquirir direitos. Têm por objetivo realizar os interesses humanos e as finalidades sociais que se propõem e são dotados de ostensiva autonomia. Possuem vontade própria, que se manifesta através da vontade das pessoas naturais, mas não se confunde com a vontade individual de cada integrante, porém a resultante das vontades de todos. É por isso que a lei deve reconhecer sua personalidade e lhe atribuir um patrimônio, que não se confundem com a personalidade e o patrimônio de seus membros. E conclui: “[...] encarando a natureza da pessoa jurídica como realidade técnica, aceitamo-la e à sua personalidade sem qualquer artifício”. (Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. vol. 1. Atualizadora e colaboradora Maria Celina Bodin de Moraes. 34. ed. (2.^a reimpressão). Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559644469. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644469/>. Acesso em: 06 nov. 2023. p. 263).

³⁹³ A respeito: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 109; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. vol. 1. Atualizadora e colaboradora Maria Celina Bodin de Moraes. 34. Ed. (2.^a reimpressão). Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559644469. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644469/>. Acesso em: 06 nov. 2023. p. 264; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 75; AZEVEDO, Álvaro Villça. *Curso de direito civil*: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 96-97; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 39.

³⁹⁴ Nesse sentido: BEVILÁQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. Atualizada por Achilles Beviláqua. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1953. pp. 155-157; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral, São Paulo: Saraiva, 1958. p. 105; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 85; AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553602100. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602100/>. Acesso em: 05 nov. 2023. p. 385.

³⁹⁵ José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, a respeito do princípio da autonomia patrimonial, escrevem que: “A separação patrimonial entre a pessoa física e jurídica corresponde a princípio basilar da atividade empresarial e econômica”, já que é uma forma

Prado³⁹⁶, “[...] os direitos e as obrigações da empresa são distintos e não se comunicam imediata ou necessariamente com os direitos e obrigações pessoais de seus sócios, administradores e representantes”.

Atualmente, a autonomia patrimonial se reflete na inteligência, por exemplo, do art. 49-A do Código Civil, cujo *caput* prevê que “A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores” e cujo parágrafo único estabelece que “A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos”. Igualmente, é o que prevê o art. 1.024, também do Código Civil, segundo o qual “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. Em matéria processual, é o que se extrai, por exemplo, do art. 795 do Código de Processo Civil, cujo *caput* dispõe que “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei”.

A partir das noções de pessoa jurídica e autonomia patrimonial, portanto, tem-se a base da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica: a pessoa jurídica, como ente autônomo em relação aos seus membros, pode ter sua personalidade jurídica superada, também no que se refere à sua autonomia patrimonial, para que, na hipótese de abuso da personalidade jurídica, seus membros respondam pelas obrigações com seus patrimônios.

A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica surgiu nas jurisprudências norte-americana (com o famigerado caso *Bank of United States vs. Devaux*) e inglesa (com o caso *Salomon vs. Salomon & Co.*), embora tenha sido nos Estados Unidos onde encontrou solo fértil e foi desenvolvida com mais robustez. O estudo profundo dos julgados ingleses e norte-americanos foi realizado por Rolf Serick, autor da obra *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, que fez certo exercício de compatibilidade entre a *disregard doctrine* e o direito germânico, e por Piero Verrucoli, na Itália, autor da obra *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*.

de “[...] conter o risco da atividade e preservar a autonomia da pessoa física” e estimular “[...] o empreendedorismo, na medida em que isola o risco da atividade ao patrimônio integralizado, nas sociedades de responsabilidade limitada”. (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas. *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 110).

³⁹⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. A flexibilização da responsabilidade societária no Direito Privado, Trabalhista e Tributário: uma panorâmica histórica. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil*. v. 1, jan./fev. 2013. pp. 138-180. p. 140.

A partir do exame da produção desses dois juristas, em 1969, Rubens Requião, então professor da Universidade Federal do Paraná, foi o primeiro a não somente estudar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no Brasil, mas também a compatibilizar a sua possível aplicação com o sistema jurídico brasileiro³⁹⁷, uma vez que já havia casos concretos que demandavam solução. Seu texto repercutiu e abriu caminho para que outros excelentes estudos fossem realizados para fins de incorporação da teoria em território nacional, por exemplo, por Fábio Konder Comparato, em 1976, autor da obra *O poder de controle na sociedade anônima* e José Lamartine Corrêa de Oliveira, em 1979, autor da obra *A dupla crise da pessoa jurídica*. Desde então, muitos foram os estudos realizados no Brasil, inclusive a nível acadêmico, e a teoria também se disseminou na jurisprudência.

Consagrando a aplicação da teoria maior³⁹⁸ nas relações jurídicas reguladas pelo Código Civil³⁹⁹, o atual art. 50, *caput*, do Código Civil reiterou a inteligência da redação anterior⁴⁰⁰, no sentido que a medida se impõe em caso de abuso da personalidade jurídica, acrescentando que referido abuso é caracterizado pelo desvio de finalidade (definido no § 1.º do dispositivo) ou pela confusão patrimonial (definida no art. § 2.º do dispositivo). Ainda, nos incisos I, II e III do § 2.º do art. 50, o legislador se ocupou de elencar as hipóteses que podem configurar confusão patrimonial.

As disposições constantes dos §§ 3.º, 4.º e 5.º, por sua vez, tratam sobre: (i) a aplicabilidade dos §§ 1.º e 2.º à extensão das obrigações dos sócios ou de administradores à penhora jurídica; (ii) a impossibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica em razão unicamente da existência de grupo econômico;

³⁹⁷ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 733-752. 2002.

³⁹⁸ Pela *teoria menor*, a desconconsideração da personalidade jurídica terá lugar quando houver a insatisfação do crédito do credor da sociedade e incidirá com a simples prova da insolvência da pessoa jurídica. Por outro lado, a *teoria maior* é a prevista no art. 50 do Código Civil e é a regra no sistema jurídico brasileiro. Para que tenha lugar a sua aplicação, é necessária a comprovação do abuso da personalidade jurídica, consubstanciado no desvio de finalidade ou na confusão patrimonial. (SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. *Desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada nas relações de consumo: A responsabilização dos sócios pelas obrigações sociais decorrentes da ofensa aos direitos do consumidor em juízo*. 2. ed. Leme, SP: Mizuno, 2021. pp. 136-137).

³⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 279.273/SP*. Relatoria: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 4 dez. 2003.

⁴⁰⁰ Que possuía a seguinte redação: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

e (iii) o fato de que a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica não constitui desvio de finalidade, respectivamente.

No âmbito do Direito Processual Civil, a pretensão de desconconsideração da personalidade jurídica deve ser veiculada através de *incidente processual*, regulado nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil. Das normas inseridas nos referidos dispositivos em relação ao *procedimento*, se extrai, em *primeiro* lugar, que o requerimento deve ser instaurado pela parte ou pelo Ministério Público, quando lhe convier intervir no processo, de modo que não deve ser conhecido de ofício pelo juiz; em *segundo* lugar, que o incidente é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução de título extrajudicial; em *terceiro* lugar, que a pretensão de desconconsideração da personalidade jurídica pode ser veiculada, além de maneira incidental, também na petição inicial; em *quarto* lugar, que a instauração de incidente suspenderá o processo; em *quinto* lugar, que o requerimento deve demonstrar a presença dos requisitos referidos no art. 50 do Código Civil; em *sexto* lugar, que deve ser, necessariamente, observado o princípio do contraditório; em *sétimo* lugar, que é cabível a instrução, quando necessária; e, em *oitavo* lugar, que o incidente será decidido por decisão interlocutória, da qual caberá agravo interno, se proferida pelo relator, ou agravo de instrumento, se proferida em primeira instância (nos termos do art. 1.015, IV, do Código de Processo Civil)⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Ainda a respeito do *procedimento* para a obtenção da desconconsideração da personalidade jurídica, vale mencionar o Projeto de Lei n. 3.401/2008, que contava com nove dispositivos e visava disciplinar “o procedimento de declaração judicial de desconconsideração da personalidade jurídica”. O texto, embora aprovado pela Câmara dos Deputados, quando enviado para sanção presidencial em 23 de novembro de 2022, foi integralmente vetado. Embora fosse razoável a elaboração do Projeto em 2008, quando era vigente o Código de Processo Civil de 1973, que não regulava o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica tal como o Código de Processo Civil de 2015, em 2022 já não era pertinente em razão da legislação que a sucedeu, tanto no plano do direito material quanto no plano do direito processual. Sobre os equívocos do Projeto, Elie Pierre Eid afirma que: “O PL 3.401/2008 ficou defasado em relação às mudanças legislativas que lhe sucederam. O cenário atualmente existente demonstra que faltava pertinência ao projeto, bem como os seus possíveis inconvenientes, caso sancionado, para se adequar ao direito positivo, tanto na perspectiva do direito processual, como na do direito material. Diante da observância do devido processo legislativo, seria esperado que as casas legislativas federais nem mesmo tivessem votado o projeto, de modo que o controle ficou mesmo a cargo da Presidência da República”. (Eid, Elie Pierre. Retrocessos ao instituto da desconconsideração da personalidade jurídica: um exame do Projeto de Lei 3.401/2008. In: Rodrigues, Marcelo Abelha. (Coord.). *Desconconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Materiais e Processuais*. Indaiatuba: Editora Foco, 2023. pp. 33-46. p. 34).

2. O IMPASSE A RESPEITO DA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA EM INCIDENTES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Até pouco tempo inexistia consenso, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de fixação de honorários advocatícios de sucumbência em incidentes de desconsideração da personalidade jurídica. Os acontecimentos que refletem a divergência podem ser verificados, por exemplo, a partir do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.366.014/SP⁴⁰², em 29 de março de 2017, quando a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, em síntese, que não são devidos honorários de sucumbência em incidente processual por ausência de previsão legal no art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, correspondente ao art. 85 do Código de Processo Civil de 2015. Referido posicionamento foi aplicado em relação ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica pela Corte Superior desde então⁴⁰³. Em cortes estaduais, como no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entretanto, já havia julgados tanto no sentido de que era possível a fixação de honorários de sucumbência em incidente de desconsideração⁴⁰⁴ como em sentido contrário⁴⁰⁵, o que revelava a necessidade de pacificação da matéria na Corte Superior.

Em 26 de maio de 2020, a 3.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, em votação não unânime (com voto divergente da relatora Ministra Nancy Andrighi), reafirmou, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.845.536⁴⁰⁶, o

⁴⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.366.014/SP*. Relatora: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 29 mar. 2020.

⁴⁰³ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.834.210/SP*. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 12 nov. 2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.642.321/RJ*. Relatora: Min. Isabel Gallotti. Julgado em 7 dez. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.852.515/SP*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgado em 24 ago. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Recurso Especial n. 1.943.831/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 14 dez. 2021.

⁴⁰⁴ Neste sentido: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (13.^a Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento n. 2171944-12.2018.8.26.0000*. Relatora: Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca. Julgado em 17 jan. 2019; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (30.^a Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento n. 2256589-33.2019.8.26.0000*. Relatora: Des. Maria Lúcia Pizzotti. Julgado em 19 fev. 2020.

⁴⁰⁵ Neste sentido: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (25.^a Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento n. 2035904-81.2022.8.26.0000*. Relator: Des. Marcondes D'Angelo. Julgado em 19 maio 2022; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (12.^a Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento n. 2128056-51.2022.8.26.0000*. Relator: Des. Castro Figliolia. Julgado em 02 dez. 2022.

⁴⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Recurso Especial n. 1.845.536/SC*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 26 maio 2020.

posicionamento de que “o descabimento da condenação nos ônus sucumbenciais decorre da ausência de previsão legal excepcional, sendo irrelevante se apurar quem deu causa ou foi sucumbente no julgamento final do incidente”. Ao longo do ano de 2023, inclusive, todos os Ministros da 2.^a Seção da Corte (composta pelas 3.^a e 4.^a Turmas, de Direito Privado)⁴⁰⁷, exceto aqueles que até recentemente integravam as Turmas de Direito Público⁴⁰⁸, se posicionaram no sentido do precedente da Corte Especial, isto é, de que *não* são cabíveis honorários de sucumbência em razão da ausência de previsão legal.

Ocorre que em 12 de setembro de 2023 se encerrou o julgamento do Recurso Especial n. 1.925.959⁴⁰⁹, pela 3.^a Turma, iniciado em 27 de setembro de 2022, praticamente um ano antes. Na ocasião, o mesmo órgão jurisdicional que em maio de 2020 inclinou seu posicionamento no sentido que *não* são cabíveis honorários de sucumbência em incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, entendeu que “O indeferimento do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, tendo como resultado a não inclusão do sócio (ou da empresa) no polo passivo da lide, dá ensejo à fixação de verba honorária em favor do advogado de quem foi indevidamente chamado a litigar em juízo”. Ficou vencida a Ministra Nancy Andrighi que, como visto, havia votado favoravelmente à condenação em honorários quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.845.536, e afirmou, com muita coerência, que “[...] não há, respeitosamente, razão suficiente para modificação do entendimento desta 3.^a Turma em tão pouco espaço de tempo e sem nenhuma nova ou relevante circunstância fática ou jurídica ocorrida após aquele julgamento”.

Ainda, no mesmo dia 12 de setembro de 2023, quando a 3.^a Turma alterou seu entendimento sobre a fixação de honorários em incidente de desconconsideração, também foi julgado, pela mesma 3.^a Turma, o Recurso Especial n. 1.812.929⁴¹⁰, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, de cujo acórdão se colhe que “[...] não é cabível a fixação de honorários sucumbenciais em incidente processual diante da ausência de previsão legal, ressalvadas hipóteses excepcionais em que comprovada a extinção ou alteração substancial do processo principal”. Embora a distinção seja sutil, a interpretação que se dá ao acórdão do Recurso Especial n. 1.925.959 é que *a rejeição* do incidente *sempre* levará à

⁴⁰⁷ Ministras Nancy Andrighi e Isabel Gallotti e Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

⁴⁰⁸ Ministro Humberto Martins, que passou a integrar a 3.^a Turma do STJ em 1.^o de junho de 2023 e Ministro João Otávio de Noronha, que passou a integrar a 4.^a Turma do STJ em 29 de setembro de 2022.

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Recurso Especial n. 1.925.959/SP*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 12 set. 2023.

⁴¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Recurso Especial n. 1.812.929/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 12 set. 2023.

condenação aos ônus da sucumbência em favor dos advogados daqueles que constaram no polo passivo. Por outro lado, o acórdão do Recurso Especial n. 1.812.929, julgado no mesmo dia, dá a compreensão de que, em regra, não são devidos honorários; mas quando houver alteração substancial do processo, *seja com a inclusão ou não de novos devedores*, ou seja, com o acolhimento ou a rejeição do incidente, serão devidos honorários de sucumbência.

Não bastasse, a jurisprudência da 4.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça também autoriza interpretação diversa daquela extraída do Recurso Especial n. 1.925.959 e se mostra mais alinhada ao entendimento observado no Recurso Especial n. 1.812.929, ambos da 3.^a Turma e julgados no mesmo dia 12 de setembro de 2023. Segundo consta, por exemplo, do acórdão proferido quando do julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 2.326.010⁴¹¹ em 21 de agosto de 2023, de relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, “[...] em virtude da ausência de previsão legal específica, não é cabível condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais em incidente de desconsideração da personalidade jurídica, sendo irrelevante a qual das partes se possa imputar a sucumbência ou a responsabilidade por dar causa à instauração do incidente”⁴¹².

A evidente dissonância entre os posicionamentos das duas Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça deu lugar à oposição de Embargos de Divergência no já mencionado Recurso Especial n. 1.925.959. Nesse sentido, nas razões recursais, o embargante afirmou haver divergência entre o posicionamento da 3.^a Turma no caso e o posicionamento da 4.^a Turma refletido, por exemplo, no Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 1.745.989. Os Embargos foram admitidos pelo Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira em decisão proferida em 15 de março de 2024 e, após a manifestação da parte contrária e do Ministério Público Federal, foi julgado em 12 de setembro de 2023.

Na ocasião, portanto, a 3.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça alterou seu posicionamento para, doravante, viabilizar a fixação de honorários de sucumbência em incidentes de desconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos: “O *indeferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, tendo como resultado a não inclusão do sócio (ou da empresa) no polo passivo da lide, dá ensejo à fixação de verba honorária em favor do advogado de quem foi indevidamente chamado a litigar em juízo*”.

A fundamentação esteve pautada principalmente no fato de que o incidente, no Código de Processo Civil de 2015, foi regulado como intervenção de terceiros e, equivocadamente, como mero incidente processual. Haveria, segundo considerou o relator, semelhança com outra modalidade de intervenção

⁴¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial n. 2.326.010/SP*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 21 ago. 2023.

⁴¹² No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.131.090/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgado em 27 mar. 2023.

de terceiros: a denúncia da lide. Ao disciplinar este instituto, o art. 129, parágrafo único, do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de fixação de honorários de sucumbência em favor do denunciado na hipótese de a ação de denúncia não ter seu pedido examinado, por ter restado prejudicado quando o denunciante for vencedor na lide principal.

O voto-vencido proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha foi no sentido de afastar a condenação da parte que suscita o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica ao pagamento de honorários de sucumbência. O Ministro Raul Araújo acompanhou a divergência com o acréscimo de que a fixação de honorários sucumbenciais em incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica depende de *lege ferenda*, uma vez que este incidente processual não foi previsto no rol indicado no § 1.º do art. 85 do Código de Processo Civil e o legislador, quando quis prever a incidência dos honorários de sucumbência, o fez, a exemplo do que ocorre na hipótese de denúncia da lide. Também afirmou que, segundo o art. 136 do Código de Processo Civil, os incidentes são resolvidos por decisão interlocutória, e, nos termos do art. 85, *caput*, somente sentenças podem fixar honorários. Por fim, a Ministra Isabel Gallotti também afirmou que o incidente não é demanda autônoma e, por isso, a fixação de honorários de sucumbência não tem previsão legal.

Nos embargos de declaração opostos pela Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), que atuou como *amicus curiae*, houve a tentativa de modular os efeitos do acórdão proferido pela Corte Especial para que o posicionamento nele sedimentado pudesse alcançar somente incidentes futuros. Também se argumentou que o acórdão foi omissivo quanto ao fato de que permitir a fixação de honorários advocatícios em incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica significaria autorizar “[a] atuação do Tribunal como legislador positivo”, o que violaria a separação entre os poderes, e que a condenação também feriria o princípio da simetria, já que na hipótese de procedência do pedido de desconconsideração não seriam devidos honorários de sucumbência. Os embargos de declaração, contudo, foram rejeitados em 4 de junho de 2025.

3. O JULGAMENTO DO RESP N. 2.072.206/SP PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A NECESSIDADE DE QUE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA SEJAM FIXADOS POR EQUIDADE

Como visto, a despeito da regulação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica pelo Código de Processo Civil de 2015, em vigor desde março de 2016, à luz da norma de direito material inserta no art. 50 do Código Civil, há, ainda, muita controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

acerca de questões específicas que orbitam a tramitação do incidente, notadamente relativas à fixação de honorários de sucumbência.

O julgamento dos Embargos de Divergência opostos no Recurso Especial n. 1.925.959, pela 3.^a Turma da Corte Superior, em 12 de setembro de 2023, foi sucedido pelo julgamento do Recurso Especial n. 2.072.206/SP, em 12 de março de 2025, pela Corte Especial.

Neste recurso (REsp n. 2.072.206/SP), que tramita sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a Corte Especial fixou entendimento no sentido de que “*o indeferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, tendo como resultado a não inclusão do sócio (ou da empresa) no polo passivo da lide, dá ensejo à fixação de verba honorária em favor do advogado de quem foi indevidamente chamado a litigar em juízo*”. A decisão não foi tomada por unanimidade. Acompanharam o voto do relator os Ministros Sebastião Reis Júnior, Nancy Andrigli, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Luis Felipe Salomão e Antonio Carlos Ferreira, e acompanharam a divergência inaugurada pelo Ministro João Otávio de Noronha os Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.

No voto-vencedor, a *ratio decidendi* se assentou no fundamento adotado pelo acórdão proferido pelo Tribunal no julgamento do já mencionado Recurso Especial n. 1.925.959/SP, de relatoria do saudoso Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Ainda não há trânsito em julgado certificado.

Para a reflexão ora proposta, no entanto, interessa a circunstância de o relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, quando do julgamento do Recurso Especial n. 2.072.206/SP, ter pontuado que o que se busca no incidente é a ampliação subjetiva de lide e, considerando a pretensão resistida manifestada contra terceiros, a improcedência do pedido que tem como resultado a não inclusão do sócio ou da empresa no polo passivo impõe a fixação dos honorários, “[...] *situação que se equipara à sua exclusão quando indicado desde o princípio para integrar a relação processual*”. Também constou do voto que “[...] *pode ser aplicado ao caso a mesma orientação adotada para a hipótese de extinção parcial do processo em virtude da exclusão de litisconsorte passivo, que dá ensejo à condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em favor do advogado do excluído [...]*”.

Não por outro motivo, o Ministro sinalizou, ao final de seu voto, que a questão relativa à definição dos critérios de fixação dos honorários advocatícios na hipótese de improcedência do pedido deduzido no incidente de desconsideração da personalidade jurídica não havia sido, naquela ocasião, levada à Corte, mas que, quando a questão vier a ser analisada, *deverá* ser observado o posicionamento firmado pela 1.^a Seção do Tribunal, refletido no julgamento dos EREsp n. 1.880.560/RN, segundo o qual em caso de exclusão de litisconsorte do polo passivo do processo de execução sem que tenha havido impacto na dívida executada, *os honorários advocatícios deverão ser fixados por apreciação equitativa*.

Nesse sentido, entende-se, de início, que a fixação de honorários de sucumbência somente nas hipóteses de improcedência do pedido deduzido no incidente viola o princípio da isonomia. Assim, na hipótese em que o credor é vencedor e o pedido de desconsideração é acolhido, também são devidos honorários advocatícios.

Feita essa ressalva, a sinalização da Corte Especial para a necessidade de aplicação do critério equitativo nos termos do posicionamento da 1.^a Seção, à luz do art. 85, § 8.º, do Código de Processo Civil, é fundamental.

Essa questão jurídica, inclusive, é objeto do Recurso Especial n. 2.146.753/RN, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, cujo julgamento se iniciou aos 13 de março de 2025. O voto do relator⁴¹³, único proferido até o momento em que o presente artigo é concluído⁴¹⁴, foi no sentido de que não seria possível a fixação dos honorários pelo critério equitativo, à luz do Tema 1.076, porque a análise do proveito econômico não deveria ser descolada da realidade do caso concreto e a impossibilidade de mensuração exata do proveito econômico não deveria ser confundida com o seu caráter inestimável.

Também constou do voto que não se aplicaria ao caso o posicionamento da 1.^a Seção manifestado no julgamento dos EREsp n. 1.880.560/RN, porque não se trataria de questão meramente processual de ilegitimidade, mas de alegações de fraude, confusão patrimonial e má-fé, que, naquele caso, embasaram o pedido. O relator deu provimento parcial ao recurso entendendo pela necessidade de fixação de honorários em 10% (dez por cento) não sobre o valor executado (no caso, R\$ 180.102.976,96, em 1.º de janeiro de 2020), mas sobre o valor da causa atribuído pelo credor na petição inicial do incidente (apresentado em 16 de fevereiro de 2016, na modalidade de medida cautelar), que, no caso, foi de R\$ 19.170.574,04.

É necessário discordar, respeitosamente, deste entendimento. Em primeiro lugar e com maior relevo, porque o precedente da Corte Especial, inclusive mencionado no voto, tem caráter vinculante e foi claro no sentido de que, embora a matéria atinente aos critérios para fixação dos honorários sucumbenciais não tenha sido objeto do recurso que se encontrava em julgamento, “[...] *haja vista a semelhança das hipóteses fáticas, deve-se atentar para o recente julgado da Primeira Seção [...]*”.

Essa orientação é plenamente justificável. O posicionamento externado nos EREsp n. 1.880.560/RN pela 1.^a Seção (composta pelas 1.^a e 2.^a Turmas do Tribunal, que têm competência para julgar questões de Direito Público) deve ser aplicado ao caso concreto também em observância à isonomia, à segurança

⁴¹³ Voto disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=JQYnlO1MfEw&t=129s>>. Acesso em 3 out. 2025.

⁴¹⁴ Em 3 de outubro de 2025.

jurídica e à previsibilidade das decisões judiciais, uma vez que tal entendimento tem sido reiteradamente aplicado também pelas Turmas que compõem a 2.^a Seção (cf. se verifica da jurisprudência da 3.^a⁴¹⁵ e da 4.^a⁴¹⁶ Turmas do Tribunal, que têm competência para julgar questões de Direito Privado).

Ou seja, *mesmo em relação às dívidas civis, quando o litisconsorte é excluído do polo passivo sem que tenha havido qualquer impacto na dívida executada o proveito econômico deve ser considerado inestimável e os honorários de sucumbência devem ser fixados pelo critério equitativo.*

Acrescente-se que a causa de pedir nos incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica é – ou ao menos deveria ser –, a verificação acerca da ocorrência ou não de abuso da personalidade jurídica por aquelas pessoas naturais ou jurídicas que poderão ser incluídas no polo passivo, à luz do art. 50 do Código Civil. A controvérsia, assim, não se relaciona ao valor da dívida que está sendo cobrada na execução correlata, pouco importando, no âmbito do incidente, se aquela é de valor baixo ou vultuoso. O que importa, no incidente, é a comprovação – ou não – de que houve abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. A dívida *per se* só será objeto de discussão em momento processualmente posterior à procedência do pedido veiculado no incidente, quando a pessoa “desconsideranda” passará à condição de executada, será citada para os fins do art. 827 do Código de Processo Civil e poderá opor embargos à execução nos termos dos arts. 914 e seguintes também do Código de Processo Civil.

Outro ponto importante é que, como dito, os honorários advocatícios de sucumbência não devem ser fixados somente em casos de improcedência do pedido deduzido no incidente, mas também nos casos de procedência, ou seja, nos casos em que o credor vence e fica apto a incluir a pessoa “desconsiderada” no polo passivo de sua execução. Isso se dá em razão da patente aplicação do princípio da

⁴¹⁵ Nesse sentido: (1) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Recurso Especial n. 2.081.622/MT*. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em 16 jun. 2025; (2) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Agravo em Recurso Especial n. 2.720.863/DF*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgado em 28 abr. 2025; (3) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.259.674/SC*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 12 jun. 2023; e (4) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Recurso Especial n. 1.875.161/RS*. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Julgado em 25 maio 2021.

⁴¹⁶ Nesse sentido: (1) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.989.021/GO*. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgado em 3 jun. 2024; (2) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.275.424/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 26 jun. 2023; (3) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.416.180/SP*. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 8 maio 2023; e (4) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.963.618/PR*. Relatora: Min. Isabel Gallotti. Julgado em 26 set. 2022.

causalidade, que, nesses casos, se sobrepõe ao princípio da sucumbência. Como bem pontuou a Ministra Nancy Andrighi na ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.845.536/SC⁴¹⁷, “[...] *ao propor o incidente, a recorrente se utilizou das ferramentas processuais disponíveis para tentar receber seu crédito, não podendo ser, assim, considerada a responsável pela instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica*”.

CONCLUSÃO

O objetivo geral da pesquisa, como visto, consistiu na verificação acerca do atual estado de coisas sobre a (in)viabilidade de fixação de honorários de sucumbência em incidentes de desconsideração da personalidade jurídica, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, e sobre os critérios para a fixação as verbas. Viu-se que a jurisprudência da Corte Superior é absolutamente instável em relação à matéria, não só no que respeita os julgados proferidos pelas 3.^a e 4.^a Turmas, mas também no posicionamento adotado na própria 3.^a Turma, inclusive no mesmo dia.

Por fim, tem-se que a alteração jurisprudencial aqui apontada viola a segurança jurídica. O que se vê é um cenário de absoluta imprevisibilidade, tanto no que respeita à fixação de honorários advocatícios em incidentes de desconsideração da personalidade jurídica – uma vez que até o julgamento do Recurso Especial n. 1.925.959/SP, em 12 de setembro de 2023, havia posicionamento firme no Superior Tribunal de Justiça quanto ao não cabimento de verba honorária em incidentes processuais⁴¹⁸ – quanto no que atine aos critérios para a fixação desses honorários.

Esse segundo ponto não foi suficientemente enfrentado quando do julgamento do Recurso Especial n. 2.072.206/SP pela Corte Especial em 12 de março de 2025. Isso porque, apenas ao final de seu voto o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva sinalizou que quando a matéria atinente aos critérios de fixação dos honorários vier a ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, deverá ser observado o posicionamento firmado pela 1.^a Seção do Tribunal, refletido no julgamento dos EREsp n. 1.880.560/RN, segundo o qual em caso de exclusão de litisconsorte do polo passivo do processo de execução sem que tenha havido impacto na dívida executada, *os honorários advocatícios deverão ser fixados por apreciação equitativa*.

⁴¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Recurso Especial n. 1.963.618/PR*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 26 maio 2020.

⁴¹⁸ Nesse sentido: **(1)** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.834.210/SP*. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 12 nov. 2019; **(2)** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.642.321/RJ*. Relatora: Min. Isabel Gallotti. Julgado em 7 dez. 2020; **(3)** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.852.515/SP*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgado em 24 ago. 2020; e **(4)** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.^a Turma). *Recurso Especial n. 1.943.831/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 14 dez. 2021.

Esse estado de incerteza deve ser corrigido, deixando-se claro o seguinte: uma vez que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é tratado como demanda incidental, e não como incidente processual⁴¹⁹, devem ser fixados honorários de sucumbência em desfavor do vencido, tanto em casos de procedência quanto em casos de improcedência do pedido, observando-se o critério da equidade, à luz do art. 85, § 8.º, do Código de Processo Civil. Isso porque não há, no momento em que o incidente é julgado, qualquer impacto no valor da dívida cobrada e, por esse motivo, o benefício econômico, segundo posicionamento do próprio Tribunal, é inestimável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553602100. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602100/>. Acesso em: 02 abr. 2024.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BEVILÁQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. Atualizada por Achilles Beviláqua. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1953.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Agravo em Recurso Especial n. 2.720.863/DF*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgado em 28 abr. 2025.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.259.674/SC*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 12 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.852.515/SP*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgado em 24 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 279.273/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 4 dez. 2003.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 1.812.929/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 12 set. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 1.834.210/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 11 jun. 2025.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 1.845.536/SC*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 26 maio 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 1.875.161/RS*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 25 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 1.925.959/SP*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 12 set. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 1.943.831/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 14 dez. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 1.963.618/PR*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 26 maio 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 2.081.622/MT*. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em 16 jun. 2025.

⁴¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma). *Recurso Especial n. 1.834.210/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 11 jun. 2025.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.416.180/SP*. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 8 maio 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.642.321/RJ*. Relatora: Min. Isabel Gallotti. Julgado em 7 dez. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.131.090/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgado em 27 mar. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.275.424/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 26 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.989.021/GO*. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgado em 3 jun. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.834.210/SP*. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 12 nov. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.963.618/PR*. Relatora: Min. Isabel Gallotti. Julgado em 26 set. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.^a Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial n. 2.326.010/SP*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 21 ago. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.366.014/SP*. Relatora: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 29 mar. 2020.
- CARTAXO, Ernani Guarita. *As pessoas jurídicas em suas origens romanas: evolução e conceito*. Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro: Editora Guará, 1943.
- EID, Elie Pierre. Retrocessos ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica: um exame do Projeto de Lei 3.401/2008. In: Rodrigues, Marcelo Abelha. (Coord.). *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Materiais e Processuais*. Indaiatuba: Editora Foco, 2023. pp. 33-46.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas. *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 1958.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. vol. 1. Atualizadora e colaboradora Maria Celina Bodin de Moraes. 34. ed. (2.^a reimpressão). Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559644469. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644469/>. Acesso em: 02 abr. 2024.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. pp. 733-752. 2002.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. A flexibilização da responsabilidade societária no Direito Privado, Trabalhista e Tributário: uma panorâmica histórica. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil*. v. 1, jan./fev. 2013. pp. 138-180.
- SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. *Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada nas relações de consumo: A responsabilização dos sócios pelas obrigações sociais decorrentes da ofensa aos direitos do consumidor em juízo*. 2. ed. Leme, SP: Mizuno, 2021.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (12.^a Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento n. 2128056-51.2022.8.26.0000*. Relator: Des. Castro Figliolia. Julgado em 02 dez. 2022.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (13.^a Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento n. 2171944-12.2018.8.26.0000*. Relatora: Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca. Julgado em 17 jan. 2019.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (25.^a Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento n. 2035904-81.2022.8.26.0000*. Relator: Des. Marcondes D'Ángelo. Julgado em 19 maio 2022.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (30.^a Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento n. 2256589-33.2019.8.26.0000*. Relatora: Des. Maria Lúcia Pizzotti. Julgado em 19 fev. 2020.

O MARCO LEGAL DE GARANTIAS E A BUSCA E APREENSÃO EXTRAJUDICIAL. ANÁLISE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Marcio Calil de Assumpção

1. INTRODUÇÃO. O MARCO LEGAL DE GARANTIAS.

A expressão “marco legal de garantias”, tal como ficou conhecida a Lei 14.711, de 30 de outubro de 2023, se apresenta como um rol de novas normas editadas com o objetivo de atualizar, e por conseguinte, modernizar o sistema de garantias no Brasil, trazendo novos institutos, revisitando conceitos e manifestando uma nova tendência refletida na desjudicialização da solução de determinados conflitos interindividuais.

A trajetória dessas mudanças começa com o Projeto de Lei 4.188, de 2021 (PL 4.188/21), de iniciativa do Poder Executivo, proposto ao Congresso logo após o final da pandemia e de seus relevantes impactos na economia, nos contratos e no ambiente de crédito como um todo.

O PL 4.188/21 dispõe de forma detalhada sobre o aprimoramento das regras de garantia, trata da execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca, da execução extrajudicial de garantia imobiliária em concurso de credores, define novas disposições para a execução extrajudicial da alienação fiduciária sobre bens imóveis e ainda estabelece o procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato garantido por alienação fiduciária, dentre outras matérias correlatas. Após dois anos de tramitação no Congresso Nacional, o PL foi aprovado nas duas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) e submetido a sanção presidencial.

Em 30 de outubro de 2023, através da mensagem nº 360 e na forma do disposto no art. 66, § 1º da Constituição Federal⁴²⁰ o Presidente da República

⁴²⁰ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República conside-

vetou determinados dispositivos do PL 4.188/21, todos relacionados às mudanças no DL 911/69 e que refletiam a novel busca e apreensão extrajudicial de bem móvel.

O veto presidencial teve como fundamento central o entendimento, pelo Poder Executivo, de inconstitucionalidade da busca e apreensão extrajudicial por violação à cláusula de reserva de jurisdição.

Essa cláusula de reserva de jurisdição está relacionada a direitos fundamentais do cidadão e não está contida em um único artigo da Constituição Federal, mas sim em um conjunto de artigos que reservam ao Poder Judiciário a prática de determinados atos, tais como inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI)⁴²¹, a apreciação pelo Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV)⁴²² e devido processo legal (art. 5º, LIV)⁴²³, entre outros assuntos relacionados.

No exame das razões do veto presidencial, o Congresso Nacional (CF, art. 66, § 4º) rejeitou o veto por maioria absoluta dos Deputados e Senadores reencontrando as partes correspondentes (então vetadas) do PL 4.188/21 para promulgação pelo Presidente da República, culminado com a redação atual da Lei 14.711/23 (CF, art. 66, § 5º).

A *práxis* do direito convencionou intitular a Lei 14.711/23 de “marco legal de garantias” porquanto essa nova lei alterou importantes normas com o objetivo de aumentar a efetivação das garantias, desburocratizar o sistema de garantias e com isso aumentar a oferta de crédito no Brasil com foco na redução da inadimplência e agilidade na recuperação dos ativos, tornando o ambiente de crédito mais previsível para os credores de maneira a impulsionar a economia.

Dentro desse rol de aprimoramento de garantias, o novo marco legal de garantias promoveu:

- (a) mudanças relevantes na alienação fiduciária sobre bens imóveis, implementando alterações na Lei 9.514/97;

rar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. (.....)§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013) § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

⁴²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

⁴²² XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴²³ LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

- (b) criou a figura do contrato de administração fiduciária de garantias, com a inclusão do art. 853-A⁴²⁴ no Código Civil e criando a figura do agente de garantias, um terceiro que atuará em nome próprio, mas no interesse de terceiros, dos credores beneficiários da garantia, inclusive com legitimação extraordinária para atuação em juízo;
- (c) introduziu no direito positivo brasileiro a faculdade de execução extrajudicial dos créditos garantidos por hipoteca, em procedimento semelhante ao já existente para a alienação fiduciária de imóvel, guardadas as diferenças entre esses institutos (alienação fiduciária e hipoteca);
- (d) promoveu alterações no DL 911/69 para permitir, sob determinados requisitos, a busca e apreensão extrajudicial do bem móvel dado em garantia fiduciária, alteração sobre a qual se concentra o objeto de estudo deste artigo.

Em apertada síntese sobre esse feixe de mudanças legislativas, no campo dos *bens imóveis* as inovações foram centradas em duas vertentes.

Pela primeira vertente, ligada à alienação fiduciária sobre bens imóveis, as novidades objetivaram solucionar o problema do denominado “capital morto”, que impedia a garantia fiduciária imobiliária, por sua natureza, ser constituída para garantir mais de uma dívida, ampliando o campo de atuação desse instituto hoje de uso tão recorrente nos financiamentos imobiliários e nas operações comerciais ligadas à concessão de créditos a pessoas físicas e jurídicas.

Ainda sobre a alienação fiduciária imobiliária, se coloca a possibilidade de utilização de um mesmo imóvel como garantia de mais de uma operação de crédito, mediante extensão da mesma alienação fiduciária, o que reduzirá a subutilização dessa garantia (daí a expressão “capital morto”) e ao mesmo tempo permitirá a ampliação do volume de crédito concedido na economia.

Pela segunda vertente, agora em relação à hipoteca, as alterações foram focadas em sua desjudicialização e visaram recuperar o uso dessa modalidade de garantia real no mercado imobiliário brasileiro, conferido a seu procedimento de excussão contornos semelhantes ao procedimento de excussão extrajudicial da alienação fiduciária de bem imóvel, procedimento esse que já passou pelo crivo de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição do tema 982.⁴²⁵

⁴²⁴ CC, art. Art. 853-A. Qualquer garantia poderá ser constituída, levada a registro, gerida e ter a sua execução pleiteada por agente de garantia, que será designado pelos credores da obrigação garantida para esse fim e atuará em nome próprio e em benefício dos credores, inclusive em ações judiciais que envolvam discussões sobre a existência, a validade ou a eficácia do ato jurídico do crédito garantido, vedada qualquer cláusula que afaste essa regra em desfavor do devedor ou, se for o caso, do terceiro prestador da garantia.

⁴²⁵ STF, tema 982. RE 860.631, de relatoria do Min. Luiz Fux : É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal.

Sobre os *bens móveis*, a novidade se concentra na busca e apreensão extrajudicial decorrente de garantia de alienação fiduciária. Neste particular, é relevante a fundamentação trazida no processo legislativo.

A ideia de que a busca e apreensão possa ser extrajudicial vem ao encontro de importantes alterações e transformações que correm no direito e, em especial, no constitucionalismo contemporâneo.

É justamente nessa linha de transformação que se observa o atual sentido que tomam os princípios constitucionais garantidores do devido processo legal mediante outras formas de realização da justiça, da possibilidade de que se possa prescindir de uma decisão judicial propriamente dita na resolução de conflitos, com a conciliação, a transação, esta, inclusive, em matéria penal.

Essa orientação é marcante no campo jurisdicional. Observa-se que a busca da efetividade processual tem como decorrência uma tendência à desjudicialização dos atos executivos, retirando-se dos Tribunais aquelas tarefas que não constituem o núcleo duro da atividade jurisdicional, com o escopo de liberá-la de realidades burocráticas e permitam desafogá-la, ao transferir para outras entidades o desempenho de funções que não digam diretamente respeito à administração da justiça, isto é, ao poder estatal de definir o direito nos conflitos sociais.⁴²⁶

Como todo processo de transformação, essa plêiade de mudanças desafia conceitos processuais e constitucionais sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o conceito mais relevante aquele que se refere ao exercício de determinados direitos sem a imperatividade da jurisdição estatal. Mas ao mesmo tempo, convida o operador do direito para uma reflexão sobre os rumos do direito no século XXI e sobre a necessária ponderação entre o formalismo exacerbado e a realização de justiça.

Um dos marcos dessa ruptura do modelo de jurisdição exclusivamente estatal ocorreu na década de 90, quando do advento da Lei 9.307/96, que instituiu a arbitragem com meio alternativo de solução de controvérsias e delegou aos árbitros a tarefa de dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme precedentes colacionados abaixo, demonstrou que a entrega da prestação jurisdicional não fica prejudicada no correr dos procedimentos extrajudiciais na medida em que *o Poder Judiciário pode atuar a qualquer momento, e em qualquer fase dos procedimentos extrajudiciais*, mediante provocação fundamentada da parte interessada/lesada, seja para preservação do direito à regularidade do próprio procedimento extrajudicial, seja para o reparo a lesão a direito individual ou coletivo decorrente do procedimento extrajudicial, antes, durante ou mesmo após a conclusão desse procedimento extrajudicial.

⁴²⁶ Justificativa de Emenda de Plenário nº 1 ao Projeto de Lei nº 4.188/23 – trecho citado no voto do Min. Alexandre de Moraes no julgamento das ADIs 7.600, 7.601 e 7.608). Conforme Portal da Câmara dos Deputados PL 4.188/2021. www.camara.leg.br.

EMENTA: 1.Sentença estrangeira: (...) 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31) (STF, Pleno, SE-AgRg n. 5206, Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2021)

Tal entendimento voltou a ser afirmado no julgamento da ADI n. 5062:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 12.583/2013. NOVO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. (...). DEFERÊNCIA JUDICIAL. PEDIDO CONHECIDO E JULGADO IMPROCEDENTE. (...) 28. A mediação e a arbitragem, enquanto métodos voluntários e alternativos à jurisdição estatal, (i) minimizam a demanda pelo Poder Judiciário e (ii) propiciam a análise dos conflitos intersubjetivos por técnicos e especialistas no tema. 29. A novel disciplina legal deixa evidente o caráter voluntário da submissão de eventuais litígios aos procedimentos alternativos de solução perante órgão da Administração Pública federal. Essa voluntariedade decorre diretamente da Constituição da República (CRFB, art. 5º, XXXV), como reconhecido pelo STF (SE nº 5.206) e devidamente respeitado pelo legislador ordinário (Lei nº 9.610/1998, art. 100-B), pelo Chefe do Poder Executivo federal (Decreto nº 8.469/2015, art. 25) e pelo Ministério da Cultura (IN nº 4/2015, art. 2º). (...) 36. Pedido conhecido e julgado improcedente. (j. 27/10/2016. Rel. Mn. Luiz Fux).

O art. 5, XXXV, da Constituição Federal deve atuar para além de garantir o acesso ao Poder Judiciário, assegurando aos jurisdicionados a possibilidade de submeter determinadas controvérsias às vias diversas à estatal, desde que mediante previsão legal e sempre privilegiando a autonomia de vontade na eleição dessas vias alternativas, de forma a possibilitar aos cidadãos a oportunidade de convenicionar, entre si, a utilização de mecanismos alternativos para solução de conflitos ou exercício de direitos, tais como a convenção de arbitragem e a recém

inaugurada via da busca e apreensão extrajudicial, vistas como exemplos de formas para se atingir uma justa composição dos interesses de todas as partes envolvidas em determinada relação jurídica, sempre em paridade de condições.

Necessária a evolução para uma nova concepção de acesso à justiça, à luz dos meios alternativos hoje previstos em diversas leis, sendo a mais recente a Lei 14.711/23, também conhecida como marco legal de garantias, que surge dentro desse novo sistema, dessa nova cultura para os operadores do direito, com novos protagonistas que são exatamente os agentes que atuarão extrajudicialmente conduzindo esses procedimentos administrativos.

Nesse contexto é que se coloca o tema deste artigo, a ser examinado sob a perspectiva de seu procedimento extrajudicial e dos contornos constitucionais relacionados aos direitos e garantias fundamentais das partes envolvidas.

2. A DESESTATIZAÇÃO DA JUSTIÇA. A DIFERENÇA ENTRE AUTOTUTELA E DESJUDICIALIZAÇÃO.

A expressão “*acesso à justiça*” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, qual seja, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos e, segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.⁴²⁷

O acesso ao Poder Judiciário cresce ano a ano. Esse crescimento se funda em diversos fatores, desde a democratização e facilitação do acesso à justiça, promovida pela Constituição de 1988 passando pela cultura do litígio instalada no Brasil, pelas dificuldades econômicas do País, pelo excesso de instâncias recursais e culminado pela inadequação de ferramentas de efetividade na prestação jurisdicional, conjunto de situações que acabam por levar à morosidade na solução dos conflitos e na demora para a pacificação social decorrente dessas lides.

Esse aumento crescente do número de ações sobrecarrega o Poder Judiciário, diminuindo sua eficiência e levantando questionamentos sobre a necessidade de intervenção do Estado/Juiz em todos os atos relacionados ao exercício de direitos pelos jurisdicionados. É necessário buscar alternativas para esse verdadeiro “*déficit*” na prestação jurisdicional.

A redução de eficiência do Poder Judiciário na prestação jurisdicional fez com que ao longo dos últimos 20 anos surgissem alternativas normativas, verdadeiros mecanismos privados de resolução de controvérsias, tais como (i) a arbitragem, (ii) a mediação, (iii) a desjudicialização de determinados procedi-

⁴²⁷ CAPPELLETTI, Mauro, *Acesso à Justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, pg 8.

mentos de exercício de direitos reais de garantias, tendo como exemplos as excussões de alienação fiduciária de bens imóveis e agora de bens móveis e a execução extrajudicial da hipoteca, (iv) a desjudicialização de procedimentos para regularização de propriedades como o procedimento administrativo do usucapião extrajudicial, entre outros.

Essas modalidades, criadas como alternativas à conhecida prestação jurisdicional estatal, acabaram assumindo papel importante na efetivação do direito constitucional de acesso à justiça. Hoje são estudadas e vistas como mecanismos de solução de controvérsias, de pretensões resistidas, de resoluções de crises em determinadas relações de direito material, e buscam um equilíbrio entre as demandas sociais e a segurança jurídica. São formas legais de privatização da administração de justiça, também denominado de desjudicialização.

Esse tema está inserido dentro de um conceito maior, o de desestatização de determinadas funções públicas. Essa ideia ganhou relevo na década de 1990, no século passado, com o aparecimento de privatizações de estradas, aeroportos, portos e outras atividades públicas.

O fenômeno de desestatização está baseado na forte influência do direito privado, de onde despontam os problemas não atendidos de forma satisfatória pelo Estado, e faz com que “atores privados”, autorizados por lei, preencham com mais rapidez, em maior ou menor extensão, as funções até então usualmente denominadas de “públicas”.

O aumento dos conflitos interindividuais e a demora na resposta do Estado para esses conflitos tem levado o legislador a buscar alternativas, e são essas alternativas de desestatização, dentro da distribuição de justiça, que configuram o fenômeno conhecido como desjudicialização.

Essa nova orientação legislativa, admitindo a desestatização para o exercício de determinados direitos, é marcante no campo jurisdicional onde a busca pela efetividade processual tem como decorrência uma tendência à desjudicialização de determinados atos executivos, mantendo-se nos Tribunais aquelas atividades que não constituem o que se pode chamar de núcleo duro da jurisdição. Essa tendência liberará o Poder Judiciário de atividades burocráticas e essa medida pode desafojá-lo da avalanche de processos que só faz aumentar, ano após ano.

Com a desestatização o acesso à justiça passa a ser mais célere, menos burocrático.

Não se transfere o poder estatal de dizer o direito, na medida em que o acesso ao Poder Judiciário sempre estará preservado nos procedimentos extrajudiciais, por meio do controle de legalidade antes, durante ou mesmo após o procedimento extrajudicial. Esse controle de legalidade pode se referir tanto ao procedimento administrativo em si como ao direito material envolvido, caso qualquer das partes entenda ter ocorrido lesão a esse direito (processual administrativo ou material).

O que ocorre com a desjudicialização é somente uma transferência de certas atividades para um agente privado, como ocorre com os serviços notariais onde os atos são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Dessa forma, esses métodos extrajudiciais de solução de conflitos se submetem ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, a qualquer momento e em qualquer fase de seus procedimentos extrajudiciais, como forma de se evitar que esses procedimentos extrajudiciais reflitam o exercício de uma autotutela, em contraponto a uma forma legal de desjudicialização para o exercício de determinados direitos.

A autotutela⁴²⁸ reflete a conduta da própria parte, atuando para a solução de um conflito sem a intervenção de um terceiro imparcial, sendo, em regra, vedada pelo ordenamento jurídico.

No campo da administração pública a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, conferiu previsão legal à autotutela, porém no âmbito exclusivo da administração pública⁴²⁹.

No campo do direito privado existem poucas exceções, e como tal admitidas em situações especiais, como na autotutela da posse, prevista no art. 1.210, § 1º do Código Civil,⁴³⁰ também conhecida como desforço incontinenti para retomada da posse na hipótese de esbulho possessório, em casos de extrema urgência e sob os requisitos da imediatidade e proporcionalidade dos atos para não configurar o tipo penal de exercício arbitrário das próprias razões.

A Lei Penal chega a criminalizar a autotutela na tipificação do art. 345 do Código Penal⁴³¹, o crime de exercício arbitrário das próprias razões. O fundamento central é que, mesmo sendo legítima a pretensão, deve ser o Estado, e não o indivíduo, a realizar atos de força para atingir a aplicação de direito no caso concreto.

⁴²⁸ O princípio da autotutela tem atuação importante no campo da administração pública, que possui o poder de controlar seus próprios atos, anulando-os quando entender que são ilegais ou mesmo revogando-os quando entender que são inconvenientes ou inoportunos. O STF já se pronunciou sobre o tema, na Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revoga-os por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁴²⁹ Lei 9.784/99. Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

⁴³⁰ CC, Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

⁴³¹ Art. 345 – Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

A garantia constitucional da inviolabilidade do direito à vida e à segurança, inscrita no *caput* do artigo 5º, inclui a proteção contra a vingança privada e o exercício arbitrário das próprias razões.

O desafio hermenêutico está no equilíbrio entre a inafastabilidade do controle judicial, como um princípio do Estado Democrático de Direito, o dever constitucional do Estado prestar aos jurisdicionados a efetiva tutela de seus direitos⁴³² e a desjudicialização do exercício de determinados direitos, previstos expressamente em lei.

Como o Poder Judiciário sempre poderá ser acionado, antes, durante ou após um procedimento extrajudicial, em controle de legalidade mesmo que “*a posteriori*”, isso autoriza a interpretação sistêmica dos meios que podem levar à pacificação social pelas vias extrajudiciais.

A desjudicialização da distribuição de justiça, com efeito, significa o exercício de um direito mediante um procedimento extrajudicial ou administrativo através da atuação de um terceiro, sob o manto da neutralidade, em regra agente do Estado por delegação, *dentro de um procedimento administrativo previamente estabelecido*, mas fora do ambiente judicial.

A tendência à desjudicialização de procedimentos executivos vem sendo assinalada pela doutrina como uma forma de reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário, em linha com um movimento mundial recente. Essa compreensão tem como fundamentos: (i) a razoabilidade de se atribuir a prática de determinados atos de execução a autoridades ou agentes privados; (ii) a necessidade de ampliação do acesso à justiça e de garantias da celeridade na prestação jurisdicional; e (iii) a estruturação de um sistema de justiça multiportas no ordenamento brasileiro.⁴³³

Trazendo a desjudicialização para o tema central deste artigo, qual seja, a busca e apreensão extrajudicial, o procedimento introduzido pela Lei 14.711/23 atribui ao Oficial do Registro de Títulos e Documentos competência para a prática dos atos relacionados ao exercício, pelo credor, da garantia real de alienação fiduciária sobre bem móvel. No caso dos notários e dos registradores suas atividades são exercidas em caráter privado, mas possuem natureza pública e estão previstas no art. 236 da CF.⁴³⁴

A evolução concatenada dos atos desse procedimento administrativo, detalhado nos capítulos seguintes deste texto, reflete um devido processo legal administrativo, cujo desrespeito abre para as partes o curso da via judicial, caso

⁴³² CF, art. 5; XXXV. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴³³ Trecho extraído da fundamentação do voto do Min. do STF Dias Toffoli (relator) no julgamento das ADIs 7.600, 7.601 e 7.608. Julgamento ocorrido em 01/07/2025.

⁴³⁴ CF, Art. Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

almejem buscar um pronunciamento sobre a legalidade de determinados atos e sobre a eventual ofensa a direitos materiais não respeitados no correr desse procedimento administrativo.

Neste particular, cabe esclarecer que o controle concentrado de constitucionalidade do procedimento extrajudicial da busca e apreensão foi realizado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 7.600, 7.601 e 7.608, e sobre especificamente o tema da constitucionalidade não será mais admitida discussão judicial, por força do disposto no art. 489, § 1º, inciso VI do Código de Processo Civil.⁴³⁵

No tema da busca e apreensão extrajudicial repousa, ademais, uma outra visão da questão da desjudicialização, que é a ideia de se privilegiar o direito mais provável.

É exatamente por isso (direito mais provável) que os atos de exercício desse direito poderão ser praticados por um notário, porque partirão de iniciativa do credor da garantia fiduciária, proprietário fiduciário do bem móvel objeto de excussão, que tem a seu favor a prova de sua condição de credor, a prova de sua condição de proprietário fiduciário, a prova da mora da contraparte ou devedor fiduciante, concedeu a oportunidade para que esse devedor fiduciante purgasse sua mora e, se depois de todos esses atos essa crise na relação de direito material ainda persistir, o Estado/Juiz não precisará intervir necessariamente para que esse credor exerça seu direito real sobre a garantia e consolide a posse sobre esse bem, podendo fazê-lo o oficial do cartório de Títulos e Documentos, agora por força da nova normativa legal denominada de “marco legal de garantias” (Lei 14.711/23).

Não bastassem esses fundamentos, há outro ponto importante nesse tema da busca e apreensão extrajudicial, qual seja, ele é consensual. As partes devem prever no momento da constituição da garantia fiduciária sobre bem móvel essa possibilidade. Isso significa dizer que no mesmo ato contratual onde o devedor fiduciante constitui a garantia e transfere a propriedade fiduciária para o credor fiduciário ele ajusta que no caso de sua inadimplência, o credor fiduciário poderá valer-se facultativamente da via extrajudicial para exercício de seus direitos, sempre preservada, para todas as partes (devedor fiduciante e credor fiduciário) a utilização da via judicial.

Em reforço de conceito, não é demais lembrar, como já dito nessas linhas, que o devedor fiduciante poderá acessar o Poder Judiciário a qualquer tempo, caso entenda, por qualquer fundamento, que o credor fiduciário não possui o

⁴³⁵ CPC, Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

direito que alega ou mesmo caso entenda que o procedimento estabelecido pelo notário ofenda algum dispositivo legal.

Assim, em aspecto mais amplo, o recorte metodológico do tema repousa na litigiosidade social e nos meios alternativos existentes para solução de controvérsias de origens econômicas, em concurso com a exata dimensão do conceito de “acesso à justiça”, agora visto sob a nova perspectiva da Lei 14.711/23.

3. A FIDÚCIA NO DIREITO BRASILEIRO.

A fidúcia tem sua origem mais remota no direito romano, com a concepção de venda fictícia, ou provisória. Era a convenção pela qual uma das partes (o *fiduciário*), tendo recebido de outra (o *fiduciante*) a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la uma vez alcançado determinado fim, estipulado em pacto adjeto (*pactum fiduciae*).⁴³⁶

Esse negócio jurídico (fidúcia) apresentava no direito romano duas modalidades, a “*fidúcia cum creditore contracta*” e a “*fidúcia cum amico*”. A “*fidúcia cum creditore contracta*” tinha funções de garantia e a “*fidúcia cum amico*” tinha finalidades mais amplas, desde a administração geral até ao depósito, ao comodato e às locações.⁴³⁷

A fidúcia romana envolvia dois atos, um de alienação (“*mancipatio*” ou “*in Iuri cessio*”), criador de um direito real de garantia, e outro (“*pactum fiduciae*”) que estabelecia mero vínculo obrigacional a cargo do devedor, pelo qual deveria fazer a “*mancipatio*” (devolução da propriedade da coisa) quando o devedor pagasse.⁴³⁸

Desde o direito romano o negócio fiduciário só existe como tal pela característica do fator confiança e da existência desses dois elementos: de natureza real e de natureza obrigacional. O primeiro compreende a transmissão do direito ou da propriedade, e o segundo relaciona-se com a sua restituição ao transmitente ou a terceiros, após exaurido o objeto do contrato.⁴³⁹

O direito brasileiro admitiu a concepção de fidúcia somente na modalidade de garantia, possuindo características semelhantes com a “*fidúcia cum creditore*” do direito romano, no aspecto específico de transferência de propriedade ao credor, com escopo de garantia de uma obrigação.

⁴³⁶ CHALHUB, Melhim Namem, *Negócio Fiduciário*, p. 12, Renovar, Rio de Janeiro, 1998.

⁴³⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais, *Contratos atípicos*, p. 264, Coleção Teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

⁴³⁸ NETO, Francisco dos Santos Amaral, *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*, *Revista de Direito Civil*, V. 22, p. 38.

⁴³⁹ NETO, Paulo Restiffe e Paulo Sérgio Restiffe, *Garantia Fiduciária*, *Revista dos Tribunais*, p. 31, São Paulo, 2000.

Não houve a evolução no direito brasileiro, até o momento, da fidúcia sob a forma de administração fiduciária de negócios, que tem na figura do *trust*, do direito anglo-saxão, seu principal exemplo. Em apertada síntese, o *trust* é um instituto do direito anglo-saxão onde o *settlor* (instituidor do *trust*) transfere a propriedade de um bem a um *trustee* (administrador) para que esse bem seja gerido em benefício de um terceiro, em regra os beneficiários do *trust*. É utilizado nos países da *Common Law* como instrumento jurídico de gestão patrimonial, de planejamento sucessório e até de blindagem patrimonial.

No direito brasileiro, atualmente, a propriedade fiduciária tem previsão no Código Civil, em seu Título III – DA PROPRIEDADE, Capítulo IX – DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, em seu art. 1.361, segundo o qual: “*Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível, que o devedor com escopo de garantia transfere ao credor*”.⁴⁴⁰

No mesmo art. 1.361, em seu §2º⁴⁴¹ há disposição estabelecendo que com a transmissão da propriedade fiduciária dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

Na constituição da garantia fiduciária ocorrem duas relações jurídicas, sendo a primeira a transferência da propriedade em garantia, do devedor (antigo proprietário) para o credor (novo proprietário). A segunda reflete a aplicação do “*constituito possessório*”, por meio do qual o credor fiduciário (proprietário da coisa) transfere a posse direta do bem (do qual é proprietário) para o devedor fiduciante, ficando assim o devedor fiduciante como detentor da posse direta do bem objeto da garantia e o credor fiduciário detentor da posse indireta e da propriedade do bem objeto da garantia.

O *constituito possessório* é exatamente esse desdobramento da posse, em posse direta e indireta, que ocorre na propriedade fiduciária.

Nota-se, portanto, que a propriedade fiduciária é uma propriedade limitada e resolúvel.

É uma propriedade limitada porque seu proprietário (o credor fiduciário) não tem todos os atributos de um proprietário pleno, não podendo usar, gozar e dispor da coisa, tal como previstos no art. 1.228 do Código Civil⁴⁴², uma vez que sua condição de proprietário só lhe permite retomar a posse direta do bem objeto de garantia se a obrigação garantida não for paga pelo devedor fiduciante, quando então o credor fiduciário exercerá seu direito real de garantia sobre o bem, registre-se sobre bem próprio, já que é proprietário por força da proprie-

⁴⁴⁰ CC, Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

⁴⁴¹ CC, art. 1.361, § 2º.(...)§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

⁴⁴² CC, Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

dade fiduciária. Todavia, enquanto a obrigação garantida estiver em dia, ele não poderá retomar a posse do bem.

É uma propriedade resolúvel porque com o adimplemento da obrigação garantida, pelo devedor fiduciante, esse devedor fiduciante automaticamente retoma a propriedade do bem dado em garantia, resolvendo, extinguindo, a propriedade do credor fiduciário. A razão dessa sistemática decorre do fato da propriedade fiduciária funcionar somente como garantia, e uma vez extinta a obrigação garantida, a garantia, seu acessório, também se extingue.

Nesse sentido estabelece o art. 1.368-B, do Código Civil que: “*A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor.*”

Esse direito real de aquisição é um direito do devedor fiduciante, de forma que uma vez adimplida a obrigação garantida, ele readquire a propriedade do bem objeto da garantia.

Outro ponto importante na conceituação geral da garantia fiduciária é seu objeto. Como norma de caráter geral o Código Civil previu em seu art. 1.361 a propriedade fiduciária sobre coisa *móvel infungível*, mas existem outros diplomas legais, que adiante serão indicados, que tratam da propriedade fiduciária sobre bem *móveis fungíveis*, *bens imóveis*, *direitos de crédito* (também conhecidos como *recebíveis*), *ações* e *títulos de crédito*. São legislações especiais que, em linha com o conceito da norma geral (Código Civil), regulam a garantia fiduciária sobre bens e direitos específicos, em contextos próprios e com leis de regências de caráter especial, nisso se destacando da regra geral do Código Civil.

Como forma de entender a evolução da garantia fiduciária em nosso sistema legal, segue seu retrospecto cronológico normativo.

Os principais diplomas que tratam da alienação fiduciária em garantia são os seguintes:

- i) *Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, Lei do Mercado de Capitais, trazendo disposições sobre a alienação fiduciária de bens móveis.*

Como instituto de segurança para as obrigações surgiu, na década de 1960, a fidúcia no direito positivo nacional sob a forma de alienação fiduciária de bens móveis, a partir da Lei de Mercado de Capitais, Lei 4.728/65, art. 66⁴⁴³ com o objetivo de fomentar o consumo dos chamados “bens duráveis”, que passariam a ser dados em garantia fiduciária para o credor, que seria o financiador da compra desses bens.

⁴⁴³ Redação original do Art. 66 da Lei 4.728/65. Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.

Esse Art. 66 da Lei 4.728/65 foi alterado pela Medida Provisória 2.160-25/01 e posteriormente pela Lei 10.931/04, que lhe conferiu sua redação atual.

Pela sua previsão na Lei do Mercado de Capitais, a garantia de alienação fiduciária era originalmente admitida somente para as operações cursadas no mercado financeiro e de capitais.

- ii) *Decreto-Lei 911, de 1 de outubro de 1969, que trata dos aspectos processuais da alienação fiduciária sobre bens móveis.*

Com o advento da alienação fiduciária no direito brasileiro, mas no campo do direito material, essa garantia passou a ser utilizada em larga escala, porém não havia uma regulação processual para o tema, de forma que o credor fiduciário se valia, à época, de diversas ações para o exercício de seu direito real, nas situações de inadimplemento dos devedores fiduciantes. Eram utilizadas as ações possessórias, reivindicatórias e de compra e venda com reserva de domínio.

Isso gerou um dissenso na jurisprudência que começou a retirar a segurança jurídica dessa nova e eficiente modalidade de garantia, quando então o Poder Executivo editou o Decreto-Lei 911/69, regulando os aspectos processuais da alienação fiduciária e introduzindo no direito brasileiro a ação de busca e apreensão, ação de procedimento especial de jurisdição contenciosa, criada como processo de conhecimento e não como processo cautelar. Vigia na época o Código de Processo Civil de 1939, que depois veio a ser revogado pelo Código Buzaid (Lei 5.869/73) que, posteriormente, foi revogado pelo atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

O Decreto-Lei 911/69 sofreu alterações de adequação normativa, com o passar dos anos e alterações dos respectivos Códigos de Processo, mas manteve seu eixo central.

O atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), no art. 1.046, § 2º⁴⁴⁴, preservou a estruturado procedimento especial do DL 911/69, aplicando-se o novo CPC supletivamente às disposições da ação de busca e apreensão. O DL 911/69 sofreu alterações recentes pela Lei 14.711/23, conhecida como “marco legal de garantias”, e passou a dispor sobre a busca e apreensão extrajudicial, tema de fundo deste estudo e objeto de capítulo próprio deste artigo.

- iii) *Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei de Sociedade por Ações.*

Por meio do disposto nos artigos 40 e 113 da Lei 6.404/76 (LSA) ⁴⁴⁵ o direito brasileiro passou a admitir, além da figura do penhor, a aliena-

⁴⁴⁴ Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (...) § 2. Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

⁴⁴⁵ Lei 6.404/76, Art. 40. O usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados: (...)

ção fiduciária de ações, garantia por meio da qual o devedor fiduciante, acionista de uma companhia por ações (de capital aberto ou fechado) transfere para seu credor, com escopo de garantia, a propriedade fiduciária de suas ações.

Cabe aqui lembrar que por força do disposto no art. 83 do atual Código Civil ⁴⁴⁶ e art. 48 do Código Civil anterior – Código Bevilacqua, Lei 3.071/16, a ação, no sentido de valor mobiliário, é considerada bem móvel e representa um direito sobre o capital da empresa que a emitiu. A garantia de alienação fiduciária de ação deverá ser averbada no livro de registro de ações da Companhia, e em caso de inadimplência as ações dadas em garantia poderão ser vendidas pelo credor fiduciário para satisfação da obrigação garantias, seja pela via judicial, seja por autorização contratual específica.

Note-se que nessa modalidade de garantia fiduciária devem ser convencionados os direitos políticos sobre as ações (direitos de voto), já que diferentemente do penhor, na alienação fiduciária a propriedade das ações é transferida para o credor, e por consequência, os direitos políticos, salvo se convencionados de forma diversa no ato de constituição da garantia. ⁴⁴⁷

Outro ponto de atenção para essa modalidade de garantia é a inexistência de acordo de acionistas para gravar ou transferir ações, uma vez que o dador da garantia (devedor fiduciante) deverá observar, antes de constituir a garantia fiduciária de ações, as eventuais restrições existentes em acordos de acionistas ou mesmo outros ônus constantes do livro de registro de ações.

Por fim, nunca é demais lembrar que a codificação civil, de aplicação subsidiária na alienação fiduciária de ações, impede o pacto comissório em seus artigos 1.428 ⁴⁴⁸ e 1.365 ⁴⁴⁹. Essa vedação tem o intuito de evitar o locupletamento ilícito e se aplica a toda modalidade de direito real, dentre os quais à alienação fiduciária de ações.

Lei 6.404/76, Art. 113. O penhor da ação não impede o acionista de exercer o direito de voto; será lícito, todavia, estabelecer, no contrato, que o acionista não poderá, sem consentimento do credor pignoratício, votar em certas deliberações. Parágrafo único. O credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercê-lo nos termos do contrato.

⁴⁴⁶ CC, Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: (...), inciso III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

⁴⁴⁷ Por disposição expressa do art. 113 da LSA, reproduzido na nota de rodapé 26.

⁴⁴⁸ CC, Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

⁴⁴⁹ Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Significa dizer que o credor fiduciário, em caso de inadimplência, não poderá ficar com as ações que lhe foram dadas em garantia, e terá necessariamente que vendê-las, em procedimento judicial ou mesmo extrajudicial, este desde que previamente previsto no instrumento de constituição da garantia.

- iv) *Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, que trata da alienação fiduciária sobre bens imóveis.*

A Lei 9.514/97 dispõe sobre a alienação fiduciária sobre bens imóveis. Foi promulgada na década de 1990 com o objetivo de alavancar o mercado imobiliário, instituindo uma garantia de execução mais célere aos financiamentos de imóveis.

Inicialmente a garantia de alienação fiduciária sobre bens imóveis era restrita aos financiamentos obtidos via Sistema Financeiro Imobiliário, mas no ano de 2004 a Lei 9.514/97 sofreu seu primeiro feixe de alterações, quando a garantia de alienação fiduciária sobre bens imóveis passou a ser permitida para garantir qualquer modalidade de operações, inclusive operações entre particulares.

Recentemente, a Lei 9.514/97 sofreu novas alterações, pelo advento da Lei 14.711/23, o “marco legal de garantias”.

- v) *Medida Provisória 2.160-25/01, posteriormente revogada pela Lei 10.931/04, que alterou o art. 66 da Lei 4.728/65 trazendo disposição sobre alienação fiduciária sobre bens móveis fungíveis, direitos e títulos de crédito, no âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais.*

Na disposição original do texto constitucional sobre Medidas Provisórias (MP), no art. 62 da CF, não havia previsão expressa para reedição das Medidas Provisórias.

O procedimento ocorria via cláusulas de convalidação, onde no trigésimo primeiro dia (um dia após o fim da vigência da MP original) era editada uma nova MP que dispunha que permaneceriam em vigor os efeitos da Medida Provisória anterior a essa.

Na prática, o efeito era o de reedição das Medidas Provisórias.

Foi esse procedimento que ocorreu, em 2001, com a MP 2.160-25/01, reeditada por 25 vezes, que conferiu nova redação ao art. 66 da Lei 4.728/65, criando o art. 66-A dessa Lei.

Com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 32/01 essa prática de convalidação/reedição de Medidas Provisórias foi vedada, sendo prevista a possibilidade de uma prorrogação do prazo da MP, por sessenta dias, através da nova redação ao art. 62 da Constituição Federal.⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ CF, Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Constou do art. 2º. da EC 32/01 que “*As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional*”.

Essa disposição do art. 2º da EC 32/01 conferiu um verdadeiro *status* de Lei às medidas provisórias então vigentes quando da edição da EC 32/01, que foi exatamente o que ocorreu com a MP 2.160-25/01.

Essa breve digressão tem interesse no tema deste texto porque a MP 2.160-25/01, reeditada 25 vezes e que alterou o art. 66 da Lei 4.728/65, criando o art. 66-A que trata da alienação fiduciária de bens móveis, não foi convertida em Lei, mas sim revogada pela Lei 10.931/04, que dentre outras disposições criou o art. 66-B que passou a regular, no âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais (onde tem aplicação a Lei 4.728/65) a alienação fiduciária sobre bens móveis e criou as figuras da cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito.⁴⁵¹

- vi) *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil), que trouxe a regulação geral da propriedade fiduciária e passou a permitir essa modalidade de garantia nas relações entre particulares, porém somente sobre bens infungíveis.*

No ano de 2002 ocorreu o advento do Novo Código Civil (Lei 10.406/02) e com ele a previsão, no Título III – Da Propriedade, em seu Capítulo IX – Da Propriedade Fiduciária, no art. 1.361.⁴⁵²

Referido dispositivo passou a regular, de forma geral, a propriedade fiduciária no direito brasileiro.

Até a edição do Novo Código Civil (NCC) a propriedade fiduciária de bens móveis, como garantia, era admitida somente nas operações cursadas no Mercado Financeiro e de Capitais, por conta de sua

⁴⁵¹ Lei 4.827/65, Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004) (...) § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004)

⁴⁵² CC, Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

previsão exclusivamente no art. 66, e, posteriormente, no art. 66-B da Lei 4.728/65.

Após o advento do NCC a garantia fiduciária sobre bens móveis passou a ser admitida nas relações jurídicas entre particulares, dada a atuação da lei civil como regra geral.

Destaca-se aqui a previsão do NCC, nas relações entre particulares, para bens móveis infungíveis, enquanto a Lei 4.728/65 (Mercado de Capitais) admite alienação fiduciária sobre bens móveis fungíveis, direitos e títulos de crédito.

Com o advento do NCC foram respeitadas as demais espécies de propriedade fiduciária disciplinadas em leis especiais, como a Lei de Sociedade por Ações, a Lei da Alienação Fiduciária de Imóveis, Lei do Mercado de Capitais, todas indicadas acima, tudo por força do disposto no art. 1.368-A do NCC ⁴⁵³.

Atualmente, o NCC segue atuando como regra geral, com os requisitos norteadores da validade da contratação da garantia fiduciária, convivendo em harmonia com as leis especiais que regulam as modalidades específicas de garantias fiduciárias, somente se aplicando as disposições do Código Civil naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

- vii) *Lei 14.711, de 30 de outubro de 2023, conhecida como “marco legal de garantias”.* Por fim, chega-se à Lei 14.711/23, o denominado “marco legal de garantias”, a qual, aprimorando o regime de garantias reais promoveu, no âmbito da garantia fiduciária: (a) alterações na Lei 9.514/97, que trata da alienação fiduciária sobre bens imóveis; (b) criou a figura do contrato de administração fiduciária de garantias, inserindo o art. 853-A no Código Civil; e (c) passou a permitir a busca e apreensão extrajudicial na alienação fiduciária sobre bens móveis, promovendo alterações no DL 911/69.

4. A BUSCA E APREENSÃO JUDICIAL E A NOVA BUSCA E APREENSÃO EXTRAJUDICIAL. PROCEDIMENTO DA BUSCA E APREENSÃO EXTRAJUDICIAL.

Prevista no Decreto-Lei 911, de 1 de outubro de 1968, a ação de Busca e Apreensão foi introduzida no direito positivo brasileiro com o objetivo central de conferir regulação processual para o exercício do direito material decorrente

⁴⁵³ CC, Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

da propriedade fiduciária, mais precisamente, quando do inadimplemento das obrigações garantidas por alienação fiduciária de bens móveis, definindo o caminho processual a ser observado pelo credor fiduciário para o exercício de seu direito subjetivo de ação.

São os efeitos do descumprimento das obrigações garantidas por alienação fiduciária que configuram a pretensão resistida, que por sua vez reflete o interesse processual para a propositura da ação de Busca e Apreensão prevista no art. 3º. Do DL 911/69 e seus parágrafos.⁴⁵⁴

Com a vedação à cláusula compromissória, por disposição expressa do art. 1.365 do Código Civil⁴⁵⁵, o inadimplemento do devedor fiduciante faz nascer a pretensão do credor fiduciário, exercida na ação de busca e apreensão através da função jurisdicional do Estado.

Classificada como processo de conhecimento, trata-se de ação de procedimento especial de jurisdição contenciosa, que reflete modalidade de tutela jurisdicional diferenciada.

Esse conceito de tutela jurisdicional diferenciada tem como fundamento principal a especialidade do procedimento da ação de busca e apreensão, que como poucos procedimentos especiais no direito processual civil brasileiro mantém características próprias, que o diferenciam do procedimento comum previsto no Código de Processo Civil, mesmo após a prolação de sentença. Independente da sentença extinguir o processo com ou sem julgamento de mérito, o recurso de apelação que a desafiar terá efeito meramente devolutivo, permitindo que o julgado produza efeitos imediatos.

Sendo o foco central deste artigo a busca e apreensão extrajudicial, as considerações acerca da via judicial, que é a ação de busca e apreensão, se limitarão, nestas linhas, à sua classificação e à sua natureza jurídica.

Classificada como ação autônoma de conhecimento, a tutela jurisdicional na ação de busca e apreensão, se procedente o pedido, é classificada como de natureza constitutiva (mais precisamente constitutiva negativa), porquanto a sentença a ser proferida rescindir o contrato de alienação fiduciária, desconstituindo a propriedade resolúvel, típica da garantia fiduciária, possuindo, também, força mandamental e executiva *latu sensu*, já que com a busca e apreensão da

⁴⁵⁴ DL 911/69, Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

⁴⁵⁵ CC, Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

garantia fiduciária procede-se, por força de ordem judicial, à retirada da coisa da posse do devedor fiduciante, com sua entrega ao credor fiduciário.⁴⁵⁶

Na improcedência do pedido, a tutela jurisdicional conferida terá natureza declaratória, mais precisamente declaratória negativa.

Além da via judicial, recentemente, por disposição expressa da Lei 14.711/23 (marco legal de garantias) previu o legislador que a pretensão decorrente do inadimplemento de obrigação garantida por alienação fiduciária de bem móvel também possa, facultativamente e sob certos requisitos, ser exercida extrajudicialmente, reservando-se a atividade jurisdicional para a hipótese de recusa do devedor fiduciante na entrega espontânea do bem objeto da garantia.

Dadas suas características administrativas, a busca e apreensão extrajudicial foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça através do Provimento n. 196, de 04 de junho de 2025.

Da aplicação das disposições da Lei 14.711/23 com os contornos delineados pelo Provimento 196/25, combinados com as disposições do Código Civil e com as orientações jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça quanto às especialidades procedimentais do DL 911/69, e mais recentemente com a decisão do STF acerca da constitucionalidade da busca e apreensão extrajudicial, depreende-se que a sequência de atos administrativos para essa forma extrajudicial de exercício de direitos tem um “*iter procedimental*” próprio, que será descrito logo a seguir.

Trata-se, a rigor, de verdadeiro “devido processo legal administrativo” perante o cartório de registro de títulos e documentos, com uma sequência cronológica de atos que culminam com a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário, agora por disposição expressa de lei, sempre reservada às partes, a qualquer momento, o uso da via jurisdicional para salvaguarda de direitos seja quanto à observância do procedimento, seja quanto a qualquer ilegalidade identificada no campo do direito material que necessite da atuação do Estado/Juiz para dirimir a controvérsia.

As disposições acerca da busca e apreensão judicial encontram-se sistematicamente previstas nos artigos 8-B e parágrafos, 8-C e parágrafos, 8-D e 8-E, todos do DL 911/69.

O art. 8º-B estabelece a faculdade para a consolidação da propriedade perante o cartório de títulos e documentos desde que exista previsão expressa em contrato em cláusula em destaque. A competência será do cartório do domicílio do devedor ou da localização do bem.

Vencida a dívida e comprovada a mora, o oficial do cartório de títulos e documentos notificará o devedor (preferencialmente por meio eletrônico).

⁴⁵⁶ ASSUMPÇÃO, Marcio Calil de, Ação de Busca e Apreensão, São Paulo, Atlas, 2006, p. 175.

A mora se operará de pleno direito (mora *ex re*) por força do disposto no art. 397 do Código Civil⁴⁵⁷. Consumada a mora, sua comprovação se opera por meio de notificação enviada ao devedor fiduciante⁴⁵⁸, representando essa notificação uma segunda oportunidade para que este devedor realize o pagamento de sua obrigação em atraso.

Depois de comprovada a mora, o procedimento extrajudicial prevê ainda uma nova notificação, desta feita para os fins próprios da busca e apreensão extrajudicial.

Por força do art. 8º-B, § 13º do DL 911/69, essa notificação deverá conter: (i) cópia do contrato; (ii) valor total da dívida; (iii) planilha com detalhamento do valor da dívida; (iv) boleto bancário ou outra indicação de meio de pagamento contendo os dados do credor; (v) forma de entrega do bem; e (vi) advertência de que a falta de pagamento da(s) parcela(s) objeto da notificação ensejará a consolidação da propriedade do bem em favor do credor fiduciário.

Essa notificação convidará o devedor para pagar a dívida no prazo de 20 dias, sob pena de consolidação da propriedade e/ou para apresentar documentos comprobatórios de que a cobrança é indevida.

Arguida pelo devedor a ilegalidade da cobrança, nesta hipótese o oficial avaliará os documentos apresentados pelo devedor e poderá suspender o procedimento.

Com o pagamento da dívida ficará convalidado o contrato de alienação fiduciária em garantia. Por outro lado, não paga a dívida o oficial averbará a consolidação da propriedade no registro competente.

Não havendo pagamento voluntário da dívida, após essa notificação especial, estabelece a nova disposição do DL 911/69 que é dever do devedor disponibilizar o bem voluntariamente ao credor, para sua venda extrajudicial, sob pena de sujeitar-se a multa no valor de 5% do valor da dívida.

Pelo disposto no art. 8-C do DL 911/69, caso o bem não seja entregue pelo devedor, o credor poderá requerer ao oficial de títulos e documentos a busca e apreensão extrajudicial do bem.

O oficial de títulos e documentos lançará, no caso de veículos, a restrição de circulação e de transferência do bem e comunicará aos órgãos responsáveis sobre a busca e apreensão extrajudicial e também lançará os dados desse bem em uma plataforma eletrônica mantida pelos cartórios de títulos e documentos.

⁴⁵⁷ CC, Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

⁴⁵⁸ STF, Tema Repetitivo 1.132. Em ação de busca e apreensão fundada em contratos garantidos com alienação fiduciária (art. 2º, § 2º, do DL 911/69), para a comprovação da mora é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros.

O credor, por si ou por terceiros mandatários, poderá realizar diligências para a localização do bem. Terceiros mandatários poderão ser empresas especializadas em localização. O Poder Executivo emitirá ato para definir os requisitos mínimos para o funcionamento dessas empresas especializadas em localização de bens, para os fins do DL 911/69.

Apreendido o bem, o credor promoverá sua venda extrajudicial e comunicará ao oficial de títulos e documentos, que por sua vez dará ciência aos órgãos responsáveis.

No prazo de 5 dias úteis após a apreensão do bem, o devedor fiduciante terá o direito de pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário, hipótese na qual será cancelada a consolidação da propriedade e restituída a posse do bem.

Regulamentando essa atividade dos cartórios de títulos e documento, o Provimento 196/25 do CNJ conferiu nova redação a diversos artigos ao Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial, que esclarecem importantes pontos desse procedimento extrajudicial de busca e apreensão.

Dentre esses dispositivos introduzidos pelo Provimento CNJ 196/25 destacam-se o art. 397-K, § 4º ⁴⁵⁹, segundo o qual caso haja recusa na entregar o bem deve ser lavrada certidão circunstanciada do ocorrido, devendo o credor fiduciário adotar as medidas judiciais cabíveis, ou seja, promover a busca e apreensão judicial e se socorrer da imperatividade da jurisdição estatal para aplicar seu direito, quando então, provido de ordem judicial, poderá buscar e apreender o bem de maneira forçada, mediante ordem judicial e, se o caso, uso de reforço policial, ordem de arrombamento e outras medidas próprias da consecução da ordem judicial.

Outro dispositivo relevante é o art. 397-O do Prov. 196/25 ⁴⁶⁰ pelo qual o credor fiduciário poderá, a qualquer tempo, desistir da busca e apreensão extrajudicial.

Merece também destaque o disposto no art. 397 AI, § 5º ⁴⁶¹, segundo o qual a diligência realizada pelo oficial do registro de títulos e documentos não

⁴⁵⁹ Prov. CNJ 196/25, Art. 397-K. A atribuição para realizar o processo de consolidação da propriedade extrajudicial e da busca e apreensão de bem móvel será do oficial de registro de títulos e documentos do domicílio do devedor fiduciante, ou da localização do bem da celebração do contrato. (...) § 4º Caso o terceiro possuidor, referido no § 3º, se recuse a entregar o bem, será lavrada certidão circunstanciada do ocorrido, cabendo ao credor fiduciário adotar as medidas judiciais cabíveis.

⁴⁶⁰ Prov. CNJ 196/25, Art. 397-O. Poderá o credor fiduciário, a qualquer tempo, desistir do processo de busca e apreensão e de consolidação da propriedade extrajudiciais....

⁴⁶¹ Art. 397-AI, (...) § 5º A diligência de apreensão realizada pelo oficial de registro de títulos e documentos ou seu preposto não se caracteriza como ato coercitivo, devendo se dar em qualquer local público ou, em se tratando de local particular, desde que o acesso seja per-

se caracteriza como ato coercitivo, devendo ocorrer em local público, ou em se tratando de local particular, desde que o acesso seja permitido. Fora dessas hipóteses, o credor fiduciário precisará se valer da via judicial (ação de busca e apreensão) para apreensão do bem.

As disposições tanto da Lei 14.711/23 como do Provimento 196/25 do CNJ são claras no sentido de que havendo resistência do devedor no momento da tentativa de retomada, será necessário acionar o Poder Judiciário.

Ainda tratando das disposições do DL 911/69 sobre o procedimento extrajudicial de retomada de bens objeto de garantia fiduciária, o art. 8-D estabelece que, no caso da cobrança ser considerada indevida, o credor fiduciário sujeitar-se-á a multa prevista no art. 3º, §§ 6º e 7º do DL 911/69 ⁴⁶², ocorrendo a partir dessa disposição um freio para o abuso do direito do credor, expresso pela sanção a que ele ficará exposto caso realize uma cobrança indevida.

O art. 3º, § 6º do DL 911/69 prevê uma multa de 50% do valor originalmente financiado, em desfavor do credor fiduciário, enquanto o § 7º do mesmo art. 3º, prevê adicionalmente a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos.

Por fim, o art. 8º-E do DL 911/69 permite aos credores promoverem a execução extrajudicial dos artigos 8º-B e 8º-C tanto perante os órgãos de trânsito estaduais, como perante as empresas previstas no art. 129-B do Código de Trânsito Brasileiro (empresas registradoras de contrato credenciadas nos órgãos executivos de trânsito nos Estados e do Distrito Federal).

Todo esse procedimento administrativo de busca e apreensão extrajudicial foi enfrentado pelo STF, que declarou sua constitucionalidade, reconhecendo essa sequência de atos como um verdadeiro *devido processo legal administrativo*.

Entretanto o STF impôs limites, dentro dos contornos constitucionais, para as diligências de localização do bem móvel bem como para sua apreensão extrajudicial, determinando que sejam assegurados os direitos à vida privada, à honra e à imagem do devedor, a inviolabilidade do sigilo de dados, a vedação ao uso privado da violência, a inviolabilidade do domicílio, a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade.

mitido ao público em geral ou haja autorização expressa de entrada pelo encarregado do respectivo controle, ainda que verbal, devidamente comprovada, preferencialmente através de filmagem pelo oficial de registro ou escrevente.

⁴⁶² DL 911/69, art. 3º, (...) § 6º. Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)

DL 911/69, Art. 3º (...) § 7º A multa mencionada no § 6º não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004)

Assim, desde que preservados os direitos fundamentais garantidos pela decisão do STF, o procedimento extrajudicial de consolidação e busca e apreensão de bem móvel alienado fiduciariamente será constitucional. Caso contrário poderá ser invalidado mediante ação própria, perante o Poder Judiciário.

5. ANÁLISE PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL DO TEMA. A POSIÇÃO DO STF

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.⁴⁶³

O controle preventivo de constitucionalidade é realizado no processo legislativo, enquanto ao Poder Judiciário compete o controle repressivo, com a possibilidade de retirar do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo incompatível com o texto constitucional.

Na hipótese do tema central deste artigo houve o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, julgando ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face da promulgação do “marco geral de garantias”.

Segundo a doutrina⁴⁶⁴, a Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sóciopolítica-econômica e almejando sua plena eficácia.

Foi exatamente o que ocorreu na hipótese sob estudo.

A Lei 14.711/23 foi promulgada em 30/10/2023, enquanto a promulgação das partes vetadas, após a rejeição dos vetos pelo Congresso Nacional, ocorreu em 22/12/2023.

Logo no início de 2024 foram ajuizadas 3 (três) ações diretas de inconstitucionalidade, CF 102, inciso I⁴⁶⁵, objetivando, em sede de controle concentrado, a análise da constitucionalidade de determinados dispositivos da Lei 14.711/23.

A primeira ADI, de número 7.600, foi de autoria da União dos Oficiais de Justiça do Brasil, a segunda ADI, número 7.601, de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros e a terceira ADI, número 7.608, promovida pela FE-

⁴⁶³ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2008, p. 701.

⁴⁶⁴ FREITAS, Juarez, *A interpretação sistemática do direito*, “apud”, MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2008, p. 15.

⁴⁶⁵ CF, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

NASSOJAF – Associação Nacional dos Oficiais de Justiça Avaliadores Federais e AFOJEBRA – Associação Federal dos Oficiais de Justiça do Brasil.

As associações autoras dessas 3 (três) ADIs defenderam a pertinência temática para deflagração do controle concentrado de constitucionalidade na relação entre os atos impugnados, dispositivos Lei 14.711/23 que tratam do procedimento extrajudicial de busca e apreensão e execução de garantia hipotecária, e as finalidades institucionais de cada uma das Autoras.

Assim, a legitimação ativa para essas ações diretas de inconstitucionalidade⁴⁶⁶ foi reconhecida diante dos objetivos institucionais das entidades Autoras, relacionados à defesa do regular funcionamento do Poder Judiciário e no aprimoramento da justiça.

Vale dizer, sob a ótica processual, foi reconhecido o interesse e legitimidade das Autoras das Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁴⁶⁷, por sua legitimação extraordinária para provocar o controle repressivo de constitucionalidade.

A fim de garantir a compatibilidade da norma (Lei 14.711/23) com a Constituição, no julgamento das ADIs 7.600, 7.601 e 7.608, foi utilizada como técnica de hermenêutica constitucional a técnica de “interpretação conforme”, definida como regra interpretativa com o objetivo de possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico de leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional.⁴⁶⁸

Nesse particular, é importante lembrar o conceito conferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual, a interpretação de texto legal conforme a Constituição é uma “*técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição*” (STF – Pleno – Adin 3.046-9/SP).

O objeto dessas ADIs era o julgamento da norma em tese, sem relação com um caso concreto, buscando o pronunciamento de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 14.711/23 em abstrato, com requerimento para que o Supremo Tribunal Federal promovesse um julgamento que produzisse efeitos para toda a sociedade.

Como toda ação de controle concentrado de constitucionalidade o objetivo dessas 3 (três) ADIs era o de invalidar artigos da Lei 14.711/23, sob o fundamento central de serem incompatíveis com a Constituição Federal, com pedidos de declaração de inconstitucionalidade com efeitos gerais e vinculantes para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

⁴⁶⁶ Lei 9.868/99, Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: (...) IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁴⁶⁷ CPC, Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

⁴⁶⁸ MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, Atlas, São Paulo, 2008, p. 170.

Em reflexão propedêutica, os fundamentos expostos nessas ADIs trazem uma concepção conservadora do direito e não observam a intenção do legislador em buscar um equilíbrio entre efetividade na solução das crises nas relações de direito material, crises essas que levam às pretensões resistidas, e a técnica de se privilegiar o direito mais provável, como forma de rápida atuação do direito, tudo sem afastar o exercício da tutela jurisdicional, a qualquer tempo, antes, durante ou após o procedimento extrajudicial, mediante provocação da parte interessada para pronunciamento do Estado-Juiz.

As 3 (três) ações diretas de inconstitucionalidade questionam os mesmos dispositivos da Lei 14.711/23 impugnando especificamente (i) o procedimento de execução extrajudicial de garantia de alienação fiduciária de bens móveis (consolidação da propriedade) constante nos artigos art. 8º-B, 8º-C, 8º-D e 8º-E do Decreto-Lei nº 911/69, inserido pela Lei nº 14.711/23; e (ii) procedimento de execução extrajudicial de garantia de hipoteca (art. 9º da Lei nº 14.711/23) também inserido no direito positivo pela Lei 14.711/23.

Na exposição da causa de pedir (causa de pedir próxima)⁴⁶⁹ os Autores dessas ADIs argumentam que os artigos 8-B, 8-C, 8-D e 8-E, inseridos no Decreto-Lei n. 911/1969 pelo art. 6º da Lei n. 14.711/2023, que criaram a consolidação da propriedade e a busca e apreensão extrajudicial da coisa móvel objeto de contrato de alienação fiduciária, levariam a ofensas a direitos e garantias individuais previstos no texto constitucional.

Como já dito, os fundamentos das 3 (três) ADIs são semelhantes. Alegam que as disposições previstas nos dispositivos questionados, referindo-se à busca e apreensão extrajudicial do bem móvel objeto de garantia fiduciária, acabariam levando os credores a realizarem diligências para localização dos bens, inclusive por terceiro, admitindo, portanto, a realização de um “monitoramento” do devedor para localização dos bens, por meios privados, e até a constituição de empresas especializadas na localização de bens, na busca do bem objeto de contrato de alienação fiduciária, previsto no § 4º do art. 8º-C.

Ainda na exposição dos fatos constitutivos do direito alegado nas petições iniciais dessas ações de controle de constitucionalidade, dispõem esses Autores que o legislador estabeleceu a possibilidade de venda do bem após ter sido apreendido “pelo oficial da serventia extrajudicial”, atribuindo aos credores promoverem a execução extrajudicial dessa garantia tanto perante os órgãos de trânsito estaduais e do Distrito Federal, como perante as empresas previstas no

⁴⁶⁹ Segundo MEDINA, José Miguel Garcia, Código de Processo Civil Comentado, 2021, Thompson Reuters, p. 592, Comentários ao art. 319 do CPC: A causa de pedir é o fundamento da demanda, o motivo que leva o autor a pedir a tutela jurisdicional, A doutrina divide a causa de pedir em próxima e remota. Para alguns a causa de pedir remota seria constituída pelos fatos, enquanto a causa de pedir próxima pelos fundamentos jurídicos.

art. 129-B do Código de Trânsito Brasileiro (empresas registradoras de contrato credenciadas nos órgãos executivos de trânsito dos Estados e do DF).

A Lei 14.711/23, com as alterações promovidas no DL 911/69, estaria permitindo, desta forma, a perda da posse de bem móvel, mediante procedimento que a Constituição exigiria a prévia autorização judicial (CF, art. 5º, XI), vale dizer, mediante o procedimento de “busca e apreensão” privada, sem observância do princípio da reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XI e XXXV) e com ofensa à garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X).

A cláusula de reserva de jurisdição teria por escopo defender que nenhum outro órgão poderá interferir naquilo que for considerado como núcleo essencial da função jurisdicional, para que não haja o que se chamou de esvaziamento de suas funções materiais e, nesses casos, ela deveria ser exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, órgão cujas características permitiriam uma melhor atuação, na busca da verdade real e da aplicação dos conceitos de justiça e imparcialidade.

Mesmo prevendo esse procedimento extrajudicial como uma “faculdade” as ADIs trazem argumentos no sentido de que esse procedimento seria exclusivo do Poder Judiciário através da ação de busca e apreensão prevista no art. 3º do DL 911/69 e não de serventias extrajudiciais ou mesmo órgãos de trânsito.

Foram indicados nessas ações os seguintes parâmetros constitucionais a serem confrontados: o direito à propriedade (CF, art. 5º, *caput*), a proteção dos bens com observância do “devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV), o princípio da “reserva da jurisdição”, assim como da “inviolabilidade da intimidade” e da “inviolabilidade da casa” (CF, art. 5º, X, XI e XXV), reproduzidos abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial; (...)

XXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Concluem seus fundamentos defendendo que a criação de um modelo de execução extrajudicial acarretaria necessariamente a ofensa ao direito de propriedade (CF, art. 5º, *caput*) do cidadão/devedor, ao direito de proteger os seus bens mediante a observância do “devido processo legal” (CF, art. 5º,

LIV), ou seja, mediante a observância do princípio da reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XXV).

Da mesma forma, a criação de um modelo de busca e apreensão privada, com procedimento de monitoramento do devedor, violaria o princípio da intimidade e da vida privada, da “reserva da jurisdição” e da “inviolabilidade da casa” (CF, art. 5º, XXV e XI), tudo de forma a se concluir que o ordenamento constitucional não admitiria a perda da “posse” de bens móveis por meio de “busca e apreensão” privada.

Destarte, concluem que as regras impugnadas romperiam os direitos fundamentais da vida e segurança (5º, caput), da proteção da intimidade (5º, X), da inviolabilidade residencial (5º, XI), do sigilo dos dados (5º XII), do acesso à justiça, compreendido pela inafastabilidade da jurisdição (5º, XXXV), pelo processo e julgamento por autoridade competente (5º, LIII), pelo devido processo legal (5º, LIV), pelo contraditório e pela ampla defesa (5º, LV).

Com o entrelaçamento das normas ligadas à perda da posse da garantia através de um procedimento extrajudicial, os dispositivos do art. 8 do DL 911/69 que não contrariariam diretamente dispositivos da constituição estariam acometidos por inconstitucionalidade por arrastamento dos demais correlatos.

Referidas ADIs impugnaram também o artigo 9º, seus parágrafos e incisos, da Lei n. 14.711/2023, que instituiu a “execução extrajudicial dos créditos garantidos por hipoteca”, prevista no Capítulo III da Lei n. 14.711/2023, sob o argumento principal de que a execução forçada de bens exigiria a intermediação do Estado-Juiz.

Tal como na busca e apreensão extrajudicial, a execução extrajudicial dos créditos garantidos por hipoteca também consta da Lei como uma faculdade do credor, que poderá optar por percorrer a via judicial, mas mesmo essa faculdade teria sua constitucionalidade maculada pela falta do crivo do Poder Judiciário na medida em que a Lei 14.711/23 estaria autorizando um procedimento que configuraria a expropriação do patrimônio sem observância do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e sem observância do princípio da reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

Todos os parágrafos do art. 9º da Lei 14.711/23 tratam do procedimento dessa execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca e dos atos que acarretam a expropriação do bem do cidadão/devedor sem intervenção do Estado-Juiz de forma que, por estarem entrelaçados, a inconstitucionalidade do *caput* causaria a inconstitucionalidade dos respectivos parágrafos por arrastamento das demais.

Em síntese, todas essas ADIs alegam que tais institutos de exercício de direitos, seja na busca e apreensão extrajudicial, seja na execução extrajudicial de hipoteca, violariam os dispositivos constitucionais relativos (i) à dignidade da pessoa humana; (ii) à vida e à segurança; (iii) à inviolabilidade da intimidade, do

domicílio e dos dados; (iv) ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa; (v) à inafastabilidade da jurisdição, à reserva de jurisdição e ao direito de ser processado pela autoridade competente; e, por fim, (vi) ao direito de propriedade e à função social da propriedade.

No julgamento ocorrido em 01/07/25 o STF declarou a constitucionalidade dos dispositivos da Lei 14.711/23 desafiados por meio dessas 3 (três) ADIs, atribuindo os contornos constitucionais a esses mecanismos de desjudicialização previstos em lei específica e invocando precedentes do próprio STF no enfrentamento da matéria como sendo “*uma tendência do direito moderno transferir para o âmbito administrativo atos que antes demandavam intervenção obrigatória do Poder Judiciário*”.⁴⁷⁰

Na fundamentação do voto vencedor no julgamento dessas 3 (três) ADIs, de relatoria do Min. Dias Toffoli, o STF trouxe como razões de decidir:

“A edição da Lei 14.711/23 também está inserida em um movimento maior de ampla adoção do conceito de justiça multiportas, apresentado em 1976 pelo professor da Faculdade de Direito de Harvard Frank Sander para fazer frente à dificuldade do Poder Judiciário de atender, em tempo adequado, todas as demandas que lhe chegam.

Segundo defende Kazuo Watanabe, é preciso incluir, no âmbito do conceito do acesso à justiça, outros métodos de resolução de conflitos, tendo-se como fim último o acesso ao que se chamou de “ordem jurídica justa” (WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e Processo. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE. Ed. Revista dos Tribunais, p. 128).

(.....)

Sob esses influxos o parlamento brasileiro aprovou diversas normas voltadas à resolução não judicial de conflitos, a exemplo da Lei 9.307/96 (arbitragem), cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF, da Lei 13.140/15 (mediação) e do próprio Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê, já no capítulo relativo às normas fundamentais do processo civil, o estímulo à conciliação, à mediação e a outros métodos de solução consensual de conflitos (art. 3º, par. 3º) como alternativas eficientes e pacíficas para a resolução de controvérsias.”

A discussão sobre constitucionalidade de procedimentos de excussão de garantias pela via extrajudicial não é nova no STF, já tendo sido enfrentada em julgamentos que versavam sobre o Decreto-Lei 70/66⁴⁷¹, que previa a execução

⁴⁷⁰ RE 860.631, Recurso Ordinário com repercussão geral que ensejou a edição do Tema 982, Rel. Min. Luiz Fux. Tema 982. “É constitucional o procedimento da Lei 9.514/97 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal.”

⁴⁷¹ EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI n. 70/66, CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido. (RE 223.075, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 5/11/98.

extrajudicial da hipoteca como uma faculdade do credor e da Lei 9.514/97 que trata da alienação fiduciária de bens imóveis⁴⁷²

Na essência, o entendimento da Suprema Corte está centrado na possibilidade, a qualquer tempo, da parte ir ao Poder Judiciário requerendo o controle de legalidade dos atos praticados extrajudicialmente. O fato de se percorrer um procedimento administrativo, realizado fora do âmbito da jurisdição estatal, não obsta o acesso ao Poder Judiciário para dirimir controvérsias ou reprimir eventuais ilegalidades no curso do procedimento extrajudicial.

Ademais, os procedimentos de execução extrajudicial de garantias possuem atos concatenados, etapas graduais para a prática dos atos, que asseguram a concretização do devido processo legal, ainda que em fase extrajudicial.

Havendo ameaça de violação de direitos de qualquer das partes envolvidas no procedimento extrajudicial sempre o Poder Judiciário poderá ser acionado, preservando-se assim a inafastabilidade da jurisdição, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Mas existe ainda uma questão jurídica relevante quando do exame dos dispositivos relacionados à busca e apreensão extrajudicial de bem móvel objeto de garantia fiduciária, trazida nos artigos 8º-B, 8º-C, 8º-D e 8º-E do Decreto-Lei nº 911/69, e que rebate a alegação de ofensa do direito de propriedade previsto no texto constitucional, e essa questão se refere à natureza da alienação fiduciária em si, qual seja, trata-se de venda com escopo de garantia.

Vale dizer que, no ato da constituição da garantia fiduciária o devedor fiduciante transfere, por ato voluntário, a propriedade do bem objeto da garantia ao credor fiduciário. Portanto, o credor fiduciário é o titular do direito real de propriedade sobre esse bem.

No momento da inadimplência, o que esse credor faz é exercer seu direito de proprietário (execução de bem próprio) e se valer dos meios legais, agora com a faculdade da via extrajudicial, para exercer seu direito de propriedade sobre esse bem.

Na declaração da conformidade do texto da Lei 14.711/23 com a Constituição Federal, decidiu o STF, no julgamento das 3 (três) ADIs tratadas neste capítulo, que devem “*ser adotadas as devidas cautelas para evitar graves violações aos direitos fundamentais do devedor, o que determina a necessidade de se conferir interpretação conforme à Constituição de 1988 à norma em tela*”.

⁴⁷² Tema 982 do STF, de relatoria do Min. Luiz Fux, Recurso extraordinário em que se discutiu, à luz do art. 5º, incs. XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição da República, a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial, previsto na Lei n. 9.514/1997, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário – SFI. Tese definida: “É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”.

Importantes fundamentos foram trazidos pelo Min. Dias Toffoli na motivação do V. Acórdão, decidido por maioria:

“Entendo que os parágrafos 1º, 2º, 3º, 6º, 8º, 9º, 10º e 11 do art. 8-C não necessitam de interpretação conforme, por tratarem de questões cartorárias e burocráticas da busca e apreensão. O parágrafo 11, especificamente, apenas explicita a garantia fundamental – decorrente da Constituição de 1988 – de uso do processo judicial pelo devedor fiduciante se julgar necessário. Os parágrafos 4º, 5º e 7º, diferentemente, tratam de atos concretos para a apreensão do bem, não havendo, nesses dispositivos, clareza quanto (i) aos limites da atuação do credor ou dos terceiros mandatários, que podem ser empresas especializadas, na realização de diligências na localização do bem (§§ 4º e 5º), e quanto (ii) aos limites do ato de apreensão do bem realizado pelo oficial da serventia extrajudicial (§ 7º, expressão “apreendido o bem pelo oficial da serventia extrajudicial”).

Vale recapitular, conforme já mencionado, que o procedimento de busca e apreensão extrajudicial tem por premissa a ausência de entrega ou disponibilização voluntária do bem móvel após a consolidação da propriedade (art. 8 – C). (...)

*Assim, nas diligências de localização do bem móvel e no ato de sua apreensão devem ser assegurados: i) os **direitos à vida privada, à honra e à imagem do devedor**, sendo vedado, por exemplo, atos de perseguição dos executados e de seus familiares pelo credor, por empresa especializada ou por agente cartorário; ii) a **inviolabilidade do sigilo de dados**, devendo ser utilizados para a localização e a apreensão do bem somente dados públicos ou disponibilizadas pelo devedor, não podendo ser obtidas por meios ilícitos; iii) a **vedação ao uso privado de violência**, sob pena dos executores da medida incorrerem em fato tipificado como crime; iv) a **inviolabilidade do domicílio**, evitando-se a devassa do domicílio e respeitando-se a reserva de jurisdição prevista no art. 5. inciso XI da CF/88; V) a **dignidade da pessoa humana**, cabendo ao credor, às empresas especializadas e aos agentes cartorários atuar com cordialidade, e vi) a **autonomia de vontade**, estando terminantemente proibido o uso da força física ou psicológica por particulares ou agentes cartorários no intuito de constranger o devedor à entrega imediata do bem.”*

Sob essas razões o STF conferiu interpretação conforme à Constituição de 1988 aos §§ 4º, 5º e 7º (expressão “apreendido o bem pelo oficial da serventia judicial”) do art. 8º – C do DL 911/69, com a redação conferida pela Lei 14.711/23, declarando constitucionais esses dispositivos, mas ressaltando expressamente na parte dispositiva do julgado que nas diligências para a localização do bem móvel dado em garantia de alienação fiduciária e sua apreensão, devem ser assegurados os direitos (i) à vida privada, (ii) à honra e à imagem do devedor.

No mesmo sentido, o STF declarou constitucionais todos os procedimentos instituídos pela Lei 14.711/69, abrangendo a declaração de constitucionalidade não apenas a consolidação de propriedade em contratos de alienação fiduciária de bens móveis como também os atos de execução extrajudicial dos créditos garantidos por hipoteca e de execução da garantia imobiliária em curso de credores.

6. CONCLUSÕES

O foco central da modernização do sistema de garantias no Brasil, preconizado pela Lei 14.711/23, teve suas premissas assentadas na desjudicialização do exercício do direito real de garantia, pela ótica do credor.

O sentido desse feixe de mudanças foi o de estimular o crédito no Brasil, e em assim agindo incrementar o crescimento econômico com a criação de um sistema jurídico sem as inconveniências conhecidas até então.

Dentro desse rol de aprimoramentos de garantias, o novo “marco legal de garantias” promoveu:

- (a) mudanças relevantes na alienação fiduciária sobre bens imóveis, implementando alterações na Lei 9.514/97;
- (b) criou a figura do contrato de administração fiduciária de garantias, com a inclusão do art. 853-A no Código Civil e introduzindo a figura do agente de garantias, um terceiro que atuará em nome próprio, mas no interesse de terceiros, dos credores beneficiários da garantia, inclusive com legitimação extraordinária para atuação em juízo;
- (c) introduziu no direito positivo brasileiro a faculdade de execução extrajudicial dos créditos garantidos por hipoteca, em procedimento semelhante ao já existente para a alienação fiduciária de imóvel, guardadas as diferenças entre esses institutos (alienação fiduciária e hipoteca);
- (d) promoveu alterações no DL 911/69 para permitir, sob determinados requisitos, a busca e apreensão extrajudicial do bem móvel dado em garantia fiduciária, alteração sobre a qual se concentrou o objeto de estudo deste artigo.

Dito isso, constata-se que as diretrizes de efetividade e aumento de eficiência das garantias visaram reduzir a insegurança jurídica e o “tempo do processo”.

Entretanto, todas essas novas sistemáticas, relacionadas a alienação fiduciária sobre imóveis, hipoteca e à busca e apreensão extrajudicial, tangenciaram preceitos constitucionais, sendo desafiadas por ações diretas de inconstitucionalidade.

O STF, sopesando os valores constitucionais em conjugação com a adoção de uma justiça “multiportas”, conferiu aos dispositivos da Lei 14.711/23 interpretação conforme à Constituição, com o destaque do respeito mandatório aos direitos à vida privada, à honra e à imagem do devedor, a inviolabilidade do sigilo de dados, a vedação ao uso privado da violência, a inviolabilidade do domicílio, a dignidade da pessoa humana e a autonomia de vontade.

Conclui-se, a partir deste julgamento do STF, que as formas de execução extrajudicial de garantias trazidas na Lei 14.711/23 convocam os operadores do direito a uma nova interpretação dos preceitos constitucionais relacionados.

Essa nova visão deve estar centrada no equilíbrio entre a proteção às cláusulas constitucionais de reserva de jurisdição, as formas de acesso à justiça como elemento de pacificação social, a preservação de direitos fundamentais dos devedores de obrigações sujeitas a esses procedimentos extrajudiciais e, de outro lado, a efetividade e celeridade na satisfação dos direitos dos credores pelos riscos assumidos, a necessidade de se retirar do Poder Judiciário a prática de determinados atos ordinatórios com redução da presença do juiz, dinamizando os mecanismos de solução de crises nas relações de direito material e reservando ao Poder Judiciário as controvérsias, as pretensões resistidas, que realmente demandem a substituição da vontade das partes pelo caráter imperativo da jurisdição.

O controle de legalidade dos atos praticados extrajudicialmente poderá ser exercido a qualquer momento pelo Poder Judiciário, mediante provocação da parte interessada, e isso compatibiliza esses procedimentos, que possuem um devido processo legal administrativo, com a cláusula geral de reserva de jurisdição presente em diversos incisos do art. 5º do texto constitucional, indicados no correr do texto.

Tratando em especial da busca e apreensão extrajudicial, o denominado “marco legal de garantias” lhe conferiu uma dimensão distinta, de vanguarda, mas que não pode se afastar do atendimento aos preceitos constitucionais relacionados aos direitos fundamentais do cidadão, como decidiu o STF.

São os ares do direito para o Século XXI que alcançam o ordenamento jurídico brasileiro com novas tendências, racionalizando o acesso ao Poder Judiciário com métodos inovadores de solução de conflitos.

São Paulo, outubro de 2025.

Marcio Calil de Assumpção.

Advogado, Mestre em Direito pela Universidade Mackenzie, Membro do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo e de suas Comissões de Direito Bancário e Recuperação e Falência, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Ex-Presidente da Comissão Especial de Direito Bancário da Seccional de São Paulo da OAB/SP, nas gestões de 2013/2015 e 2016/2018.

7. BIBLIOGRAFIA

ASSUMPÇÃO, Marcio Calil de, Ação de Busca e Apreensão, São Paulo, Atlas, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro, Acesso à Justiça, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.

CHALHUB, Melhim Namem, *Negócio Fiduciário*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia, *Código de Processo Civil Comentado*, Thompson Reuters, São Paulo, 2021.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2008.

NETO, Francisco dos Santos Amaral, *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*, *Revista de Direito Civil*, Vol. 22.

NETO, Paulo Restiffe e Paulo Sérgio Restiffe, *Garantia Fiduciária*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Elias de e Flávio Tartuce, *Lei das Garantias*, Forense, Rio de Janeiro, 2024.

VASCONCELOS, Pedro Pais, *Contratos atípicos*, p. 264, *Coleção Teses*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

AS SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONTROVÉRSIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – VISÃO GERAL E ALGUMAS APLICAÇÕES DA *EXTRAJUDICIALIZAÇÃO* DO DIREITO PRIVADO

Flávio Tartuce⁴⁷³
Maurício Bunazar⁴⁷⁴

1. PRIMEIRAS PALAVRAS.

A *extrajudicialização* é o fenômeno social pelo qual questões de fato e de Direito que antes somente poderiam ser resolvidas por juiz de direito estatal passam a poder, a critério dos interessados, ser resolvidas por órgão estranho ao Poder Judiciário.

O fenômeno da *extrajudicialização* tem inúmeras causas prováveis, e muito dificilmente se poderá afirmar com algum grau de certeza quais as mais relevantes. Entre elas pode-se apontar o incremento do acesso à Justiça, o maior grau de instrução da população brasileira, o assoberbamento do Poder Judiciário – que, por si, é causa de demora e de ineficácia na prestação jurisdicional em muitas situações –, a criação por lei de seus mecanismos e a ampla divulgação de alternativas ao poder estatal, a chamada *justiça multiportas*.

⁴⁷³ Pós-Doutor e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor Titular Permanente e Coordenador do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Relator-Geral da Comissão de Juristas nomeada no Senado Federal, para a Reforma do Código Civil. Advogado em São Paulo, Parecerista, Árbitro e Consultor Jurídico.

⁴⁷⁴ Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Civil pela USP. Professor Titular Permanente do Programa de do Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor de Direito Civil da Faculdade Presbiteriana Mackenzie. Membro Consultor da Comissão de Juristas nomeada no Senado Federal, para a Reforma do Código Civil. Advogado em São Paulo.

Como escreveu o primeiro autor deste texto, ao lado do Ministro Luís Felipe Salomão, “é bem de ver que, no segundo pós-guerra, surgiram inúmeros debates sobre as formas de democratização de acesso à Justiça em todo o mundo. É imprescindível, porém, que analisemos os métodos mais adequados para fazer com que o litígio não só ingresse no sistema de Justiça, mas efetivamente possa também sair dele, porque não adianta abriremos portas e mais portas se não conseguimos fechá-las”.⁴⁷⁵

A extrajudicialização, no Brasil, tem característica marcante, qual seja ela nunca é impositiva, ou seja, sempre caberá ao interessado optar entre a via judicial ou extrajudicial. Essa constatação decorre do que se convencionou chamar princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, expresso pelo texto do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Esse dispositivo constitucional, para além da sua importância evidente, tem caráter de *profissão de fé* no Estado Democrático de Direito. Isso porque o § 4º do artigo 150 da Constituição Federal de 1967 dispunha que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, mas a então Emenda Constitucional n. 1 de 1969, uma verdadeira Constituição que fundou nova ordem jurídica, após a Emenda Constitucional n. 7 de 1977, imprimiu-lhe a seguinte redação: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

Essa alteração, inegavelmente prestigiadora do Poder Executivo em detrimento do Poder Judiciário, foi abandonada pela Constituição Federal de 1988, de modo que, com alguma segurança, pode-se afirmar que eventual determinação legal de exaurimento de vias administrativas ou extrajudiciais como condição para que se configure o interesse de agir em juízo será inconstitucional.

Importante notar, entretanto, que o imperativo constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário dirige-se ao legislador em sua função típica – Poder Legislativo –, ou atípica – função legiferante exercida pelos Poderes Executivo e Judiciário –, e não ao particular.

Nesse contexto, o particular, desde que presentes alguns requisitos como a disponibilidade do interesse jurídico em questão, a capacidade civil dos envolvidos e a simetria econômica e técnica entre eles, é livre para escolher caminhos prévios à jurisdição estatal, por meio da mediação, da conciliação e da comitês

⁴⁷⁵ SALOMÃO, Luís Felipe; TARTUCE, Flavio. *A extrajudicialização e seus novos desafios*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/direito-civil-atual-extrajudicializacao-novos-desafios/>. Acesso em 26 de fevereiro de 2025.

de resolução de disputas, ou mesmo renunciar definitivamente a ele, pela arbitragem, que pretendemos analisar neste texto, sobretudo nas suas aplicações para o Direito Privado.

Vale a advertência final no sentido de que a extrajudicialização não é fenômeno restrito a esse campo do Direito. São cada vez mais comuns arbitragens envolvendo o Direito Administrativo e há a tendência de, como já é em Portugal, ser admitida a arbitragem para resolução de questões tributárias.

2. A EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Estruturado a partir do princípio da autonomia privada, o Direito Privado é o campo mais propício para a *extrajudicialização*, mas é necessário ter em vista que o Direito Privado não é um universal homogêneo, ao contrário, é composto por grupos e subgrupos em que há variação do *quantum* de autonomia privada.

O Direito Privado é composto, pelo menos, pelo Direito Civil, pelo Direito do Trabalho e pelo Direito do Consumidor. Neste, há exemplos importantes de extrajudicialização, como os “feirões de negociação”, as conciliações e intervenções do PROCON e a possibilidade de utilização da arbitragem, desde que não seja imposta compulsoriamente ao consumidor, por exemplo, uma vez que o art. 5º, inc. VII, da Lei n. 8.078/1990 prevê a nulidade absoluta das cláusulas contratuais que determinem a utilização compulsória de arbitragem.

O Direito do Trabalho, historicamente refratário a iniciativas de resolução negociada de conflitos, passou a admitir a arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo a resolução de contratos de empregados cujo salário seja igual ou superior a duas vezes o *teto* do INSS. Consoante o art. 507-A da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, que instituiu a *Reforma Trabalhista*, “nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Com relação ao Direito Civil, e cingindo-nos exclusivamente ao ambiente normativo do Código Civil, há três subgrupos em que há variação na possibilidade de clausular soluções extrajudiciais de conflitos.

Em se tratando de contratações por adesão – cujo regime jurídico é composto pelos arts. 423 e 424 do Código Civil –, qualquer cláusula que imponha ao aderente a necessidade de recorrer à conciliação, à mediação ou a arbitragem será nula de pleno direito porque implicará não só renúncia a direito inerente a natureza do contrato, mas fundamentalmente renúncia ao acesso ao Poder Judiciário.

De todo modo, a partir da entrada em vigor da Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), o legislador explicitou distinção que já era amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, a saber a que há entre partes que celebram contratos em que há paridade, mas não há simetria.

A redação original do Código Civil partiu da premissa segundo a qual o fato de as partes terem a possibilidade de negociar o conteúdo do contrato é suficiente para garantir nível ótimo de autonomia privada a elas. No entanto, a doutrina e a jurisprudência, instados a analisar as situações concretas, reiteradamente se aperceberam de que a paridade contratual não era suficiente para eliminar distorções econômicas e, principalmente, informacionais.

A partir dessa constatação, o novel legislador, no artigo 421-A do Código Civil, estabeleceu a presunção relativa segundo a qual os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até o momento em que se evidenciem elementos concretos que afastem a presunção.

Disso decorre que as cláusulas que imponham conciliação ou mediação prévias ao ajuizamento de ação ou imponham o juízo arbitral em contratos por adesão tendem a ser declaradas nulas de pleno direito.

Em se tratando, porém, de contratos paritários, ainda que não simétricos, as cláusulas que imponham a conciliação ou a mediação prévias ao ajuizamento de ação judicial tendem a ser consideradas válidas.

Não obstante, em se tratando de cláusula que estabeleça a arbitragem, a assimetria entre as partes, principalmente a técnica e a econômica, não raramente costuma levar o julgador a colocar em xeque a própria paridade, mormente quando a cláusula, por si só, indicia o desequilíbrio, como a que atribui a uma das partes a escolha do árbitro ou o ônus financeiro da instauração do Tribunal Arbitral.

Em casos como esses, a cláusula arbitral pode vir a ser qualificada como *patológica* e, consequentemente, afastada pelo Poder Judiciário. A esse propósito, merece ser citado importante precedente da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. (...). O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral” (STJ, REsp n. 1.602.076/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 30/9/2016).

Por outra via, em se tratando de contratos paritários e simétricos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, bastará que sejam observadas as regras formais previstas na Lei n. 9.307/96 para que a cláusula arbitral seja

considerada plenamente válida e eficaz, com destaque para o que está previsto no seu art. 4º.⁴⁷⁶

Vê-se, portanto, que, mesmo no Direito Privado, a validade e eficácia das cláusulas que estabeleçam previamente medidas de extrajudicialização dependem da análise em concreto do negócio jurídico celebrado entre as partes.

3. VISÃO GERAL SOBRE AS SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DAS CONTROVÉRSIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A tradicional distinção entre direito substancial e direito formal – a demarcar o direito material do processual –, não é hoje suficiente para explicar a natureza jurídica de direitos como os fundamentais ao contraditório e à ampla defesa.

O contraditório, enquanto possibilidade efetiva de conhecer e objetar as razões da parte contrária, não é categoria que se compraz com as meras faculdades de *falar* e ser *ouvido* em juízo. Mais do que isso, pressupõe a existência da possibilidade efetiva de influenciar a decisão judicial ou administrativa.

Por essa razão, órgãos como Defensoria Pública e, em alguns casos, Ministério Público, bem como institutos como a gratuidade da justiça acabam por se constituírem em elementos essenciais do direito subjetivo fundamental ao contraditório.

Com relação à ampla defesa, o próprio inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 declara existirem meios e recursos inerentes a ela, ou seja, que se constituem como seus elementos essenciais e que, em faltando no caso concreto, permitem afirmar ter sido violado o direito subjetivo fundamental à ampla defesa.

Quando o Direito Privado é debatido em juízo, cabe fundamentalmente ao Código de Processo Civil fornecer as regras procedimentais que fazem efetivos os direitos subjetivos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, daí quase sempre serem cogentes as normas processuais.

A opção das partes por solucionar o conflito mediante conciliação, mediação ou arbitragem não implica renúncia àqueles direitos subjetivos fundamentais e, por essa razão, contam com rigoroso regime jurídico previsto no CPC e

⁴⁷⁶ Lei n. 9.307/1996. “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

na legislação extraordinária, designadamente Leis n. 9.307/96 (*Lei da Arbitragem*) e 13.140/2015 (*Lei da Mediação*).

Nesse contexto é que merece destaque, em termos gerais, a novel regra do art. 3º do Código de Processo Civil. Nos termos do seu *caput*, “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Em complemento, o seu § 1º enuncia que “é permitida a arbitragem, na forma da lei”. Já o seu § 2º estabelece que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Por fim, com grande relevo para o presente trabalho, o § 3º do comando, segundo o qual “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Analisar-se-á, ainda que sucintamente, alguns aspectos desse regime jurídico e procurar-se-á apontar como cada uma dessas técnicas já tradicionais de soluções extrajudiciais de conflitos lida com os chamados direitos indisponíveis.

4. DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA LEI N. 13.140/2015.

O Código de Processo Civil trata abundantemente da conciliação e da mediação. Como visto, o seu art. 3º, após reproduzir o texto que exprime o *princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição*, dispõe, em seu § 3º, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Como é cediço, existem entre a conciliação e a mediação diferenças sensíveis de objetivo e, consequentemente, de *procedimento*, entendido aqui como técnica para alcançar determinado fim.

Enquanto a conciliação tem por objetivo principal a obtenção de um acordo que ponha fim à disputa, a mediação busca fundamentalmente restaurar a comunicação entre as partes para que elas possam buscar soluções consensuais. Tanto é assim que o § 2º do artigo 165 do Código de Processo Civil em vigor dispõe que o conciliador atuará preferencialmente quando não houver vínculo anterior entre as partes.⁴⁷⁷

⁴⁷⁷ CPC/2015. “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos

Dessa distinção finalística, decorre importante consequência quanto a que tipo de direitos subjetivos podem ou não ser objeto de conciliação e de mediação.

A conciliação pressupõe que as partes cheguem a um consenso e isso pode ou não implicar concessões recíprocas, as quais somente serão possíveis sobre direitos qualificados como disponíveis. A indisponibilidade de direitos, contudo, é característica que precisa ser compreendida sempre tendo em vista a importante distinção entre o direito subjetivo e seu campo eficaz.

A título de exemplo, é comum que a doutrina e a jurisprudência, acertadamente, reconheçam ao direito aos alimentos a qualidade de indisponível, e é igualmente comum que alimentante e alimentando cheguem, mediante concessões recíprocas, a acordo sobre o valor devido a título de alimentos em sessão de conciliação.

Em se tratando de alimentos, o direito subjetivo é o de ser alimentado por quem tenha o dever de prestar os alimentos. A eficácia deste direito, entretanto, em sendo essencialmente patrimonial, pode ser considerada como disponível. Assim, é perfeitamente possível que o alimentando concorde em receber fração ínfima do que pretendia ou que o alimentante concorde em pagar o dobro do que lhe foi pedido. Ademais, ao credor é dado escolher o rito pelo qual poderá cobrar o que lhe é devido, inclusive escolhendo livremente se postula ou não a prisão do devedor.

Disso decorre que a indisponibilidade *a priori* do direito subjetivo em disputa não impede que haja sessões de conciliação que resultem em acordo, desde que eventual concessão abranja aquilo que de disponível resulte do direito.

Com relação à mediação, o artigo 3º, *caput*, da Lei n. 13.140/2015 dispõe que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.⁴⁷⁸ Pensamos haver contradição, ao menos aparente, no texto. Em sentido técnico, a transação implica concessões mútuas, como está no art. 840 do Código Civil e, portanto, disponibilidade do direito a ser parcialmente concedido.⁴⁷⁹

Na verdade, houve um equívoco do legislador, uma vez que todo direito subjetivo privado em disputa, seja disponível ou não, pode ser objeto de mediação. O que não poderá haver é renúncia total ou parcial a ele.

interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

⁴⁷⁸ Lei n. 13.140/2015. “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

⁴⁷⁹ CC/2002. “Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

Vejamos uma situação concreta, a fim de ilustrar a aplicação dessas afirmações. Em determinada disputa familiar, que envolve divórcio, partilha de vultosa quantia e a guarda de um filho menor de idade com severa deficiência intelectual, sugere-se seja remetida à mediação exclusivamente a questão da guarda do filho.

Cada um dos cônjuges julga-se o mais apto a, tendo o filho em seu domicílio, garantir o melhor interesse da criança. Após quase seis meses de sessões semanais de mediação, ambos chegam à conclusão de que um deles, por diversas razões que nada têm a ver com montante patrimonial, realmente é o mais indicado a ter o menor em seu domicílio, não obstante ser a guarda compartilhada. Essa mediação, conduzida e relatada por profissional da psicologia, é levada a juízo e homologada sem nenhuma resistência pelo Ministério Público e pelo juiz.

Ora, é evidente que o melhor interesse da criança é matéria indisponível. Ninguém suporia válido um acordo obtido em mediação em que ficasse atestado que um dos pais é o mais apto, mas renuncia à companhia do menor em favor do outro em troca de certa propriedade.

Esse exemplo concorre para que se perceba a diferença entre a mediação sobre direitos subjetivos privados indisponíveis e a disponibilidade sobre esses mesmos direitos.

Quanto ao regime jurídico, os artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil disciplinam a conciliação e a mediação e, quanto a esta, há ainda o regime jurídico especial previsto Lei n. 13.140/2015, com já pontuado.

O art. 166 do Código de Processo Civil dispõe que conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade – ou melhor, da autonomia privada -, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, sendo que o artigo 2º da Lei b, 13.140/2015, para além desses, arrola os princípios da isonomia entre as partes, da busca de consenso e da boa-fé.

Em sendo a conciliação e a mediação essencialmente meios de solução extrajudicial de conflito, parece evidente que ambas tenham em mira a busca do consenso, que é antes finalidade que princípio. Quanto à boa-fé, compreendida como dever de agir com lealdade, igualmente é princípio que perpassa toda e qualquer relação jurídica, sendo, pois comuns à mediação e a conciliação. Com se retira do Enunciado n. 132, aprovado na II *Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*, “o princípio da boa-fé objetiva, decorrente da eticidade, aplica-se à mediação”.

A isonomia entre as partes, até mesmo por imperativo constitucional, é princípio comum a toda e qualquer forma de solução de conflitos, seja ela judicial ou extrajudicial. Ademais, o princípio da isonomia entre as partes está contido no princípio da imparcialidade, porque admitir-se a parcialidade do conciliador ou mediador é, para já, afastar a necessária igualdade entre elas.

Visando a garantir essa imparcialidade, o artigo 170 do Código de Processo Civil dispõe que, no caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo, ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

O Estatuto Processual em vigor não arrola quais são as causas de impedimentos dos conciliadores e mediadores, tampouco faz menção à suspeição. O artigo 5º da Lei n. 13.140/2105, contudo, estabelece que se aplicam ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz, conclusão que é inafastável.⁴⁸⁰ E partindo-se da premissa de que o conciliador e o mediador devem contar ou ao menos despertar a confiança das partes, é de se concluir que esse dispositivo também se aplica à conciliação. Aliás, e pela mesma razão, também a Lei de Arbitragem não diferencia causas de impedimento e suspeição do árbitro (art. 14).⁴⁸¹

Finalmente cabe apontar que as partes são livres para estabelecerem procedimentos para as sessões de conciliação e mediação, não obstante o Código de Processo Civil e a Lei 13.140/2015 estabeleçam, subsidiariamente, regras procedimentais bastante minuciosas, sobretudo nos seus arts. 167 a 175.

5. DA ARBITRAGEM NO CÓDIGO CIVIL, NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA LEI N. 9.307/1996. ALGUMAS APLICAÇÕES PRÁTICAS PARA O ÂMBITO DO DIREITO PRIVADO.

Como é notório, o Código Civil de 2002, não trata da arbitragem de forma direta, mas apenas do contrato de compromisso, entre os seus arts. 851 a 853. Quanto ao Código de Processo Civil, o seu art. 3º, aqui antes transcrito, manteve hígida a total incidência da Lei n. 9.307/1996.

⁴⁸⁰ Lei n. 13.140/2015. “Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas”.

⁴⁸¹ Lei n. 9.307/1996. “Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência. § 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando: a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação”.

Nesse contexto, o compromisso é o acordo de vontades por meio do qual as partes, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de seus conflitos de interesse, de cunho patrimonial. O compromisso, assim, é um dos meios jurídicos que pode conduzir à arbitragem.

Nos dizeres de Carlos Alberto Carmona a arbitragem constitui um “meio alternativo de solução de controvérsia através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”.⁴⁸² Para o jurista, a *arbitragem é jurisdição*, sendo essa a opção da Lei n 9.307/1996, e o entendimento compartilhado destes autores.

Concluindo desse modo, a assertiva n. 9, publicada na Edição n. 122 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ dedicada à arbitragem (2019): “a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, o que torna possível a existência de conflito de competência entre os juízos estatal e arbitral, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça – STJ o seu julgamento”. São citados como alguns dos precedentes da Corte, a saber: CC 157.099/RJ, 2.^a Seção, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2018, *DJe* 30.10.2018; CC 150.830/PA, 2.^a Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 10.10.2018, *DJe* 16.10.2018; Ag. Int. no CC 156.133/BA, 1.^a Seção, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 22.08.2018, *DJe* 21.09.2018; e Ag.Int. no CC 153498/RJ, 2.^a Seção, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 23.05.2018, *DJe* 14.06.2018).

Todavia, apesar desse reconhecimento da arbitragem como jurisdição, não se pode esquecer que “o árbitro não possui poder coercitivo direto, sendo-lhe vedada a prática de atos executivos, cabendo ao Poder Judiciário a execução forçada do direito reconhecido na sentença arbitral” (Tese n. 7, constante da mesma publicação).

Conforme assinala a doutrina civilista contemporânea, o conceito de compromisso é mais amplo do que o de arbitragem, pois, por meio do primeiro, as partes se remetem à segunda, para a solução de suas contendas.⁴⁸³ Em suma, a partir da doutrina aqui citada, pode-se dizer que o compromisso é contrato, a arbitragem é jurisdição; o compromisso é um contrato que gera efeitos processuais.

Sendo contrato, diante da mudança de tratamento dada pela codificação de 2002, o compromisso está regido pelo princípio da autonomia privada, que vem a ser o direito que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses.

Consoante prevê o art. 852 do Código Civil, a arbitragem restringe-se somente a *direitos patrimoniais disponíveis*, não podendo atingir os direitos da perso-

⁴⁸² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei 9.307/1996. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 51.

⁴⁸³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, t. II, p. 211.

nalidade ou inerentes à dignidade da pessoa humana. Também não podem ter como conteúdo a solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial, como antes apontado.

A esse propósito, superando-se o debate que foi inaugurado na *I Jornada*, aprovou-se o Enunciado n. 96 na *II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*, em agosto de 2021, *in verbis*: é “válida a inserção da cláusula compromissória em pacto antenupcial e em contrato de união estável”. Apesar de certas resistências doutrinárias – pelo fato de ser difícil a separação absoluta de interesses puramente patrimoniais nas disputas de família –, não se pode negar que o enunciado representa um passo adiante na concreção prática da arbitragem, para o Direito de Família.

Em complemento, existem debates sobre a forma como a cláusula compromissória foi inserida em tais contratos, notadamente se houve ou não imposição de um dos consortes ao outro, sobretudo nas hipóteses fáticas em que há disparidade econômica entre eles. Também existem resistências quanto à própria funcionalidade de arbitragem, pois podem surgir, em meio ao procedimento, debates de questões existenciais, muito além do patrimônio puro das partes.

Também como já ficou claro, não se pode confundir a *arbitragem com a mediação*. Na arbitragem, os árbitros nomeados decidem questões relativas a uma obrigação de cunho patrimonial. Na mediação, os mediadores buscam a facilitação do *diálogo* entre as partes para que elas mesmas se componham.

Seguindo com a análise das regras previstas no Código Civil, o seu art. 851 admite duas formas de compromisso arbitral, o *judicial* e o *extrajudicial*. O compromisso judicial é aquele celebrado na pendência da lide (*endoprocessual*), por termo nos autos, o que faz cessar as funções do juiz togado. O compromisso extrajudicial, por sua vez, está presente nas hipóteses em que ainda não foi ajuizada a ação (*extraprocessual*), podendo ser celebrado por escritura pública ou escrito particular a ser assinado pelas partes e por duas testemunhas.

O art. 853 do Código Civil consagra a possibilidade da *cláusula compromissória*, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida pela Lei 9.307/1996. Nesse sentido, o seu art. 4.º, aqui antes transcrito, dispõe que a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Essa cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Em regra, a referida cláusula vincula as partes, sendo obrigatória, diante do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Ratificando essa afirmação de vinculação, a assertiva n. 2 publicada na Edição n. 122 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ (2019): “uma vez expressada a vontade de estatuir, em contrato, cláusula compromissória ampla, a sua destituição deve vir através de igual

declaração expressa das partes, não servindo, para tanto, mera alusão a atos ou a acordos que não tenham o condão de afastar a convenção das partes”.

Entretanto, estatui o antes comentado art. 51, inc. VII, do CDC que, nos contratos de consumo, será nula por abusividade a cláusula que impõe a utilização compulsória da arbitragem.

Consigne-se que havia proposta de inclusão da possibilidade do uso da arbitragem para solução de contendas consumeristas, por meio do projeto convertido na Lei 13.129/2015, o que acabou sendo vetado. A projeção visava a acrescentar um § 3.º no art. 4.º da Lei 9.307/1996, com a seguinte redação: “na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição”.

Conforme as razões do veto, “da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia, e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor”.

Não se pode negar que essa inclusão poderia representar retrocesso na proteção dos consumidores perante o mercado, afastando a tutela efetiva consagrada pelo art. 6.º, inciso VIII, da Lei 8.078/1990. De toda sorte, não se pode negar a viabilidade de se admitir a arbitragem em matéria de consumo em se tratando de pessoa jurídica consumidora e sendo dela a iniciativa de instauração da arbitragem.

A propósito desse tema, cumpre anotar que, não obstante o veto à proposta de alteração legislativa, julgado do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2016, admitiu a instauração de arbitragem em conflito de consumo, sendo do consumidor a iniciativa de início do painel arbitral. Conforme trecho de sua ementa, “não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4.º, § 2.º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que se entende que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção. (...). Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou

ratificar expressamente com a instituição” (STJ, REsp 1.189.050/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2016).

Em 2018, surgiu outro julgado a ser destacado, que confirma essas afirmações, no sentido de que “o art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral”. Porém, na situação julgada, a arbitragem foi afastada, pois, “na hipótese sob julgamento, a atitude da recorrente (consumidora) de promover o ajuizamento da ação principal perante o juízo estatal evidencia, ainda que de forma implícita, a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, inc. VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória” (STJ, REsp 1.628.819/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.02.2018, *DJe* 15.03.2018).

De 2019, na Edição n. 122 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* da Corte, dedicada à arbitragem, publicou-se a afirmação n. 11, preceituando que “a legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso entre as partes, seja instaurado o procedimento arbitral”. Os dois acórdãos transcritos são citados como precedentes, ao lado de outros (STJ, Ag. Int. no AREsp 1.192.648/GO, 2.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 27.11.2018, *DJe* 04.12.2018; e Ag. Int. no AREsp 1.152.469/GO, 4.^a Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 08.05.2018, *DJe* 18.05.2018).

No âmbito da doutrina, na *II Jornada de Solução e Prevenção Extrajudicial dos Litígios*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2021, aprovou-se o Enunciado n. 103, segundo o qual “é admissível a implementação da arbitragem *on-line* na resolução dos conflitos de consumo, respeitada a vontade do consumidor e observada sua vulnerabilidade e compreensão dos termos do procedimento, como forma de promoção de acesso à justiça”. Assim, esse entendimento, na atualidade, é considerando como majoritário, na doutrina e na jurisprudência, sendo possível a arbitragem de consumo.

Vale lembrar, pela sua relevância, que no que se refere aos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula (art. 4.^o, § 2.^o, da Lei 9.307/1996). Como visto, a jurisprudência superior tem considerado como *patológica* (STJ, REsp 1.602.076/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.09.2016, *DJe* 30.09.2016).

Para encerrar a temática, anotamos que o Projeto de Reforma do Código Civil, elaborado pela Comissão de Juristas nomeada no Senado Federal e do

qual participamos, traz propostas para alinhar o seu texto à Lei de Arbitragem, na linha do entendimento hoje majoritário.

Sugere-se, assim e de início, a adequação do seu art. 851 ao texto do art. 1º da Lei de Arbitragem, com menção aos direitos patrimoniais disponíveis, e passando o dispositivo civil a prever que “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas que podem contratar”.

Com o mesmo propósito, sugere-se um *espelhamento* do art. 852 do Código Civil ao art. 1º da Lei de Arbitragem, para que passe a mencionar os direitos patrimoniais indisponíveis, da seguinte forma: “são vedados compromisso e cláusula compromissória para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que sejam relativas a direitos patrimoniais indisponíveis”. Isso evita confusões entre a interpretação do que sejam questões que “não tenham caráter estritamente patrimonial” e os “direitos patrimoniais indisponíveis”, uma vez que nem sempre há coincidência conceitual entre as duas definições.

Por fim, propõe-se que o art. 853 passe a mencionar também o compromisso, seja judicial, seja extrajudicial, da seguinte forma: “são admitidos, nos negócios jurídicos em geral, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, judicial ou extrajudicial, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”. A adequação, portanto, se dá aqui em relação ao art. 3º da Lei n. 9.307/1996, *in verbis*: “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

Também há a substituição do termo “contratos” por “negócios jurídicos”, pois a arbitragem pode envolver outras situações jurídicas que não sejam estritamente contratuais, como nas situações que envolvem direitos reais de gozo ou fruição, como a superfície, e direitos reais de garantia, como a hipoteca e a alienação fiduciária em garantia.

As aprovações dos textos propostos pelo Parlamento Brasileiro, como e pode perceber e em prol da segurança jurídica, são fundamentais

REFERÊNCIAS.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei 9.307/1996. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, t. II.

SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio. *A extrajudicialização e seus novos desafios*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/direito-civil-atual-extrajudicializacao-novos-desafios/>. Acesso em 26 de fevereiro de 2025.

TARTUCE, Flavio. *Direito Civil*. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. v. III.

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E DIREITO DE FAMÍLIA

Ferdinando Scremin Neto⁴⁸⁴

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira⁴⁸⁵

INTRODUÇÃO

O sistema de negócios jurídicos processuais atribui às partes a faculdade de estabelecerem modificações no rito procedimental, ajustando-o às especificidades da causa no que tange à distribuição de ônus, poderes, faculdades e deveres

⁴⁸⁴ Juiz de Direito no Paraná. É professor em cursos preparatórios a carreiras públicas e jurídicas junto ao grupo YDUQS, docente da pós-graduação *latu sensu* em Direito Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso – FESMP/MT; professor da pós-graduação *latu sensu* em direito aplicado da EMAP e da graduação em direito processual civil e penal na Faculdade UNIGUAÇU. É pós-graduado em direito aplicado pela EMAP, mestre em direito processual e cidadania pela UNIPAR e doutorando em Função Social do Direito (FADISP) e Direito Empresarial (UNINOVE). Foi Juiz de Direito em Alagoas, tendo sido aprovado também concurso da Magistratura do Estado de São Paulo (184). Foi também Delegado de Polícia em Mato Grosso, Analista Processual do MPU e Técnico Judiciário do TRF-4. Autor das obras: Tutela de urgência e processo estrutural (ed. Dialética) e Direito Administrativo, da coleção Amo Direito (ed. Rideel).

⁴⁸⁵ Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professora titular do PPGD da Universidade de Marília – UNIMAR e do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. Docente da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso – FESMP-MT. Membro efetivo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI; do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. Realizou estudos de Direito Comparado na Universidade Autônoma do México; Universidade Urbaniana – Vaticano; Universidade de Paris – Sorbonne, Universidade de Tel Aviv e Universidade de Londres. Experiência na área do Direito, especializada em Direito Negocial, Direito de Empresa, Direito de Família, Hermenêutica Jurídica. Autora de obras e artigos jurídicos. Advogada e sócia-fundadora do escritório Borges Ferreira Advogados Associados.

processuais, de modo a constituir-se importante instrumento de consensualidade no âmbito do processo civil.

É evidente que a liberdade das partes está condicionada ao cumprimento das normas de ordem pública, razão pela o juiz controlará a validade das convenções, recusando-lhes aplicação em situações específicas tratadas na legislação e jurisprudência.

O tema ganha ares de complexidade ao ser inserido na temática do direito de família, seara permeada de normas de ordem pública à luz dos interesses indisponíveis trazidos a Juízo pelas partes.

O presente estudo tem por objeto a análise crítica da necessidade da expansão dos negócios jurídicos processuais no direito de família, respeitados limites e agregando considerações acerca da indispensabilidade da pacificação dos conflitos em área tão sensível.

A autocomposição tem lugar não apenas quanto aos direitos disponíveis, mas também relativamente aos direitos e interesses indisponíveis que permitem transação, a exemplo dos direitos de imagem, doação de órgãos e tecidos para fins de transplante, créditos tributários e alimentos.

No campo processual, a seu turno, a flexibilidade instrumental deve ser ainda mais consentânea aos objetivos de reconstrução das relações jurídicas abaladas, ainda que do processo a tutela pretendida seja disruptiva, a exemplo da decretação do divórcio, a execução de alimentos, a petição de herança, o reconhecimento litigioso do estado de filiação.

A problematização enfrentada centraliza a articulação entre direitos materiais indisponíveis que permitem transação e o negócio jurídico processual. Acrescente-se a indispensável interpretação jurídica fundada nos princípios e regras e nas necessidades das famílias em busca de composição dos interesses em conflito, considerando a flexibilidade instrumental autorizada pela regra do Art. 190 do Código de Processo Civil de 2015.

A pesquisa pautou-se pelo método indutivo, seguido do método axiológico e da análise crítica. A pesquisa na legislação, na bibliografia e na jurisprudência completaram a base investigativa.

Compreender as nuances dos negócios jurídicos processuais no direito de família é, portanto, antes de tudo uma necessidade do dia a dia. Balizar as normas cogentes, as indisponibilidades de direitos, de um lado, e a flexibilização procedimental de outro é missão desafiadora, mas necessária, e o presente artigo se propõe a fazê-lo.

2. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O negócio jurídico processual consiste no fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fi-

xados no próprio ordenamento jurídico, certas situações processuais ou alterar o procedimento (SANTOS, Silva, 2020). Classifica-se em negócios processuais típicos, quando previstos em lei, e atípicos, nas hipóteses do Artigo 190 do Código de Processo Civil.

A expressão “negócios jurídicos processuais” pode ser empregada com igual exegese para as expressões acordos ou convenções processuais, na medida em que traduzem estas, ao menos em princípio, de interesses convergentes das partes.

Por ocasião do julgamento do REsp nº 1.810.444 – SP, verdadeiro *leading case* a respeito do tema negócios jurídicos processuais, reafirmou o STJ o postulado da limitação à liberdade negocial, sujeita que é às normas de ordem pública e aos princípios impostos pelo Estado Democrático de Direito.

Restou evidente a necessidade de imposição de limites às partes quanto ao manejo do instituto, o qual, embora saudável e necessário, está sujeito a controle de validade quanto ao sentido e alcance das normas, eis que o processo não pode ser distorcido tampouco manietado pelas partes.

De fato, em que pese o moderno direito processual preveja que o processo serve às partes, titulares das pretensões deduzidas em Juízo, a arena processual não pode ser vista como campo de batalha, na medida em que há inúmeras normas de ordem pública que precisam ser respeitadas, quer de direito material, quer de matiz procedimental.

É possível antever, de plano, que o direito de família sujeita-se a esse aspecto limitativo bifronte: inúmeras normas de direito material que impedem, à guisa de exemplo, a impossibilidade de renúncia ao direito de requerer alimentos, as normas cogentes inerentes ao casamento civil e sua dissolução, ao regime de bens e no campo sucessório às proibições quanto à herança de pessoa viva (*pacta corvina*).

Ainda assim a própria jurisprudência tem avançado ao ampliar os espectros consensualistas nessa seara. Veja-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à flexibilização da escolha do regime de bens pelos nubentes, ainda que idosos⁴⁸⁶.

De fato, por ocasião do julgamento do recurso de agravo em recurso extraordinário (ARE 1.309.642/SP), o STF, em repercussão geral (tema 1236), fixou em Sessão Extraordinária de 1º de fevereiro de 2024 a seguinte tese: *nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública.*

⁴⁸⁶ Recentemente o Plenário do STF definiu, por unanimidade, que o regime obrigatório de separação de bens, previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública.

A norma civilista relativizada pelo Pretório Excelso, ao restringir a autonomia de vontade dos nubentes, buscava proteger a pessoa idosa de casamentos realizados com exclusiva finalidade patrimonial. Prevaleceu, entretanto, vetores como a livre disposição de vontade, o direito à felicidade e à livre constituição familiar.

Ademais, a exegese adotada pelo STF não impede, à toda evidência, o controle judicial quanto aos vícios de vontade eventualmente externados, mas reafirma a prevalência da liberdade contratual em tema sensível e tormentoso: o casamento de pessoas idosas e o regime de bens.

Ora, se até mesmo a exegese do direito material admite flexibilizações, *a fortiori* o direito processual, cuja finalidade precípua é garantir-lhe a plena eficácia.

Deveras, as regras do direito civil não podem ofuscar os preceitos constitucionais dignidade da pessoa humana e da igualdade. O nubente com idade igual ou acima de 70 anos, ao menos de regra, é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. A capacidade é presumida, a incapacidade ou o vício da vontade demandam prova. De modo que não há justificativa plausível para a limitação insculpida no Código Civil.

De igual modo as realidades da vida inerentes aos alimentos. Vezes há em que as negociações tangenciam valores e modos prestacionais. O Direito não pode ignorar as diferentes realidades de um país continental como o Brasil. Há muitas famílias, inúmeras situações que tangenciam a vida agitada das capitais, a pobreza do semiárido nordestino e o ambiente mais pacato dos distantes rincões. A norma material e processual pode e deve ser ajustada sempre que necessário, sem perder de vista as balizas que a sustentam.

Definir o sentido e o alcance da norma exige acurada análise fática. Não só as normas materiais podem ser adaptadas ao caso concreto, mas também as processuais. O ponto nodal não é tanto quanto à possibilidade de ajustes procedimentais às lides, mas sobretudo em relação aos limites, sem descurar da importância inarredável da defesa da liberdade e, também, da igualdade, que são essenciais como âncoras e esteio da justiça social para a família brasileira.

A mudança paradigmática da tutela da forma para a tutela da matéria significou transformação relevante no contexto da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, e especialmente no direito de família.

E nesse sentido o STJ estabeleceu os seguintes requisitos de higidez jurídica ao negócio jurídico processual:

- a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição;
- b) serem partes plenamente capazes;
- c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes;
- d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta.

Ora, se de um lado é certo afirmar que ao Estado-juíz é defeso analisar a conveniência das cláusulas, de igual modo não podem as partes dispor sobre a atuação do juiz nos autos, uma vez que se trata de situação jurídica do magistrado, regrada por normas e princípios de ordem pública, inerentes ao exercício da jurisdição.

Trata-se, aqui, de requisito negativo. Para o STJ, “as funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor”.

À guisa de exemplo, não parece razoável os litigantes preconizarem o prazo da sentença, ou estabelecerem o dia e a hora da audiência em Juízo, ou o direito a ser aplicado na sentença.

Entrementes, a análise judicial é limitada a casos de nulidade, inserção de cláusulas abusivas em contratos de adesão, em que pese, aqui, a aparente contradição do próprio STJ à luz da Súmula 381 (a abusividade em contratos bancários não pode ser reconhecida de ofício pelo julgador), bem como em hipóteses de manifesta vulnerabilidade da parte.

A regra do parágrafo único do art. 190⁴⁸⁷ do CPC é reafirmada na doutrina (MEDINA, 2020): “não podem as partes, em seu negócio processual, criar deveres para o órgão jurisdicional, nem eliminar deveres que a jurisdição estatal tem, na administração da justiça”. Isso porque “a disponibilidade do direito não representa uma carta branca para modular o processo” (CALDAS, 2016).

A razão de ser dessa limitação nos parece dupla: a) a uma porque, se o Juízo não participou da avença, não poderia ser atingido por ela; e b) a duas, na medida em que a jurisdição é função do estado encarregada de julgar as lides, aplicando o Direito, e nessa qualidade, insubordinável ao talante das partes.

Sobressalta-se o viés publicístico do processo. Em que pese os direitos e pretensões toquem às partes, a condução processual é função estatal, apanágio da atuação judicial, até porque o trâmite dos processos segue uma série de normas de ordem pública, dentre elas a ordem de conclusão, as prioridades legais no trâmite das lides, as estabilizações subjetivas e objetivas das demandas, a eficácia e força cogente da sentença e a ordem de produção dos atos processuais.

Com efeito, “o processo ‘é um fenômeno regido pela lei’”, ensina Eduardo Couture (*apud* PAULA, 2018).

⁴⁸⁷ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

As partes podem muito, mas não podem tudo. “Há limites à convenção das partes, portanto, que devem observar as garantias mínimas do processo (...). Segundo pensamos, está-se, no caso, diante de disposições cogentes. (...) Seria inadmissível, p.ex., uma convenção que previsse a possibilidade de prolação de sentença contra qualquer das partes, em ação movida pela outra, independentemente de citação” (MEDINA, 2020).

No caso paradigma julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a cláusula impugnada autorizava o credor a obter bloqueio de ativos do devedor, *inaudita altera parte*, e sem necessidade de prestar garantia. Na ocasião entendeu o STJ que a decisão judicial não pode ser previamente moldada por convenção das partes, pois se trata de matéria procedimental – afeta à análise dos requisitos de cautelaridade no caso concreto, e, portanto, cogente ou de ordem pública, desta feita não titularizada pelos litigantes.

A conclusão é bastante evidente no sentido da impossibilidade de alteração das estruturas processuais por liberalidade das partes. “Não podem as partes dispor a respeito de requisitos processuais indispensáveis” (MEDINA, 2020), do contrário até mesmo o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional estaria ameaçado (art. 5º, XXXV da CF).

As limitações ao direito de disposição no processo informam e limitam a vontade privada. Ainda que a demanda verse direitos patrimoniais disponíveis, há limites para as cláusulas do negócio jurídico processual, notadamente quanto à atuação do juiz e às normas de ordem pública.

Basta ver, doravante, as imbricações do direito de família aos negócios jurídicos processuais.

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E DIREITO DE FAMÍLIA

Considere um traumático processo de divórcio litigioso com pedido de regulamentação de guarda e visitas com pedidos recíprocos de reconhecimento de alienação parental, fixação de alimentos, divisão de patrimônio e indenização por violência doméstica. Seria possível flexibilizar o procedimento a tal ponto de permitir às partes instarem a suspensão do trâmite processual para fins de reconstrução dos vínculos, ainda que limitados ao indispensável convívio decorrente das relações dos genitores com os filhos?

A resposta nos parece afirmativa.

Resolver conflitos é tarefa multidisciplinar que não pode prescindir de ciências tais como a psicologia, o serviço social, a medicina, nem tampouco dispensar terapias de grupo, autoconhecimento ou espiritualidade. O Direito, isoladamente, pode até dirimir conflitos do ponto de vista objetivo, entregan-

do a tutela pleiteada, mas normas jurídicas não reconstroem vínculos dilacerados pela vida.

Até mesmo os sentidos podem enganar, como lembra Fulton J. Sheen, 2024:

O filho pródigo buscava algo de bom para si, algo que fosse capaz de lhe saciar a fome, quando tentou alimentar-se de lavagem; iludiu-se apenas no seu juízo, ao considerar que a lavagem era alimento próprio de um homem. Todos nós estamos na mesma situação precária. Estamos sempre a procurar encher a vida, a mente, o corpo e as nossas casas de “bens”, e nada aceitamos que, na ocasião, não nos pareça ter algo de bom em si. Os nossos juízos, porém, nem sempre são verdadeiros; podemos tomar falsamente um bem aparente por um bem real, e deste modo prejudicar-nos.

A ineficiência da justiça civil e a fuga do processo é fenômeno estudado não apenas no Brasil, mas também na Europa, notadamente na Itália, consoante se infere das lições de Marco Gradi, 2014, *verbis*:

A ineficiência da justiça civil e a fuga do processo é fenômeno estudado não apenas no Brasil, mas também na Europa, notadamente na Itália, consoante se infere das lições de Marco Gradi, 2014, ao preconizar a dupla finalidade da reforma processual italiana *verbis*:

Da un lato, quella di rendere più efficiente e snello il processo di cognizione e il processo esecutivo, al fine di ridurre la convenienza di strategie processuali basate su tattiche ostruzionistiche; dall'altro, quella di disincentivare le parti dal rivolgersi all'autorità giudiziaria, favorendo o talvolta anche imponendo come obbligatorio il ricorso ai mezzi alternativi di composizione della lite⁴⁸⁸.

O incentivo aos métodos alternativos ou consensuais de resolução de litígios, fenômeno lembrado pelo doutrinador italiano, possui relevante experiência no direito de família, seja por via da mediação e da conciliação, incentivadas com o CPC de 2015 por meio dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSCs), seja até mesmo por técnicas controversas, a exemplo das constelações familiares.

Há, de fato, uma plêiade de direitos disponíveis e indisponíveis que admitem a transação, conforme disposição normativa insculpida pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. E nessa esfera de disponibilidade podemos igualmente compreender as faculdades e ônus processuais.

⁴⁸⁸ Em tradução livre: “Por um lado, o de tornar o processo cognitivo e o processo executivo mais eficientes e simplificados, a fim de reduzir a conveniência de estratégias processuais baseadas em táticas obstrucionistas; por outro lado, o de desestimular as partes a recorrer às autoridades judiciais, favorecendo ou, às vezes, até impondo como obrigatório o recurso a meios alternativos de solução de controvérsias.”

Os negócios jurídicos processuais partem dessa premissa fundante: a possibilidade de autocomposição instrumental pelas partes – de modo a favorecer a resolução do conflito – e não apenas obter o provimento jurisdicional sujeito a recursos e incidentes extenuantes.

À luz das ideias já alinhadas, compreendemos, pois, a possibilidade de negócios jurídicos processuais no direito de família, exemplificando, pragmaticamente, as seguintes possibilidades:

- a) Suspensão do procedimento por prazo razoável para terapias familiares e reconstrução de vínculos;
- b) Inversão da ordem de produção das provas, priorizando, por exemplo, a escuta qualificada de crianças e pessoas em situação de vulnerabilidade por profissionais qualificados do Juízo, técnica conhecida como “depoimento sem dano”;
- c) Escolha dos peritos de confiança mútua das partes, desde que previamente cadastrados perante o órgão judiciário competente;
- d) Procedimentalização sucessiva a partir de composições parciais – resolvendo-se a lide em etapas, favorecendo a conciliação a partir de pontos mais favoráveis ao consenso. Assim, por exemplo, as partes podem estipular a instrução parcial do processo para definir a guarda e os alimentos, cindindo a audiência de instrução e julgamento e a própria produção da prova em momentos distintos e deixando pontos mais delicados para etapas posteriores do rito processual, de modo a favorecer a construção negociada da demanda.
- e) Solicitar cooperação jurídica internacional para os casos de famílias transnacionais, juntando-se laudos e relatórios de *experts* estrangeiros que possibilitem a correta identificação dos conflitos e facilitem a sua resolução;
- f) Limitar os recursos ou convencionar os efeitos imediatos das decisões proferidas nos autos, corolário da livre disposição de direitos, a exemplo da dispensa do prazo recursal e da modulação no tempo e no espaço dos efeitos da transação;
- g) Estipular condições mínimas para a revisão de alimentos, prospectando os paradigmas da modificação substancial do estado financeiro do alimentante, de modo a conferir a necessária segurança jurídica ao alimentando e seu responsável;
- h) Estabelecer o prazo de alegações finais e a forma de apresentação correspondente – se comum ou sucessivamente;
- i) Calendarização do processo, a exemplo da experiência da Justiça do Trabalho, em que as partes já sabem, de antemão, a data da sentença, desde que isso não interfira na liberdade do Estado-Juiz, nem implique

- em malferimento ao princípio do julgamento conforme a ordem cronológica dos processos;
- j) Limitar os efeitos da revelia quanto às parcelas disponíveis das partes, o que não inclui, evidentemente, as custas devidas ao serviço judiciário, mas pode alcançar os honorários advocatícios se os respectivos patronos assim anuírem;
 - k) Estabelecer a prática de atos processuais, como perícias, fora do expediente forense, para favorecer o comparecimento e a iterativa participação das partes e interessados, citando-se, como exemplo, a intervenção de psicólogos aos finais de semana, feriados ou até mesmo durante o recesso forense, desde que a medida se mostre adequada;
 - l) Elastecer ou diminuir o prazo de resposta do réu e a tréplica do autor, conforme as especificidades da demanda, e desde que a medida não se revele abusiva, conforme apreciação motivada do juiz;
 - m) Estipular a inversão do ônus da prova, se isso não implicar prejuízo a incapazes e vulneráveis protegidos por lei, bem como estipular os pontos sujeitos ao ônus probatório das partes, a partir das especificidades do caso concreto;
 - n) Acordar sobre o modo e a forma de realização de atos processuais de incumbência das partes, a exemplo das despesas de deslocamento, pagamento de taxas, custas e honorários de peritos, assistentes técnicos e profissionais de apoio;
 - o) Prever o foro mais conveniente e até mesmo requerer o deslocamento de competência para outra Vara de Família se o núcleo familiar, por contingências da vida, necessitar mudar-se para local distante que inviabilize a permanência dos autos na unidade judiciária de origem, onde protocolizada a demanda, e sem que isso signifique abuso de direito ou manipulação indevida das partes, conforme o prudente arbítrio do juiz, tal como já ocorre com as ações de infância, em prol dos interesses da criança e do adolescente, e assim também nas ações de estado, de que é exemplo a curatela⁴⁸⁹;
 - p) O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter negócios jurídicos processuais, conforme Enunciado 492 do FPPC).
 - q) As partes podem celebrar negócios jurídicos processuais na audiência de conciliação ou mediação, momento em que já se iniciam as tratativas de autocomposição da lide (Enunciado 628 do FPPC).

489

A jurisprudência do STJ admite o deslocamento de competência face à mudança de domicílio do curatelado, para facilitar a prática de atos processuais instrutórios do pedido de curatela, em clara mitigação ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Na infância a exegese caminha em sentido unívoco, conforme se depreende do Conflito de Competência de n.º 111.130-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, jul. 08.09.2010.

- r) A proposta de saneamento consensual agregando questões de fato até então não deduzidas (Enunciado n. 427 do FPPC).
- s) A remessa dos autos à contadoria judicial para esclarecimento dos cálculos em alimentos ou apuração de haveres em geral.
- t) A escolha do laboratório que realizará o exame de DNA em ação de investigação de paternidade, sendo lícito, inclusive, indicar mais de um, para o caso de dissonância nos resultados.

Não se pretende esgotar o rol de possibilidades de negócios jurídicos processuais, mas antever casos práticos de sua aplicabilidade, de modo a incentivar o operador do Direito a buscar novas formas de aplicação do instituto, dada a multiplicidade de situações que a vida oferece.

Lado outro, compilamos algumas hipóteses nas quais a pactuação do negócio jurídico processual deve ser vedada:

- a) A cláusula que visa a excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, pois contraria a própria Constituição Federal (Enunciado 254 do FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis);
- b) O pacto de impenhorabilidade alcançando terceiros, corolário do brocardo contratual *res inter alios acta* (Enunciado 152 do CJP – Conselho da Justiça Federal);
- c) A convenção que estabelece a inversão do ônus da prova contrariamente à parte manifestamente hipossuficiente ou nas hipóteses vedadas, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, por contrariar a própria lei (exegese do Enunciado 128 do CJP), caso em que o juiz tem o poder-dever de redistribuir corretamente os ônus probatórios das partes;
- d) Ademais, não se admite negócio jurídico processual que suprime o direito de defesa assegurado no Artigo 5º, LV da CF, por ofensa do devido processo legal substancial.
- e) Também não se admite cláusula contratual tendente a reger os critérios de fixação da verba sucumbencial em Juízo.

CONCLUSÕES

Mais do que uma ferramenta abstrata, os negócios jurídicos processuais constituem mecanismo procedimental que deve ser utilizado com vistas à abreviação do litígio e à construção negociada da lide, a partir do incentivo aos métodos alternativos e consensuais de resolução de litígios, como predito.

É diretriz principiológica do Código de Processo Civil vigente a possibilidade de flexibilização do procedimento, na medida em que as partes não estão submissas a rigores procedimentais plasmados de caráter absoluto.

Deste modo, o juiz só deve recusar aplicação aos negócios jurídicos processuais nas hipóteses do parágrafo único do Art. 190 do CPC.

Veja-se que sequer a admissibilidade de autocomposição é requisito para a calendarização processual. Em outras palavras, esta última não depende necessariamente da primeira.

É preciso lembrar, ainda, a dicção do Art. 200 do CPC, segundo o qual as declarações de vontade produzem imediatamente efeitos de constituição, modificação ou extinção dos direitos processuais.

Aliás, o CPC vigente inovou a ordem jurídica ao prever cláusula geral de negociação concessiva de poderes às partes para tratar de matérias procedimentais, admitindo-se a celebração de negócios processuais atípicos.

Note-se que até mesmo extrajudicialmente é possível estabelecer negócios jurídicos processuais, a exemplo do que ocorre com a cláusula de eleição de foro e a convenção arbitral.

É importante anotar que a flexibilização procedimental não implica renúncia ou negação à forma, antes tem em mente a conformação do espaço processual dialógico e a democratização do procedimento quanto a aspectos negociáveis e adaptáveis às circunstâncias jungidas pelas partes a partir dos aspectos substanciais por elas trazidas aos autos.

A flexibilização procedimental deve, pois, ser vista como instrumento de adaptabilidade procedimental. Como princípio que é, visa a conformar as regras rígidas do processo às especificidades das relações da vida.

Por fim, o negócio jurídico processual no direito de família significa a possibilidade de democratizar o lugar chamado família, assegurando o cumprimento de direitos e deveres em cada família onde houver conflitos passíveis de negociabilidade, pacificação, com a recomposição da harmonia e do afeto que às vezes oscila entre o bem e o mal, entre o amor e a dor, voltando sempre para o ninho familiar.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro Eletrônico.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de Processo Civil**, v. I, São Paulo, Malheiros, 2016.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **Procedimento: formalismo e burocracia**. Revista Forense. vol. 358. Rio de Janeiro: Forense, nov.-dez. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2171-2228. p. 2208.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CALATAYUD, Ángeles Ródenas. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. 10.14198/DOXA2001.24.03. 2001.

CARNIO, HENRIQUE GARBELLINI. **Fronteiras do Direito**: analítica da existência e crítica das formas jurídicas. Belo Horizonte, Casa do Direito, 2021.

GRADI, Marco. **Inefficienza della giustizia civile e “fuga dal processo”**. Messina, Edizioni Leone, 2014.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **O Estado Jurisdicional no Brasil**. Belo Horizonte, D Plácido, 2018.

POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 8(3): 272-285, setembro-dezembro 2016.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado, Teoria e Prática**. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

SANTOS, Silas Silva *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2020.

SHEEN, Fulton J. **Rumo à felicidade**. Dois Irmãos, Minha Biblioteca Católica, 2024.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**, 5ª ed. São Paulo, RT, 2020.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 2022.

A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Gabriela Cristine Buzzi⁴⁹⁰

Gilson Bonato⁴⁹¹

1. INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos, tradicionalmente estudados no âmbito do direito material, podem ser compreendidos como manifestações da autonomia privada destinadas a produzirem efeitos jurídicos a partir de um acordo de vontades. A mesma lógica pode ser transportada para o campo processual, em que se reconhece às partes a possibilidade de convencionar sobre determinados atos ou situações jurídicas, desde que respeitados os limites legais e a função pública do processo. É nesse cenário que se insere a noção de negócio jurídico processual, expressão do modelo cooperativo consagrado pelo Código de Processo Civil, cuja realização encontra fundamento na boa-fé e no princípio da cooperação.

⁴⁹⁰ Doutoranda em Ciências Jurídico-Civis, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – ULISBOA/PT. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania, pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Civil e Processual Civil e graduada pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogada. Professora no Curso de Direito, na Universidade Tuiuti do Paraná – UTP. Contato: gabrielacbuzz@gmail.com.

⁴⁹¹ Pós-doutorando em Filosofia da Mente, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Pós-Doutor pelo IHTI – Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito, pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Graduado em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Advogado. Contato: gilson@bonato.adv.br.

No processo civil contemporâneo, admite-se que os sujeitos tenham participação ativa na condução da demanda, ajustando determinados aspectos procedimentais. Embora essa liberdade não seja absoluta, representa significativo avanço na direção de um processo mais flexível e adaptado às particularidades do litígio. Entre os espaços em que a autonomia das partes se mostra mais relevante está o campo probatório, no qual é possível celebrar convenções acerca da produção, da forma e até mesmo dos efeitos da prova.

O estudo da prova assume papel central na ciência processual, uma vez que constitui direito fundamental das partes e meio indispensável para demonstrar os fatos alegados, influenciar a convicção do juiz e assegurar a efetividade do contraditório. A sua complexidade reside tanto na função de aproximar o julgador da realidade dos fatos quanto na multiplicidade de instrumentos, técnicas e interpretações que envolvem sua produção. Nesse contexto, a compreensão da prova como direito, mas também como dever de colaboração, reforça a lógica de um processo cooperativo, no qual todos os sujeitos devem contribuir para a formação da verdade processual.

Os negócios jurídicos processuais, nesse sentido, representam a manifestação da autonomia privada aplicada ao tema das provas. A despeito da terminologia utilizada pela doutrina, como negócios jurídicos processuais probatórios, há de convir que a ideia centra na possibilidade de as partes, mediante acordo, regularem a forma, os limites e até as consequências da atividade processual que lhe são disponíveis para tanto. Trata-se, portanto, de instituto ainda pouco explorado na literatura jurídica, mas de grande relevância teórica e prática, em razão de seu impacto direto na condução do processo e na formação da decisão judicial.

Este trabalho tem por objetivo investigar os negócios jurídicos processuais no processo civil, com especial atenção à sua legitimidade e às consequências que produzem para a atividade jurisdicional. Inicialmente, examina-se o negócio jurídico processual e sua relação com a constitucionalização do processo; em seguida, analisam-se os negócios jurídicos processuais como expressão do princípio da cooperação e, por fim, discute-se a compatibilidade entre tais convenções e o princípio da livre convicção do juiz.

A pesquisa adota abordagem qualitativa e caráter exploratório, valendo-se do método dialético e de revisão bibliográfica, com destaque para obras em língua portuguesa, espanhola e italiana. Ainda que não se pretenda esgotar a temática, busca-se contribuir para o aprofundamento do debate acadêmico e prático acerca dos negócios jurídicos processuais, oferecendo subsídios à compreensão e ao desenvolvimento desse instituto no direito processual civil contemporâneo.

2. HUMANIZAÇÃO DO DIREITO

A concepção moderna de direitos fundamentais encontra raízes históricas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, marco da tradição francesa que inaugurou a positivação das liberdades humanas. Esse documento, de nítido caráter político e literário, foi fundamental para o constitucionalismo europeu continental, constituindo-se em verdadeira fonte cognitiva da noção de Constituição em sentido material no liberalismo. Embora inicialmente tachada como mera “declamação sem realidade jurídica permanente”, a Declaração francesa consagrou a noção de direitos do homem como universais e constitutivos da ordem jurídica, estabelecendo o vínculo indissociável entre Direito e Constituição (MIRANDA, 2016).

No mesmo contexto histórico, o direito privado recebeu a classificação de “burguês”, pois refletia a ideologia e os interesses da classe socioeconômica ascendente nos Estados ocidentais. O liberalismo econômico, ao eleger a propriedade territorial como valor central e a liberdade contratual como instrumento auxiliar, estruturou uma regulação jurídica que buscava assegurar a autonomia individual e a proteção patrimonial (FACCHINI NETO, 2012).

A evolução desse pensamento culmina, no século XX, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, que elevou a dignidade da pessoa humana à condição de princípio estruturante dos Estados Democráticos de Direito. A dignidade passa a orientar a atuação do legislador e a fundamentar a própria existência estatal, voltada à promoção do bem comum e à proteção da pessoa humana como valor supremo (MOREIRA, 2018).

A constitucionalização dos direitos fundamentais, nesse cenário, permitiu sua incidência imediata também nas relações privadas, conferindo-lhes natureza de normas dotadas de eficácia plena e de caráter axiológico. Tais direitos assumem, portanto, a função de influenciar não apenas a aplicação e interpretação do Direito, mas igualmente a criação de novas normas jurídicas, numa perspectiva de humanização do ordenamento.

Segundo Nogueira e Guimarães (2012), a humanização do Direito decorre de transformações político-jurídicas do pós-guerra, marcadas tanto pela crise do positivismo quanto pela superação de regimes totalitários. A partir daí, a democracia passou a impregnar o pensamento jurídico, exigindo que as constituições modernas assegurassem e preservassem direitos fundamentais inalienáveis, em sintonia com o constitucionalismo de bases liberais projetado pelo pensamento contemporâneo.

Essas mudanças filosóficas e políticas deslocaram o homem para o centro do sistema jurídico, convertendo-o no fundamento e no destinatário de sua realização. A transição do Estado liberal para o Estado Social e Democrático de Direito significou a adoção de uma preocupação concreta com o ser humano

real, resgatando a dignidade da pessoa como eixo estruturante do ordenamento jurídico e como valor que, outrora marginalizado, passa a figurar como “centro e alicerce do ordenamento jurídico” (NOGUEIRA e GUIMARÃES, 2012).

Esse novo modelo estatal, orientado para a proteção das liberdades individuais, estabelece garantias contra abusos do próprio poder público. Assim, o Estado Democrático de Direito assume a função de executor de políticas públicas destinadas a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, ainda que mediante atuação ativa na esfera privada, impondo-se como garantidor da liberdade e da autonomia do indivíduo (LIMA, 2016).

Entretanto, Carvalho (2015) observa que persiste nas relações civis um traço patrimonialista, perceptível sobretudo na interpretação tradicional dos institutos da propriedade e do contrato. Contudo, essa concepção encontra-se tensionada pelos valores constitucionais da dignidade humana, que se impõem como limite e fundamento. Para o autor, o desafio contemporâneo do Direito Civil consiste em ultrapassar a visão estritamente patrimonial, reconhecendo os sujeitos em sua dimensão ontológica. Somente ao restaurar a primazia da pessoa sobre os bens é que o direito privado se compatibiliza plenamente com os fundamentos constitucionais, adequando-se à realidade e promovendo a materialização da dignidade humana nas relações jurídicas.

Neste sentido, Ingo Sarlet (2018) afirma que os direitos fundamentais, além de sua função inicial de proteção das liberdades individuais, passaram a ser concebidos como componentes da ordem jurídica objetiva, inserindo-se em um sistema de valores que confere sustentação material a todo o ordenamento jurídico. Nesse contexto, situamo-nos em um ponto de equilíbrio entre uma indesejável supremacia absoluta dos valores e uma impossível neutralidade em relação a eles. Reconhece-se, assim, que a dimensão valorativa dos direitos fundamentais é intrinsecamente vinculada à compreensão de suas funções e de sua relevância em um Estado de Direito que, de fato, possa ser assim qualificado.

Relacionando à integridade, é importante destacar a concepção de “Direito como integridade” parte do pressuposto de que os cidadãos possuem o direito a decisões jurídicas pautadas pela coerência e por princípios, compreendidos como padrões normativos de comportamento, ainda que haja divergência quanto ao seu conteúdo. Afinal, não se busca no Poder Judiciário opiniões pessoais dos intérpretes, mas respostas institucionais legitimadas. Essas respostas, por sua vez, devem necessariamente considerar os direitos fundamentais, reconhecidos hoje como elementos integrantes da ordem jurídica objetiva, responsáveis por desenvolver o texto constitucional a partir de uma dimensão axiológica compartilhada no espaço público. É justamente essa carga valorativa que estabelece os parâmetros hermenêuticos a serem observados pelo intérprete. Em termos mais claros: o horizonte hermenêutico que orienta a compreensão, interpretação e aplicação do Direito é edificado pelos direitos fundamentais, os

quais carregam consigo um percurso histórico e civilizatório que delimita a moldura constitucional, imprescindível para assegurar a entrega de uma resposta juridicamente correta ao jurisdicionado (RIBEIRO, 2024).

Dessa forma, constata-se que a evolução histórica dos direitos fundamentais, desde a Declaração de 1789 até a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições contemporâneas, demonstra um movimento de centralidade da pessoa no ordenamento jurídico. Esse processo não apenas consolidou a supremacia da Constituição como parâmetro normativo, mas também redesenhou as bases do direito privado, impondo-lhe a função de concretizar valores constitucionais. Assim, a constitucionalização do direito processual e material revela-se como expressão da transformação do Estado liberal em Estado Social e Democrático de Direito, cuja missão precípua é assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e a tutela da dignidade humana como núcleo axiológico do sistema jurídico.

Nessa perspectiva, torna-se imprescindível analisar como esse processo de constitucionalização repercute especificamente no âmbito do direito processual, influenciando seus institutos, princípios e a própria função jurisdicional na concretização dos direitos fundamentais.

3. O PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O estudo do negócio jurídico processual revela-se instigante, sobretudo porque permite às partes, no interior da relação processual, manifestarem sua vontade e ajustarem aspectos do procedimento. Tal possibilidade representa verdadeira conquista, uma vez que o processo, tradicionalmente concebido como disciplina de direito público, é regido por normas de caráter cogente e legalmente estabelecidas.

A concepção de negócio jurídico processual encontra sua gênese no direito material, especialmente na teoria dos fatos jurídicos, segundo a qual determinados acontecimentos cotidianos adquirem relevância no âmbito jurídico. Esses fatos, quando classificados, podem assumir a forma de atos jurídicos ou de negócios jurídicos. Interessa aqui, especificamente, a análise dos negócios jurídicos e, de modo particular, sua projeção na esfera processual.

Nesse sentido, todos os fatos jurídicos que produzem repercussão no processo podem ser subdivididos em atos e negócios jurídicos, tal como ocorre no direito civil. A compreensão dessa origem é indispensável para delimitar a concepção contemporânea do negócio jurídico processual, ainda que sem o aprofundamento exaustivo da teoria geral.

A autonomia da vontade desempenha papel central na admissibilidade dos negócios jurídicos também no âmbito do processo. Embora o direito proces-

sual seja classificado como ramo do direito público, admite-se a realização de convenções entre as partes, desde que respeitados os limites legais e os interesses de todos os sujeitos processuais.

Tradicionalmente, o processo era visto como mero instrumento auxiliar do direito material, incumbido de viabilizar a solução dos conflitos surgidos na sociedade. Nessa perspectiva, a instrumentalidade processual tinha caráter secundário e subordinado. Contudo, o reconhecimento da autonomia científica do direito processual, sem romper sua ligação indissociável com o direito material, conduziu à evolução para uma disciplina dotada de regras próprias e finalidades específicas, ainda que mantida sua função de garantir a efetividade dos direitos substanciais.

A relativização das normas processuais cogentes demonstra essa evolução. Ao admitir a interferência da vontade individual na conformação do procedimento, reconhece-se que o processo não mais se limita a uma estrutura rígida e imutável. Passa-se a conceber a possibilidade de autorregulamentação, mediante a celebração de negócios jurídicos processuais, aptos a adaptar o rito às particularidades da demanda, desde que preservada a função jurisdicional e os direitos indisponíveis.

Denota-se que, de maneira histórica, é possível reconhecer que o processo brasileiro já passou por diversos formatos, como o inquisitivo, quando os atos processuais se concentravam, quase que exclusivamente, na figura do magistrado, pois era este que detinha os poderes de instrução e condução processual; o sistema acusatório, caracterizado pela participação das partes na condução do processo, mesmo que de maneira desigual para com a do magistrado; e, atualmente, cooperativo, onde todos os envolvidos na demanda processual devem colaborar para o regular exercício jurisdicional (RIBEIRO, 2024).

O modelo de colaboração tem por objetivo redefinir o papel das partes e do magistrado na construção do processo, concebendo-o como uma verdadeira comunidade de trabalho, na qual se valoriza a atuação conjunta entre juiz e litigantes. Em outras palavras, busca-se conferir ao processo uma estrutura pautada pela divisão equilibrada das responsabilidades entre todos os seus participantes. Nesse sentido, a colaboração, enquanto paradigma, afasta a centralidade da jurisdição como único eixo metodológico do processo civil, colocando em destaque a própria noção de processo como núcleo de sua teoria, em uma perspectiva pluralista e compatível com a feição democrática própria do Estado Constitucional (MARINONI, MITIDIERO e ARENHART, 2017).

O Código de Processo Civil, de forma inovadora e sem paralelo direto no direito comparado, rompeu com a dogmática processual tradicional ao introduzir uma cláusula geral de negócio jurídico processual. A partir dela, admite-se que a vontade das partes, por meio de convenções processuais bilaterais atípicas – ou seja, não previamente reguladas pela lei –, possa influenciar tanto o proce-

dimento quanto a relação jurídica processual. Nesse sentido, o art. 190 do CPC estabelece que, em processos que tratem de direitos disponíveis, é permitido às partes plenamente capazes estipularem alterações no procedimento, de modo a ajustá-lo às peculiaridades da causa, bem como convencionarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, seja antes do ajuizamento, seja no curso da demanda (GAJARDONI e DELLORI, 2022).

Acerca da importância da colaboração dos sujeitos do processo na definição das questões jurídicas, importa destacar o exposto por Souza (2020), afirmando que eles podem se manifestar pela qualidade técnica dos argumentos apresentados em juízo, seja por meio da utilização de fundamentos doutrinários relevantes à solução da controvérsia, seja pela indicação de precedentes jurisprudenciais capazes de orientar a decisão judicial. Considerando que o processo não deve ser visto como um jogo, mas sim como um espaço de cooperação, impõe-se a todos os sujeitos processuais o dever de atuar de forma a contribuir para a célere e adequada solução do conflito.

Assim, o direito processual contemporâneo já não é percebido como absoluto e inquestionável. Ao contrário, reconhece-se o espaço para que as partes promovam ajustes procedimentais dentro de parâmetros normativos constitucionais, sem que disso decorra prejuízo para a efetividade do processo. Essa perspectiva revela a superação da visão clássica, centrada na rigidez formal, em direção a um modelo mais flexível, atento aos valores constitucionais e à centralidade dos direitos fundamentais na dinâmica processual.

4. A LIVRE CONVICÇÃO DO JUIZ E OS LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A consagração da autonomia privada no processo civil, manifestada pela possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, não significa a ausência de limites ou a relativização da função jurisdicional. Ao contrário, o reconhecimento de convenções entre as partes, inclusive em matéria probatória, deve ser compatibilizado com a independência judicial e com os valores constitucionais que orientam a atividade jurisdicional.

O sistema processual brasileiro, ao admitir os negócios jurídicos processuais, reforça a lógica do processo cooperativo, permitindo que as partes tenham maior protagonismo na definição da forma e dos meios de prova. Entretanto, o juiz permanece incumbido de assegurar que tais acordos não comprometam direitos indisponíveis, a igualdade processual ou a própria busca pela verdade processual. Nesse sentido, a livre convicção motivada do magistrado (art. 371, CPC) constitui limite intransponível aos negócios jurídicos processuais, uma vez que a decisão judicial não pode se restringir à vontade das partes, mas deve ser fundamentada na análise crítica das provas produzidas.

Para Fábio Caldas (2023), o negócio processual tem sua origem no acordo de vontades entre as partes, mas sua constituição e eficácia se desenvolvem essencialmente no âmbito do próprio processo. Isso não impede, contudo, que se utilize de elementos do direito material em sua formação, aplicando-se tais normas apenas de maneira supletiva. Em última análise, o negócio jurídico pode ser compreendido como um instituto de natureza metajurídica, cuja estrutura encontra aplicação e incidência em diferentes ramos do ordenamento jurídico.

A doutrina processual enfatiza que a liberdade das partes no processo não pode ser confundida com um poder absoluto de disposição. Didier Jr. (2016) destaca que a autonomia privada se encontra condicionada à função pública do processo e à proteção dos direitos fundamentais. Da mesma forma, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) ressaltam que as convenções processuais só se legitimam se preservarem a imparcialidade do juiz e o devido processo legal.

A negociação processual atípica somente é admitida em demandas que comportem solução por autocomposição, requisito objetivo expressamente previsto no *caput* do art. 190 do CPC. Embora tais convenções não tenham como objeto direto o direito material em litígio, é inegável que a regulamentação das situações jurídicas processuais ou da estrutura procedimental pode, indiretamente, influenciar a decisão de mérito. Um acordo probatório, por exemplo, pode impactar as chances de êxito de uma das partes. Esse possível reflexo justifica a vedação de negócios processuais em causas cujo objeto não comporte autocomposição. Importa destacar, contudo, que a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de convenções processuais. É o caso dos direitos coletivos, conforme dispõe o Enunciado nº 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, e, também, do direito a alimentos. Por essa razão, o legislador utilizou a expressão “direitos que admitam autocomposição” e não “direitos indisponíveis”, como reforça o Enunciado nº 135 do mesmo Fórum (FREIRE, STRECK e NUNES, 2017).

Para uma compreensão lógica da temática central referente ao parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil, é necessário, primeiramente, esclarecer o alcance do poder atribuído ao juiz para recusar a aplicação de negócios jurídicos processuais, tendo em vista que este exercerá o “papel de um mediador imparcial”, como afirmam Fábio Caldas, Eduardo Floriano e Leonardo Magnusson (2024). Assim, a recusa judicial à aplicação do negócio processual somente se justifica quando este apresentar vício que o torne nulo. Tais negócios estão sujeitos aos mesmos requisitos de validade, aplicáveis aos negócios jurídicos conforme estabelecido no Código Civil.

Nessa linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a necessidade de controle judicial dos negócios jurídicos processuais, salientando que, embora válidas, não afastam o dever do magistrado de zelar pela higidez do processo e pela correta instrução da causa (STJ, AgInt no AREsp 1.497.887/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 03/12/2019). Assim,

o juiz pode afastar acordos que comprometam a busca da verdade ou que restrinjam de forma desproporcional o contraditório.

Dessa forma, a tensão entre a autonomia das partes e a independência judicial deve ser resolvida a partir da interpretação sistemática da Constituição e do CPC/2015. O equilíbrio se encontra na compreensão de que os negócios jurídicos processuais são legítimas expressões da autonomia privada, mas não podem neutralizar a função jurisdicional nem a exigência de fundamentação racional das decisões judiciais.

Em síntese, a livre convicção motivada do magistrado assegura que os negócios jurídicos processuais não sejam instrumento de arbítrio ou desigualdade, mas mecanismo de eficiência processual compatível com a ordem constitucional. Cabe, portanto, ao juiz exercer controle sobre a validade, a licitude e a razoabilidade dos acordos, garantindo que sirvam como instrumento de cooperação, e não como fator de enfraquecimento da jurisdição.

5. CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido permitiu demonstrar que a constitucionalização do direito processual promoveu uma releitura do processo civil, conferindo-lhe uma dimensão substancial voltada à efetivação dos direitos fundamentais. Nesse cenário, o negócio jurídico processual surge como instrumento de concretização do modelo cooperativo, ao permitir que as partes participem ativamente da conformação do procedimento, dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica.

Os negócios jurídicos processuais, em especial, representam expressão relevante dessa autonomia privada no processo. Ao possibilitar que as partes ajustem a produção, a forma e até mesmo os efeitos da prova, tais convenções revelam-se como mecanismo de flexibilização procedimental, sem descuidar do princípio do contraditório, da cooperação e da livre convicção do juiz. Seu adequado reconhecimento contribui não apenas para a eficiência processual, mas também para a consolidação da dignidade da pessoa humana e da justiça como valores constitucionais centrais.

Não obstante os avanços, observa-se que a doutrina e a jurisprudência ainda carecem de amadurecimento quanto à extensão e aos limites dos negócios jurídicos processuais, o que evidencia a necessidade de contínua reflexão acadêmica. A temática apresenta-se como campo fértil para o desenvolvimento de novas pesquisas, especialmente diante dos desafios impostos pela constante transformação da sociedade e do próprio direito processual.

Assim, longe de se exaurir, o presente trabalho buscou lançar luz sobre a importância dos negócios jurídicos processuais como instrumento de democratização e racionalização do processo, reforçando a compreensão de que o direito processual civil contemporâneo deve ser interpretado e aplicado à luz da Constituição e dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ANGIONI, Enrica. **Negócios jurídicos processuais**. São Paulo: RT, 2016.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.
- _____; FLORIANO, Eduardo; MANUSSON, Leonardo Peteno Magnusson. Teoria geral dos limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, vol. 18, n. 1, jan./mar 2024. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/879/696>.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.
- CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, p. 341-54, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **RIDB**, Ano 1, n. 1, p. 185-243, 2012.
- FREIRE, Alexandre; STRECK, Lenio L.; NUNES, Dierle; et al. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2017. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547220471/>.
- GAJARDONI, Fernando da F. Normas fundamentais do processo civil. In: GAJARDONI, Fernando da F.; DELLORE, Luiz; Andre Vasconcelos Roque; et al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559644995/>.
- LIMA, Carolina Silva; SOUSA, Luana Pereira. A constitucionalização do direito civil como garantia de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Instituto Brasileiro de Direito Público – Escola de Direito de Brasília**, v.1, n. 36, p.1-25, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. Vol. 1. São Paulo: RT, 2017.
- MIRANDA, Jorge. **Curso de direito constitucional: estado e constitucionalismo**. Constituição. Direitos fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, v. 1, 2016.
- MOREIRA, José Claudio Domingues. A constitucionalização do direito civil: o direito público matou o direito privado? GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Org.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, v. 1, p. 91-100, 2018.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17. ed. São Paulo: RT, 2022.
- NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa; GUIMARÃES, Helimar Fialho. A constitucionalização do direito civil e seus reflexos na responsabilidade civil. **RFD – Revista de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, p.1-11, jan./jun. 2012.
- RIBEIRO, Marcelo. **Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995379/>.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SILVA, Lucinda Dias da. **Negócios Jurídicos Processuais: limites e possibilidades no CPC/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SOUZA, Artur César de. **Das Normas Fundamentais do Processo Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556271019/>.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- STJ. **AgInt no AREsp 1.497.887/SP**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 03/12/2019, DJe 06/12/2019.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO IBS: PRECEDENTES VINCULANTES E LIMITES DO CONTROLE DE LEGALIDADE

IBS ADMINISTRATIVE LITIGATION: BINDING PRECEDENTS AND LIMITS OF LEGALITY CONTROL

Helton Kramer Lustoza⁴⁹²

Kananda Gabriela Costacurti⁴⁹³

Resumo

A Emenda Constitucional nº 132/2023 institui o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), tributo de competência compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios, e prevê um contencioso administrativo centralizado no Comitê Gestor do IBS (CGIBS). Este artigo analisa os desafios do novo modelo administrativo, com ênfase na adoção de precedentes vinculantes e na limitação do

⁴⁹² Procurador do Estado do Paraná. Doutor em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Mestre em Direito Constitucional pela UNIBRASIL, com estudos na UFPR. Especialista em Direito Tributário. Especialista em Processo Civil. Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Graduado em Ciências Contábeis pela UNIPAR. Professor do curso de Direito e Coordenador de cursos de Especialização da Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor-instrutor da Escola de Gestão Pública-EGP do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Procurador do Município de São José dos Pinhais-PR (2009/2016). Conselheiro e Vice-Presidente do Conselho de Contribuintes Municipal (2010-2014). Autor dos livros “Eficiência Administrativa e Ativismo Judicial” (Editora Ithála) e “Os impactos da LGPD na Administração Tributária” (Editora Dialética). Pela Editora Juspodivm, é autor dos livros “Curso de Direito Tributário”, “Advocacia Pública em Ação”, “Impostos Municipais” e Coautor da obra “Tributos em espécie”.

⁴⁹³ Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Cursa MBA em Gestão Tributária pela Universidade de São Paulo (USP). Aluna especial do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

controle de legalidade e constitucionalidade prevista pelo art. 92, §3º, do Projeto de Lei Complementar nº 108/2024. Discute-se a compatibilidade dessas restrições com os princípios constitucionais da legalidade, do devido processo administrativo, da segurança jurídica e da separação de poderes, bem como os efeitos práticos sobre a judicialização e a proteção dos direitos do contribuinte. Por fim, propõem-se medidas de aperfeiçoamento institucional, inspiradas em experiências nacionais e internacionais, visando equilibrar uniformidade interpretativa e efetividade do contencioso.

Palavras-chave: IBS, Contencioso administrativo tributário; Precedentes vinculantes; Legalidade Tributária; PLC nº 108/2024

Abstract

Constitutional Amendment No. 132/2023 establishes the Tax on Goods and Services (IBS), a tax of shared competence among States, the Federal District, and Municipalities, with an administrative litigation system centralized in the IBS Management Committee (CGIBS). This article examines the challenges of the new administrative model, focusing on the adoption of binding precedents and the limitation of legality and constitutionality control provided by Article 92, §3 of Draft Complementary Law No. 108/2024. It discusses the compatibility of these restrictions with the constitutional principles of legality, due administrative process, legal certainty, and separation of powers, as well as their practical effects on judicialization and taxpayer rights protection. Finally, institutional improvement measures are proposed, inspired by national and international experiences, aiming to balance interpretive uniformity with administrative effectiveness.

Keywords: IBS, Administrative tax litigation; Binding precedents; Tax legality; PLC N°. 108/2024

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 132/2023 promoveu significativa reforma no sistema tributário brasileiro, especialmente na tributação incidente sobre o consumo. Em continuidade a esse processo, foi editada a Lei Complementar 214/2025, responsável por instituir três novos tributos: o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e o Imposto Seletivo (IS).

Nesse contexto, emerge a criação do Comitê Gestor do IBS (CGIBS), órgão pensado para gerenciar e administrar o novo tributo em regime de competência compartilhada entre Estados e Municípios, e que, de acordo com o artigo 156-B, I, da Constituição Federal, será mais do que um mero ente arrecadador

ou administrador financeiro, assumindo a responsabilidade de uniformizar a interpretação da legislação do imposto e resolver disputas administrativas relativas ao tributo.

Com o projeto de Lei Complementar que está em trâmite, o PLP 108/2024, a controvérsia que se apresenta diz respeito à extensão e aos limites do poder decisório do novo órgão, em especial, a previsão de vinculação dos julgadores administrativos aos seus precedentes e a vedação ao controle de legalidade e constitucionalidade, o que levanta relevantes discussões acerca da compatibilidade de tais restrições com princípios constitucionais como a legalidade e a segurança jurídica.

Diante desse cenário, emerge uma questão fundamental para a efetividade do novo sistema: o contencioso administrativo do IBS manterá sua função de controle jurídico substantivo sobre a atuação estatal, ou as limitações impostas pelo PLP 108/2024 o reduzirão a uma instância meramente homologatória, esvaziando sua capacidade de proteção dos direitos do contribuinte? Mais ainda, não haveria o risco de que a limitação imposta aos julgadores administrativos acabe, paradoxalmente, por ampliar a judicialização, em um contexto no qual a reforma pretende justamente reduzir o litígio tributário?

Partindo dessas indagações, o presente artigo tem como objetivo analisar os desafios do contencioso administrativo no âmbito do Comitê Gestor do IBS, com especial atenção ao regime de precedentes vinculantes e às restrições impostas pelo art. 92, §3º, do PLC nº 108. O trabalho parte da evolução da sistemática de precedentes no direito brasileiro e do exame da tradição do contencioso administrativo, para, em seguida, problematizar os limites do controle de legalidade e constitucionalidade e propor caminhos de aperfeiçoamento institucional.

2. O NOVO MODELO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO IBS

A Emenda Constitucional nº 132/2023⁴⁹⁴ inseriu no ordenamento jurídico brasileiro um novo sistema tributário, e como ele, a instituição do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), tributo de competência compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios.

O novo imposto pretende superar as distorções existentes em razão da sobreposição de competências e da guerra fiscal entre os entes federativos, uma vez que adotou uma legislação uniforme, nacionalmente aplicável e com meca-

⁴⁹⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023.

nismos institucionais destinados a assegurar a aplicação homogênea das regras tributárias em todo o território nacional.⁴⁹⁵

Nesse contexto de profunda reforma estrutural, foi criado o Comitê Gestor do IBS (CGIBS), que se caracteriza como uma entidade inovadora no sistema jurídico administrativo do Brasil, criada para gerenciar os interesses dos Estados, Distrito Federal e Municípios e responsável por arrecadar de forma centralizada o IBS e distribuir esses recursos de acordo com o que for necessário.⁴⁹⁶

Além disso, mais do que um mero ente arrecadador ou administrador financeiro, o CGIBS assume a responsabilidade de uniformizar a interpretação da legislação do imposto e exercer a atividade de julgamento administrativo de controvérsias tributárias.

Vale ressaltar que o §1º do artigo 156-B da Constituição Federal de 1988 conferiu ao Comitê Gestor do IBS a natureza de “entidade pública sob regime especial”, dotada de autonomia técnica, administrativa, orçamentária e financeira. A esse órgão foram atribuídas funções centrais para a operacionalização do tributo, entre as quais se destacam: (i) a edição de regulamento único, garantindo a uniformidade na interpretação e aplicação da legislação; (ii) a arrecadação do imposto, a realização de compensações e a subsequente distribuição da receita entre Estados, Distrito Federal e Municípios; e (iii) o julgamento das controvérsias administrativas relacionadas ao tributo.⁴⁹⁷

Da redação constitucional, verifica-se que embora os estudos sobre a natureza jurídica do Comitê Gestor ainda estejam em construção, esse se projeta como um verdadeiro “órgão híbrido” situado formalmente no âmbito do Poder Executivo, mas investido de capacidade decisória com características tipicamente jurisdicionais.⁴⁹⁸

Ou seja, do ponto de vista jurídico o Comitê Gestor pode ser qualificado como “entidade pública sob regime especial”, não se enquadrando nem como Autarquia nem como órgão pertencente à União ou a qualquer ente isolado. A configuração é de uma entidade intergovernamental, dotada de personalidade jurídica própria, independente e autônoma, vinculada diretamente à Federação. Trata-se, portanto, de uma entidade de natureza *sui generis*, uma vez que reúne

⁴⁹⁵ PONTALTI, Mateus. Comentários à Reforma Tributária – EC 132/2023. Entenda o que mudou e por que mudou. São Paulo. 2024. Editora JusPodvim. Pág.82.

⁴⁹⁶ SANTI, Eurico Marcos Diniz. In. A Estrutura do Comitê Gestor do IBS – propostas de aprimoramento ao PLP 108/24, p.2.

⁴⁹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República

⁴⁹⁸ MASCARENHAS, Caio Gama. *Comitê Gestor do IBS e seu papel no equilíbrio fiscal interfederativo*. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, set./dez. 2023

características jurídicas, políticas e administrativas mescladas, criada para viabilizar a cooperação e a gestão compartilhada entre diferentes níveis de governo.⁴⁹⁹

Com efeito, em relação à função normativa do Órgão, essa compreende a edição de atos infralegais destinados à regulamentação da legislação do IBS, estabelecimento de procedimentos operacionais e uniformização de critérios interpretativos, como obrigações acessórias, prazos de apuração e pagamento, leiaute da Nota Fiscal Eletrônica Nacional, entre outras. Além disso, o PLP nº 108/2024⁵⁰⁰ ainda lhe atribuiu competência para regulamentar prazos e procedimentos de cobrança administrativa e judicial, programas de incentivo à cidadania fiscal e regras processuais de contencioso administrativo, sendo que, tais regulamentos serão aprovados pelo Conselho Superior do CG-IBS, órgão de deliberação paritária entre Estados, Distrito Federal e Municípios, o que reforça seu papel de harmonização e equilíbrio federativo no sistema tributário.⁵⁰¹

Já a função arrecadatória representa uma das maiores inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 132/2023⁵⁰², que lhe atribuiu competência para centralizar a arrecadação do imposto, efetuar compensações e distribuir o produto da receita entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Diferentemente do modelo atualmente vigente, em que cada ente arrecada e administra seus próprios tributos, o novo sistema estabelece uma gestão compartilhada e uniforme do IBS, assegurando maior transparência e equidade na repartição de receitas, cabendo ao CGIBS disciplinar os fluxos financeiros, organizar a compensação entre créditos e débitos, além de garantir que os valores sejam repassados de forma tempestiva aos entes federativos, evitando disputas locais e promovendo a harmonização administrativa no âmbito do imposto.⁵⁰³

Além disso, de acordo com a Legislação instituidora, o Comitê Gestor ainda emerge como elemento essencial para assegurar a coerência e estabilidade interpretativa da legislação nacional. Como destaca o instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia, o modelo da EC nº 132/2023⁵⁰⁴, ao instituir o IBS como tributo de competência compartilhada, exigiu do legislador a criação de mecanismos normativos aptos a garantir uniformidade na aplicação da lei e na

⁴⁹⁹ BATISTA, ANNA FLÁVIA LOUREIRO CAVALCANTI, *O Comitê Gestor do IBS: natureza jurídica e seu papel no pacto federativo*, Editora Digital OAB/PE, 14 maio 2025. Disponível em: <https://editoraoabdigital.org.br/o-comite-gestor-do-ibs-natureza-juridica-e-seu-papel-no-pacto-federativo/>. Acesso em:

⁵⁰⁰ Ibidem.

⁵⁰¹ INSTITUTO DOS AUDITORES FISCAIS DO ESTADO DA BAHIA (IAF). Reforma Tributária – Parte 15. Comitê Gestor do IBS. Texto 1. Salvador: IAF, 07 ago. 2024. Disponível em: <https://iaf.org.br/conteudo/9819/reforma-tributaria-parte-15-comite-gestor-do-ibs-texto-1>. Acesso em: 13 set. 2025.

⁵⁰² Ibidem.

⁵⁰³ Ibidem.

⁵⁰⁴ Ibidem.

edição de atos administrativos vinculantes, de modo a mitigar conflitos interpretativos entre Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesse sentido, o PLP nº 108/2024 atribui ao Conselho Superior do CGIBS a competência para editar atos normativos uniformizadores com efeito vinculante inclusive sobre o contencioso administrativo, enquanto a Lei Complementar nº 214/2025⁵⁰⁵ amplia o espectro dessa função ao prever instâncias de harmonização interpretativa comuns ao IBS e à CBS, sinalizando para uma nova etapa do federalismo cooperativo tributário brasileiro.⁵⁰⁶

Por fim, foi atribuído ainda ao Comitê Gestor do IBS a função de resolver controvérsias decorrentes do lançamento do tributo, sendo o órgão responsável pelo julgamento dos recursos e incidentes processuais, assegurando previsibilidade das decisões.⁵⁰⁷

Especificamente em relação ao contencioso do IBS, o texto constitucional não adentrou em maiores minúcias, ficando este detalhamento totalmente transferido à Lei Complementar (PLP 108/2024 – já em trâmite no Congresso Nacional)

Dessa forma, de acordo com o Previsto pelo art. 156, inciso III da Constituição Federal⁵⁰⁸, o contencioso do IBS terá organização estruturada por Lei Complementar (PLP 108/2024) que prevê a existência de três instâncias de julgamento – primeira instância, segunda instância e instância de uniformização –, todas compostas de forma paritária entre Estados, Municípios e Distrito Federal, com utilização plena de meios eletrônicos.⁵⁰⁹ De acordo com o projeto de Lei, o processo administrativo seguirá princípios como simplicidade, verdade material, ampla defesa, contraditório, transparência, celeridade, boa-fé e formalismo moderado, regulando atos processuais, prazos, nulidades e impedimentos.⁵¹⁰

A experiência brasileira mais próxima ao modelo proposto pelo CGIBS é o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), no âmbito federal. Criado pela Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei

⁵⁰⁵ BRASIL. Lei Complementar nº 214, de 20 de dezembro de 2024. Dispõe sobre o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 20 dez. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp214.htm. Acesso em: 26 set. 2025.

⁵⁰⁶ Ibidem.

⁵⁰⁷ Ibidem.

⁵⁰⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2025.

⁵⁰⁹ BRASIL. Projeto de Lei Complementar nº 108, de 2024. Dispõe sobre o contencioso administrativo do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024.

⁵¹⁰ INSTITUTO DOS AUDITORES FISCAIS DO ESTADO DA BAHIA (IAF). Reforma Tributária – Parte 15. Comitê Gestor do IBS. Texto 1. Salvador: IAF, 07 ago. 2024. Disponível em: <https://iaf.org.br/conteudo/9819/reforma-tributaria-parte-15-comite-gestor-do-ibs-texto-1>. Acesso em: 13 set. 2025.

nº 11.941, de 27 de maio de 2009, o CARF exerce função judicante em matéria tributária federal, produzindo precedentes que, embora não formalmente vinculantes, exercem influência na uniformização da jurisprudência administrativa.⁵¹¹

Contudo, existem diferenças substanciais entre os dois modelos. O CARF julga litígios com base em legislação específica da União e apenas no âmbito federal, enquanto o CGIBS terá a missão de uniformizar a aplicação de uma legislação única para todo o país, com efeitos diretos sobre mais de cinco mil entes federativos. Além disso, o CARF não possui função normativa, limitando-se à interpretação e aplicação da legislação existente.

Dessa forma, em que pese a “similaridade” com o CARF, no sentido de ambos exercerem função judicante em matéria tributária, o Comitê Gestor do IBS inaugura fase inédita no direito tributário brasileiro, caracterizada pela unificação institucional e pela busca de uniformização interpretativa nacional. Entretanto, o desenho proposto suscita questionamentos fundamentais sobre legitimidade, imparcialidade e efetividade, os quais demandam análise profunda dos instrumentos processuais e das limitações normativas previstas no projeto de lei complementar.

Até mesmo porque, a Emenda Constitucional nº 132, a Lei Complementar nº 214⁵¹² e o PLP nº 108 apresentam o Comitê Gestor do IBS como um órgão de perfil estritamente técnico. Entretanto, basta observar a extensão de suas atribuições para perceber que o potencial de decisões com forte componente político é significativo, haja vista que, conforme discorreremos acima, o Comitê tem competência para editar atos normativos de grande impacto, como o regulamento único do IBS, e para disciplinar procedimentos em caso de divergências sobre base de cálculo, fatos geradores e enquadramento de operações. A amplitude dessa função normativa e interpretativa reforça que não será simples aos seus membros assegurar que prevaleça a técnica sobre a política⁵¹³.

Em síntese, a criação do Comitê Gestor inaugura uma nova etapa do federalismo brasileiro. Mais do que um desenho institucional, trata-se de uma aposta em um modelo de cooperação que exigirá espírito público, transparência e compromisso com o interesse coletivo. Somente assim o CGIBS poderá cumprir seu papel de forma técnica, imparcial e eficiente, consolidando a confiança necessária para o êxito da reforma tributária.

⁵¹¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>. Acesso em: 13 set. 2025.

⁵¹² Ibidem.

⁵¹³ Ibidem.

3. A SISTEMÁTICA DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO E SUA TRANSPOSIÇÃO PARA O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO IBS

Em 2015 foi promulgado o novo Código de Processo Civil⁵¹⁴, que surgiu com a proposta de estabelecer um microssistema de precedentes vinculantes para solucionar o protagonismo da interpretação judicial e o efeito colateral das decisões contraditórias para casos semelhantes.⁵¹⁵

A medida legislativa buscou fortalecer a segurança jurídica, assegurando tratamento uniforme para casos semelhantes e promovendo maior estabilidade, coerência e integridade ao sistema judicial. O mecanismo dos precedentes vinculantes também visou reduzir a sobrecarga do Judiciário, considerando que uma parcela significativa dos processos se refere a demandas que reiteram as mesmas questões jurídicas. Em teoria, a aplicação vinculante de precedentes objetivou diminuir substancialmente o volume de litígios pendentes. A concepção dessa ferramenta foi inspirada na experiência do direito *anglo-saxônico*, integrante do sistema da *common law*, e adaptada às particularidades do direito brasileiro, consolidando a ideia de que decisões anteriores podem orientar e vincular julgamentos subsequentes.⁵¹⁶

Como observa Mitidiero, o Código de Processo Civil de 2015 representa a superação definitiva de um modelo de jurisprudência meramente persuasiva em favor de um sistema estruturado de precedentes normativos, que impõe aos julgadores o dever de observância da *ratio decidendi* dos casos paradigmáticos.⁵¹⁷

Nesse contexto, o artigo 927 do CPC/2015 consolidou a necessária observância de precedentes judiciais, incluindo decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, acórdãos de julgamentos repetitivos e enunciados de súmulas do STF e STJ. O dispositivo visa garantir a estabilidade, coerência e integridade na jurisprudência, uma vez que o legislador prevê regras para fundamentação das decisões, participação das partes na

⁵¹⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015

⁵¹⁵ RAMOS, Roberto Arylton Paula. *A sistemática dos precedentes judiciais vinculantes no direito brasileiro*. 2024. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2024. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/5270/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20ROBERTO%20ARYLTON%20PAULA%20RAMOS_Mestrado%20Acad%C3%AAmico%20em%20Direito%20Constitucional.pdf. Acesso em: 26 set. 2025.

⁵¹⁶ Ibidem.

⁵¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao novo Código de Processo Civil: artigos 926 a 975. São Paulo: RT, 2016

modificação de precedentes, modulação de efeitos e publicidade dos julgados, reforçando a força vinculante dos precedentes e a segurança jurídica.⁵¹⁸

Outro ponto relevante é que o sistema de precedentes previsto pelo Código de Processo Civil vigente fortalece o princípio da igualdade, ao estabelecer padrões claros e uniformes para interpretação e aplicação da lei. Isso garante que situações semelhantes recebam tratamento equivalente, promovendo segurança jurídica e acesso a um processo justo e imparcial. Além disso, favorecem a coerência do ordenamento jurídico, ao assegurar interpretações consistentes em todo o sistema judicial, permitindo que as partes envolvidas em litígios utilizem decisões anteriores como referência para prever os desfechos de seus próprios casos.⁵¹⁹

O sistema também contribui para a estabilidade das decisões, evitando mudanças frequentes na interpretação da lei e desestimulando recursos protelatórios. Esse efeito reduz a quantidade de processos repetitivos, promovendo maior eficiência e desafogando o Judiciário.⁵²⁰

Além disso, outro benefício relevante é a impessoalidade das decisões: ao seguir precedentes, os juízes se pautam em critérios objetivos previamente estabelecidos, evitando influências de interpretações ou preferências pessoais. Consequentemente, o sistema gera celeridade processual, pois permite que decisões anteriores sirvam de guia para casos semelhantes, reduzindo o tempo gasto em análises repetitivas e agilizando a solução das controvérsias.⁵²¹

A eficácia vinculante do artigo 927 do CPC é amplamente reconhecida, conforme atestado por instrumentos como o art. 121-A do Regimento Interno do STJ, que se refere a precedentes qualificados de observância estrita, e o Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.”

⁵¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – Volume Único*. 14 ed. São Paulo. Ed. Juspodivm, 2022

⁵¹⁹ RAMOS, Roberto Arylton Paula. *Dissertação: Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional*. Brasília: IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2024. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/5270/1/Disserta%20Acad%20em%20Direito%20Constitucional.pdf>. Acesso em: 13 set. 2025.

⁵²⁰ PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia; BARROSO, Luís Roberto. TRABALHANDO COM UMA NOVA LÓGICA: A ASCENSÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO. *REVISTA DA AGU*, [S. l.], v. 15, n. 03, 2016. DOI: 10.25109/2525-328X.v.15. n. 03.2016.854. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>. Acesso em: 13 set. 2025.

⁵²¹ *Ibidem*.

O CPC/2015, ao positivar os precedentes como fontes formais do direito, buscou assegurar a integridade e a coerência da jurisprudência, combatendo o que se convencionou chamar de “caos jurisprudencial” – a proliferação de decisões díspares para casos análogos, gerando indesejável insegurança jurídica. Os precedentes, nesse sentido, são concebidos como regras formadas racionalmente, com pretensão de universalização, visando a uma aplicação mais uniforme do direito.

A estabilidade das decisões judiciais é um pilar fundamental para a previsibilidade do sistema jurídico. A alteração de entendimentos consolidados deve ocorrer apenas diante de razões substanciais, como o avanço cultural, o desenvolvimento tecnológico da sociedade ou a emergência de novos pressupostos materiais relevantes. A ausência de uniformidade, manifestada por desfechos díspares em situações fáticas e jurídicas análogas, é uma das maiores fontes de insegurança para os jurisdicionados, minando a confiança na administração da justiça.

Nesse cenário, o respeito às orientações dos tribunais superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, é uma decorrência lógica da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, que prevê a revisão de instâncias inferiores por superiores.

Foi com o objetivo de conferir celeridade e uniformidade à jurisprudência que o Código de Processo Civil de 2015 se aproximou da técnica anglo-saxã de reconhecimento da força normativa dos precedentes judiciais, uma iniciativa louvável.

Conforme o escólio de José Ignacio Botelho de Mesquita, a uniformização da jurisprudência visa impedir que o comando contido na lei se multiplique indiscriminadamente ao sabor das interpretações que se possam extrair do texto legal em prejuízo da própria imperatividade da lei. A valorização dos precedentes, portanto, constitui um dos pilares do atual sistema processual brasileiro, como evidenciado na exposição de motivos do diploma legal, que destaca:

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia. Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência⁵²²

O desrespeito sistemático aos precedentes, no Brasil, tem minado o próprio Estado de Direito, gerando na sociedade a percepção de múltiplas leis para

⁵²² MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Teses, estudos e pareceres do processo civil, volume 2: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005, p. 217.

uma mesma conduta e a ausência de continuidade na afirmação da ordem jurídica, culminando em um clima de insegurança. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni adverte:

Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim, como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal⁵²³

A segurança jurídica, que intrinsecamente carrega a ideia de previsibilidade, encontra-se umbilicalmente ligada ao princípio da igualdade. As Cortes Superiores, em virtude de ocuparem o mais alto posto da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, proferem decisões que têm projeção em todo o território nacional e inquestionável relevância para o universo jurídico brasileiro.

No campo específico do direito tributário, a valorização dos precedentes revelou-se particularmente adequada, tendo em vista a natureza repetitiva de grande parte das controvérsias tributárias e a necessidade de uniformização interpretativa da matéria. O próprio Conselho Administrativo Fiscal (CARF), embora anterior ao Código de Processo Civil, já havia adotado, por meio de seu Regimento Interno (RICARF)⁵²⁴, mecanismos semelhantes às súmulas vinculantes e aos recursos repetitivos. Essa sistemática buscava otimizar a gestão processual no âmbito administrativo fiscal e promover a uniformização da jurisprudência do órgão.⁵²⁵

Todavia, a aplicação do artigo 927 do CPC/2015⁵²⁶ ao processo administrativo, assim como a vinculação às decisões do Judiciário, enfrenta obstáculos nas legislações específicas que regulam esses procedimentos. Esses entraves geram insegurança jurídica e comprometem a aplicação isonômica da lei tributária entre contribuintes.

Apesar da inegável força vinculante que o sistema de precedentes estabelecida pelo Código de Processo Civil, a sua observância automática na Administração Pública, e em particular nas secretarias de Fazenda, não é uma realidade. No âmbito federal, existem mecanismos específicos que buscam suprir essa

⁵²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 104.

⁵²⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. *Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*. Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023. Atualizado até a Portaria nº 528, de 2 de abril de 2024.

⁵²⁵ Giovane Duarte de Queiroz, *O sistema de precedentes no Processo Administrativo Tributário*, IDP Learning, 21 jul. 2022, disponível em: <https://direito.idp.edu.br/idp-learning/direito-tributario/sistema-precedentes-processo-administrativo-tributario/>, acesso em: 13 set. 2025.

⁵²⁶ Ibidem.

lacuna, como as regras do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), que preveem situações de vinculação a precedentes judiciais de Cortes Superiores, ou o **artigo 19-A da Lei 10.522/2002**⁵²⁷, que autoriza a não constituição de créditos tributários após parecer específico da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Contudo, a situação nos estados é menos avançada. No estado de São Paulo, por exemplo, a **Lei 13.457/2009**⁵²⁸, que rege o processo administrativo tributário, limita as hipóteses de afastamento da legislação estadual por questões constitucionais a apenas três cenários: decisões em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), decisões definitivas do STF em via incidental com suspensão da execução pelo Senado Federal, e a existência de súmula vinculante.

Contudo, a transposição dessa lógica para o processo administrativo fiscal não ocorre sem desafios e particularidades. A aplicação do artigo 927 do CPC/2015 e a vinculação às decisões do Judiciário encontram barreiras nas legislações específicas que regem os procedimentos administrativos. Um exemplo emblemático dessas limitações é a Súmula nº 2 do CARF, que expressamente estabelece que “a instância administrativa não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”. Essa vedação, embora tradicional no contencioso administrativo federal, ilustra uma restrição fundamental que impede o julgador administrativo de exercer um controle pleno de legalidade e constitucionalidade.

Essa particularidade do processo administrativo fiscal, que impede o reconhecimento de inconstitucionalidades, compromete severamente a segurança jurídica dos contribuintes. Ao se deparar com uma norma que, embora formalmente válida, colide com preceitos constitucionais, o julgador administrativo é compelido a aplicá-la, mesmo ciente de sua possível invalidade. Tal cenário força o contribuinte a buscar o Poder Judiciário para obter a tutela de seus direitos, gerando uma indesejada judicialização de questões que poderiam ser resolvidas na esfera administrativa. A perpetuação de atos normativos potencialmente inconstitucionais na esfera administrativa cria um ambiente de incerteza e desconfiança no sistema tributário.

Adicionalmente, essa limitação impacta diretamente a eficiência processual. Quando o processo administrativo se vê impedido de analisar a compatibilidade da norma com a Constituição, ele perde parte de sua função de filtro e de instância de resolução definitiva de litígios. O que deveria ser um caminho célere

⁵²⁷ BRASIL, Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, art. 10. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 jul. 2002.

⁵²⁸ SÃO PAULO, Lei n.º 13.457, de 18 de março de 2009. Dispõe sobre o processo administrativo tributário decorrente de lançamento de ofício, e dá outras providências. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 19 mar. 2009.

e menos oneroso para a solução de controvérsias transforma-se, em muitos casos, em uma etapa meramente formal antes do inevitável recurso ao Judiciário. Essa artificialização do processo administrativo não apenas sobrecarrega o sistema judicial, mas também frustra as expectativas de uma solução administrativa eficaz, contrariando os princípios da celeridade e da economia processual que deveriam nortear a atuação da Administração Pública.

Em suma, embora a importância dos precedentes para a uniformização e segurança jurídica seja inquestionável, as particularidades do contencioso administrativo fiscal, exemplificadas pela Súmula nº 2 do CARF e pelas restrições ao controle de legalidade e constitucionalidade, revelam um paradoxo. A busca por estabilidade interpretativa na esfera administrativa é confrontada com a incapacidade de seus julgadores de afastar normas ilegais ou inconstitucionais, o que, em última análise, compromete a própria segurança jurídica e a eficiência que o sistema de precedentes almeja promover. Este cenário impõe uma reflexão crítica sobre o modelo proposto para o Comitê Gestor do IBS, cujas limitações podem replicar e até agravar essas distorções.

4. PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS VERSUS PRECEDENTES JUDICIAIS: LEGITIMIDADE E EFICÁCIA

Com as alterações no sistema tributário, nos encaminhamos também para mudanças significativas no contencioso administrativo tributário, sendo uma delas a prevista pelo art. 92, incisos I a IV e § 1º.⁵²⁹ O referido projeto exige a observância, salvo hipóteses de distinção ou superação devidamente fundamentadas, de: (i) súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal³; (ii) decisões transitadas em julgado em sede de controle concentrado de constitucionalidade⁴; (iii) decisões do controle difuso submetidas à disciplina do art. 52, X, da Constituição⁵³⁰; (iv) julgados definitivos proferidos na sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos⁶; e (v) atos administrativos vinculantes emanados do Comitê Gestor do IBS⁵³¹.

É inegável, portanto, que a adequada operacionalização de um sistema de precedentes não apenas otimiza a prolação de decisões em casos análogos, mas também estabelece responsabilidades aos litigantes, contribuindo para coibir a proliferação de demandas repetitivas e infundadas. Contudo, a transposição dessa lógica para o novo contencioso administrativo do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), conforme delineado no Projeto de Lei Complementar nº 108/2024, suscita preocupações significativas. Em particular, a limitação do controle de

⁵²⁹ Ibidem.

⁵³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 103-A. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁵³¹ Ibidem.

legalidade e constitucionalidade prevista no art. 92, §3º, do PLP 108/2024⁵³², ao vedar a apreciação de tais matérias pelos julgadores administrativos, confere um poder excessivo ao Comitê Gestor do IBS (CG-IBS).

A vinculação absoluta aos precedentes administrativos do CG-IBS, apresenta três ordens de riscos institucionais que comprometem a legitimidade do sistema. Primeiro, restringe indevidamente o dinamismo interpretativo necessário ao Direito Tributário, área caracterizada pela complexidade normativa e pela necessidade de adaptação constante às transformações econômicas e sociais.⁵³³ Ademais, a impossibilidade de questionamento dos precedentes pelos julgadores administrativos cria um déficit democrático significativo. Enquanto os precedentes judiciais são construídos mediante contraditório efetivo entre partes processuais e sujeitam-se ao controle da opinião pública e da comunidade jurídica, devendo manter uma coerência a ser observada no espaço e no tempo, não se autorizando que a mesma situação jurídica seja tratada de forma injustificadamente diferente por órgãos locais e precisando respeitar sua atuação anterior ou justificar a modificação da posição anterior⁵³⁴, os precedentes administrativos do CG-IBS correm o risco de representar apenas a visão institucional da própria Administração.⁵³⁵

A centralização da interpretação normativa em um órgão administrativo que, ao mesmo tempo, edita normas, gere receitas e julga litígios, suscita sérios questionamentos quanto à efetividade da tutela dos contribuintes. Sem mecanismos institucionais capazes de equilibrar esse poder hermenêutico, o processo administrativo corre o risco de se reduzir a uma instância meramente confirmatória das próprias diretrizes emanadas pelo Comitê, o que esvazia sua função protetiva dos direitos fundamentais dos particulares⁵³⁶.

A preocupação se intensifica diante da vedação expressa ao reconhecimento de inconstitucionalidade prevista no art. 92, §3º, do Projeto de Lei Complementar nº 108/2024⁵³⁷. Embora o modelo tradicional do contencioso admi-

⁵³² PLP 108 – Art. 92...§ 3º Ressalvado o disposto neste artigo, fica vedado às autoridades julgadoras, no âmbito do processo administrativo tributário, afastar a aplicação ou deixar de observar a legislação tributária sob o fundamento de inconstitucionalidade ou ilegalidade

⁵³³ TORRES, Heleno Taveira. “O processo administrativo tributário e a tutela da confiança”. In: DERZI, Misabel A. M. (coord.). *Processo Administrativo e Judicial Tributário: Estudos em Homenagem a James Marins*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 375-402.

⁵³⁴ MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 433.

⁵³⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão; BEDÊ, Fayga Silveira. A força vinculante dos precedentes administrativos e o seu contributo hermenêutico para o Direito. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, out./dez. 2016, p. 249.

⁵³⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2023,

⁵³⁷ Ibidem, p.5

nistrativo fiscal já apresentasse restrições nesse campo – como se observa no Decreto nº 70.235/1972⁵³⁸ e na Súmula nº 2 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais⁵³⁹ –, a nova disciplina amplia a limitação, estendendo a proibição também ao controle de legalidade *stricto sensu*. Trata-se, portanto, de um retrocesso em relação à possibilidade de atuação crítica dos julgadores administrativos, na medida em que inviabiliza a verificação da compatibilidade das normas infralegais e infraconstitucionais com a legislação hierarquicamente superior.

A impossibilidade de exercer controle de constitucionalidade das leis há tempos tem sido alvo de críticas no âmbito do contencioso administrativo, porque se entende que o CARF, ao não poder questionar a constitucionalidade das normas, pode acabar aplicando leis que eventualmente contrariam preceitos constitucionais, o que gera um choque de entre a legalidade formal e princípios constitucionais.

Essa vedação gera consequências especialmente graves no Brasil, que possui provavelmente o mais extenso sistema constitucional tributário do mundo. Inúmeras regras e princípios fundamentais estão previstos diretamente na Constituição de 1988, sem repetição em legislação infraconstitucional. Quando se impede a Administração de afastar normas inconstitucionais, corre-se o risco de criar um “novo sistema tributário”, em que as leis complementares e ordinárias – e até mesmo os atos infralegais – passam a ocupar posição hierárquica superior à Constituição, pois esta deixa de ser aplicada em sua plenitude. Nessas condições, direitos e princípios constitucionais só subsistem quando reproduzidos pelo Código Tributário Nacional ou por outra lei infraconstitucional. Caso contrário, prevalecem leis inconstitucionais, aplicadas sem possibilidade de correção na esfera administrativa.⁵⁴⁰

Esse quadro gera um paradoxo: a Constituição passa a ser tratada como uma norma “fora” do sistema jurídico ou como um diploma “especial”, com tratamento diferenciado em relação às demais normas. No entanto, não há qualquer distinção entre considerar uma instrução normativa ilegal e uma lei inconstitucional – em ambos os casos, normas inferiores não podem prevalecer quando colidem com normas superiores, como expressamente dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁵⁴¹

⁵³⁸ BRASIL. Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 mar. 1972.

⁵³⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Súmula nº 2. A instância administrativa não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Disponível em: <https://carf.economia.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2025.

⁵⁴⁰ VILLAS-BÔAS, Marcos de Aguiar. *Carf deve cancelar súmula que impede controle de constitucionalidade*. SEDEP, [s.d.]. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/carf-deve-cancelar-sumula-que-impede-controle-de-constitucionalidade/>. Acesso em: 26 set. 2025.

⁵⁴¹ *Ibidem*.

Se levado às últimas consequências, o raciocínio que sustenta a impossibilidade de reconhecimento administrativo da inconstitucionalidade implicaria também negar aos juízes o poder de afastar leis inconstitucionais. O resultado seria a perpetuação de inconstitucionalidades por anos, até que o Supremo Tribunal Federal viesse a se pronunciar em sede de controle concentrado, processo que, não raramente, leva mais de uma década⁵⁴².

Negar essa possibilidade ao contencioso administrativo é, em última análise, enfraquecer o princípio da supremacia constitucional e comprometer a efetividade dos direitos fundamentais dos contribuintes.

A vedação imposta pelo Projeto de Lei Complementar nº 108/2024, que impede o contencioso administrativo de apreciar questões de legalidade e constitucionalidade, configura uma flagrante contradição ao princípio da autotutela administrativa. Este princípio, solidificado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula nº 473, preconiza que:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A autotutela administrativa, intrinsecamente ligada à supremacia do interesse público e à necessidade de manutenção da ordem jurídica, conforme ensina Maria Sylvia Di Pietro, visa não apenas à conformidade legal dos atos da Administração, mas também à proteção dos direitos dos particulares que possam ser lesados por ações ilegais do Estado⁵⁴³. Ao restringir a capacidade de a própria Administração rever seus atos por vícios de legalidade ou constitucionalidade, o PLP 108/2024 enfraquece essa prerrogativa essencial.

Adicionalmente, a Constituição Federal brasileira estabelece um sistema misto de controle de constitucionalidade, que conjuga o controle concentrado (exercido pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça) com o controle difuso (presente em todos os órgãos do Poder Judiciário). Esse modelo pressupõe a participação ativa de todos os Poderes na salvaguarda da supremacia constitucional. A proposta do PLP 108/2024, ao excluir o Poder Executivo de sua parcela de responsabilidade nesse sistema de controle, desvirtua essa concepção constitucional e fragiliza o arranjo de freios e contrapesos, comprometendo a efetividade da supremacia da Constituição.

⁵⁴² STF admite que não consegue analisar processos com repercussão geral. *OABRJ*, 04 jul. 2016. Disponível em: <https://www.oabRJ.org.br/noticias/stf-admite-nao-consegue-analisar-processos-repercussao-geral>. Acesso em: 26 set. 2025.

⁵⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 150-151.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁵⁴⁴, por meio da Lei nº 13.655/2018⁵⁴⁵, introduziu importantes inovações no direito público, visando aprimorar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação das normas. A alteração mais significativa da LINDB, no que tange à padronização decisória administrativa, encontra-se no artigo 30. Este dispositivo impõe às autoridades públicas o dever de promover a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio da edição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Tais instrumentos, por sua vez, adquirem “caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”.

Essa previsão legal, ao fomentar a criação e a observância de precedentes administrativos, busca, inegavelmente, fortalecer a previsibilidade e a racionalidade na atuação da Administração Pública.

Contudo, embora a LINDB, ao promover a criação e a vinculação a precedentes administrativos, busque fortalecer a segurança jurídica e a eficiência, é imperativo questionar os limites dessa vinculação, especialmente quando se trata de um órgão administrativo como o Comitê Gestor do IBS (CGIBS). A transposição irrestrita da força vinculante dos precedentes judiciais para as normas administrativas de um comitê gestor pode gerar um engessamento indevido dos julgadores administrativos. Estes, ao serem obrigados a seguir estritamente as orientações de um órgão que não possui natureza judicial, podem ter sua capacidade de controle de legalidade e constitucionalidade severamente comprometida, transformando-os em meros aplicadores de diretrizes internas, sem a devida autonomia para a análise crítica do caso concreto.

A teoria dos precedentes no Direito Administrativo brasileiro, portanto, fundamenta-se nos preceitos do constitucionalismo pós-positivista. Este paradigma reconhece a autolimitação administrativa como um mecanismo essencial para a concretização dos princípios da isonomia, segurança jurídica e eficiência⁵⁴⁶. Ele preconiza a necessidade de restringir a discricionariedade na definição da interpretação jurídica adequada, marcando a transição de um modelo de legalidade estrita para o da juridicidade, e promovendo uma maior deferência judicial à atividade decisória da administração pública.

⁵⁴⁴ BRASIL, Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – versão compilada. Diário Oficial da União, Brasília, 5 set. 1942.

⁵⁴⁵ BRASIL, Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Brasília, 26 abr. 2018.

⁵⁴⁶ Sobre o tema, cf. GRECCO, Carlos Manuel. Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la Administración. Revista de Derecho Administrativo, a. 5, n. 12-14, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, p. 317-342.

Por conseguinte, na aplicação supletiva do sistema de precedentes do CPC, a recusa em seguir um precedente administrativo deve observar a mesma metodologia e o ônus argumentativo exigidos para os precedentes judiciais. Isso implica a aplicação da regra do artigo 489, § 1º, inciso VI, do CPC, que considera não fundamentada a decisão que deixar de seguir um precedente “sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. No entanto, a aplicação dessa metodologia em um contexto onde o precedente é emanado por um órgão administrativo, e não judicial, levanta questões sobre a extensão da autonomia do julgador administrativo e a efetividade de seu poder de controle.

5. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E FÁTICAS DA VEDAÇÃO

A vedação imposta pelo art. 92, §3º, do PLP 108/2024, ao impedir o contencioso administrativo de apreciar questões de legalidade e constitucionalidade relativas ao IBS, gera impactos jurídicos profundos e multifacetados.

Entre os efeitos mais imediatos, destaca-se a intensificação da judicialização tributária, uma vez que contribuintes que identifiquem vícios de legalidade ou inconstitucionalidade em atos normativos serão compelidos a buscar tutela diretamente no Poder Judiciário. Essa dinâmica contraria o objetivo declarado da Reforma Tributária de reduzir a litigiosidade, podendo ampliar o volume de processos ao transferir para o Judiciário casos tradicionalmente resolvidos na esfera administrativa.

O impacto da judicialização forçada assume proporções preocupantes quando consideramos que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, tramitam atualmente mais de 84,47 milhões de processos judiciais no país⁵⁴⁷. Essa realidade demonstra que o sistema judiciário já opera em estado de sobrecarga estrutural. Nesse contexto, a imposição de limites artificiais à competência do contencioso administrativo, ao transferir para o Judiciário casos tradicionalmente resolvidos na esfera administrativa, não apenas contraria o objetivo declarado da Reforma Tributária de reduzir a litigiosidade, como pode gerar um efeito paradoxal de amplificação do volume processual.

A judicialização forçada acarreta ainda impactos econômicos e sociais relevantes, uma vez que o custo médio de um processo tributário de média complexidade, segundo estudos do Conselho Nacional de Justiça giram em torno de

⁵⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em Números 2024: Barroso destaca aumento de 9,5% em novos processos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/>. Acesso em: 16 set. 2025.

R\$ 4,3 mil.⁵⁴⁸ Para contribuintes de menor porte, essa realidade representa obstáculo praticamente intransponível, criando desigualdade prática frente a grandes empresas, em descompasso com o princípio da isonomia tributária.

A impossibilidade de reconhecimento administrativo de ilegalidades e inconstitucionalidades perpetua a aplicação de atos normativos manifestamente incompatíveis com o ordenamento jurídico superior, comprometendo gravemente o princípio da segurança jurídica, que pressupõe não apenas previsibilidade normativa, mas também conformidade efetiva das normas inferiores com as superiores.

Tal perpetuação submete contribuintes a exigências tributárias desconformes com a Constituição e a lei, compromete a confiança no sistema tributário e cria precedentes perigosos de relativização da legalidade, contrariando a orientação doutrinária de Carvalho, segundo a qual a norma jurídica tributária deve ser interpretada e aplicada em estrita conformidade com a Constituição Federal.⁵⁴⁹

Adicionalmente, o devido processo legal administrativo é afetado, pois contribuintes poderão apresentar argumentos constitucionais e legais tecnicamente corretos, mas o julgador estará impedido de apreciá-los, artificializando o contraditório, reduzindo a qualidade da fundamentação decisória e comprometendo a legitimidade do processo administrativo como instrumento de tutela de direitos. A Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”,⁵⁵⁰ garantindo que a ampla defesa compreenda não apenas a apresentação de argumentos, mas também a apreciação efetiva pelo julgador competente.

Por fim, a vedação representa alteração significativa no equilíbrio constitucional entre os poderes. Ao retirar do Poder Executivo a possibilidade de exercer sua tradicional parcela no controle difuso de constitucionalidade, concentra-se no Poder Judiciário a totalidade da responsabilidade pelo controle de validade normativa, em descompasso com a concepção brasileira de controle cooperativo. Como observa Barroso, o modelo brasileiro de jurisdição constitucional pressupõe a participação de todos os poderes na guarda da supremacia constitucional, em esquema de *checks and balances* que impede a concentração excessiva de poder em qualquer instância isolada. A vedação artificializa essa

⁵⁴⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Processo de execução fiscal custa em média R\$ 4,3 mil. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processo-de-execucao-fiscal-custa-em-media-r-43-mil/>. Acesso em: 16 set. 2025.

⁵⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Para uma teoria da norma jurídica: da teoria da norma à regra-matriz de incidência tributária*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

⁵⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 5º, LV.

distribuição, sobrecarregando o Judiciário e enfraquecendo a capacidade de autocorreção do Executivo.⁵⁵¹

Diante de tais riscos, algumas propostas de mitigação se mostram viáveis, como a revisão legislativa do art. 92, §3º, para permitir ao menos o controle de legalidade no âmbito administrativo, a instituição de consultas vinculantes perante o CGIBS, a criação de filtros de judicialização ou a constituição de câmara especializada dentro do próprio CGIBS para apreciação exclusiva de questões de legalidade e constitucionalidade. Tais medidas buscam preservar a função garantidora do contencioso administrativo, equilibrando eficiência decisória com a proteção efetiva dos direitos fundamentais do contribuinte.⁵⁵²

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: CAMINHOS PARA A PRESERVAÇÃO DA FUNÇÃO GARANTIDORA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

O contencioso administrativo do IBS, conforme delineado pela Emenda Constitucional nº 132/2023 e pelo Projeto de Lei Complementar nº 108/2024, representa uma inovação sem precedentes no sistema tributário brasileiro, ao centralizar a gestão e uniformização interpretativa do imposto em um órgão híbrido, o Comitê Gestor do IBS (CGIBS). Essa centralização visa garantir maior coerência normativa, reduzir conflitos federativos e promover segurança jurídica, refletindo um esforço legislativo de harmonização do federalismo tributário. Contudo, a adoção de precedentes vinculantes e a limitação do controle de legalidade e constitucionalidade, especialmente a vedação expressa do art. 92, §3º, do PLP 108/2024, suscitam questionamentos sobre a efetividade, legitimidade e imparcialidade do contencioso administrativo.

A impossibilidade de exame crítico da legalidade ou constitucionalidade das normas pelos julgadores administrativos não apenas compromete a proteção dos direitos dos contribuintes, mas também desequilibra a distribuição de responsabilidades entre os Poderes, deslocando integralmente o ônus do controle para o Judiciário. Tal cenário contraria a concepção brasileira de fiscalização cooperativa e o próprio princípio da autotutela administrativa, que impõe à Administração o dever de anular seus atos eivados de vícios, conforme consolidado pela Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

⁵⁵² SPADA, Gabriel Gouveia. Esvaziamento do contencioso administrativo tributário no PLP 108/24. *JOTA*, 13 set. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/esvaziamento-do-contencioso-administrativo-tributario-no-plp-108-24>. Acesso em: 15 set. 2025.

Essa vedação ao reconhecimento administrativo de ilegalidades e inconstitucionalidades tende a intensificar a judicialização tributária, onerando o Poder Judiciário e criando barreiras ao acesso rápido e econômico à tutela jurisdicional. O que se observa é uma replicação e até mesmo um agravamento das limitações já presentes em outros contenciosos administrativos, como a histórica Súmula nº 2 do CARF, que impede o reconhecimento de inconstitucionalidade. Para que o contencioso administrativo do IBS não se converta em uma instância meramente formal, esvaziando sua função protetiva, é imperativo que se estabeleçam mecanismos institucionais que mitiguem esses impactos negativos e permitam que o julgador administrativo exerça um controle efetivo.

Portanto, embora o CGIBS represente um avanço no sentido da uniformidade interpretativa e do aperfeiçoamento institucional, é essencial que se preservem instrumentos de supervisão crítica e mecanismos de proteção aos contribuintes, assegurando que a inovação estrutural não se converta em mera formalidade administrativa.

O desafio central consiste em conciliar os objetivos legítimos de uniformidade interpretativa e segurança jurídica com a preservação da flexibilidade hermenêutica, da legitimidade procedimental e da proteção efetiva dos direitos fundamentais. Isso exige um redesenho institucional que mantenha a função de uniformização do CGIBS sem esvaziar a capacidade crítica do contencioso administrativo. Somente assim o novo sistema poderá funcionar como verdadeiro instrumento de justiça tributária, equilibrando eficiência decisória com respeito aos princípios constitucionais brasileiros e consolidando um modelo de federalismo cooperativo que fortaleça, em vez de enfraquecer, as garantias processuais dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 5º, LV.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARE. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sin-con/public/pages/index.jsf>. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Súmula nº 28. A instância administrativa não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Disponível em: <https://carf.economia.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2025.

BRASIL. Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal. *Diário Oficial da União*.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023. Atualizado até a Portaria nº 528, de 2 de abril de 2024.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Para uma teoria da norma jurídica: da teoria da norma à regra-matriz de incidência tributária*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2019.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 150-151.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 807
- INSTITUTO DOS AUDITORES FISCAIS DO ESTADO DA BAHIA (IAF). *Reforma Tributária – Parte 15. Comitê Gestor do IBS. Texto 1*. Salvador: IAF, 07 ago. 2024. Disponível em: <https://iaf.org.br/conteudo/9819/reforma-tributaria-parte-15-comite-gestor-do-ibs-texto-1>. Acesso em: 13 set. 2025.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão; BEDÊ, Fayga Silveira. A força vinculante dos precedentes administrativos e o seu contributo hermenêutico para o Direito. *AC&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, out./dez. 2016, p. 249.
- MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 433.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 4. ed., rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MASCARENHAS, Caio Gama. Comitê Gestor do IBS e seu papel no equilíbrio fiscal interfederativo. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 6, n. 3, set./dez. 2023.
- MEDAUAR, Odilon. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 55.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2018. 154
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume Único*. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, [S.l.], v. 15, n. 03, 2016. DOI: 10.25109/2525-328X.v.15.n.03.2016.854. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>. Acesso em: 13 set. 2025.
- PONTALTI, Mateus. *Comentários à Reforma Tributária – EC 132/2023: entenda o que mudou e por que mudou*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 82.
- RAMOS, Roberto Arylton Paula. *Dissertação: Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional*. Brasília: IDP – Instituto Brasileiro de Direito Público, 2024. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/5270/1/Disserta%20c3%a7%20c3%a3%20ROBERTO%20ARYLTON%20PAULA%20RAMOS_Mestrado%20Acad%20c3%aamic%20em%20Direito%20Constitucional.pdf. Acesso em: 13 set. 2025.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz. *A Estrutura do Comitê Gestor do IBS – propostas de aprimoramento ao PLP 108/24*. p. 2.
- SPADA, Gabriel Gouveia. Esvaziamento do contencioso administrativo tributário no PLP 108/24. *JOTA*, 13 set. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/esvaziamento-do-contencioso-administrativo-tributario-no-plp-108-24>. Acesso em: 15 set. 2025.
- STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- TORRES, Heleno Taveira. O processo administrativo tributário e a tutela da confiança. In: DERZI, Misabel A. M. (coord.). *Processo Administrativo e Judicial Tributário: Estudos em Homenagem a James Marins*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 375-402.
- VILLAS-BÔAS, Marcos de Aguiar. *Carf deve cancelar súmula que impede controle de constitucionalidade*. SEDEP, [s.d.]. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/carf-deve-cancelar-sumula-que-impede-controle-de-constitucionalidade/>. Acesso em:
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

REVISÃO DA VIDA TODA: MODULAÇÃO DOS EFEITOS APÓS O JULGAMENTO DAS ADIS 2.110 E 2.111

Fabio Alessandro Fressato Lessnau⁵⁵³

Gabriela Meloni Neri da Fonseca⁵⁵⁴

Resumo: O presente trabalho analisa a evolução histórica e normativa dos critérios de cálculo dos benefícios previdenciários no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), a partir da Constituição Federal de 1988, da redação original da Lei nº 8.213/1991 e de sua alteração pela Lei nº 9.876/1999. Objetiva-se, desse modo, examinar a controvérsia jurídica conhecida como “Revisão da Vida Toda”, que discute a possibilidade de inclusão das contribuições anteriores a julho de 1994 no cálculo do salário de benefício, quando mais vantajoso ao segurado. Para tanto, o estudo abordará os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (Tema 999), do Supremo Tribunal Federal (Tema 1.102), bem como os efeitos dos julgamentos das ADIs 2.110 e 2.111, que resultaram na superação da tese revisionista e na modulação de seus efeitos. Buscar-se-á, por fim, compreender os impactos jurídicos, econômicos e sociais dessas decisões no sistema previdenciário brasileiro.

Palavras-chave: Revisão da Vida Toda; Benefícios Previdenciários; Modulação dos Efeitos; Supremo Tribunal Federal.

⁵⁵³ Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Especialista em Processo Civil. Especialista em Direito Tributário. Especialista em Direito Previdenciário. Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABD-Const. Procurador Federal. Professor de Direito Previdenciário em Curso de Graduação e Pós-Graduação.

⁵⁵⁴ Bacharela em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR), Mestranda em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense (UNIPAR); Taxista CAPES/PRO-SUP/UNIPAR, Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Gran.

Abstract: The present work analyzes the historical and normative evolution of the criteria for calculating social security benefits in the General System of Social Security (RGPS), from the 1988 Federal Constitution, the original version of Law 8.213/1991 and its amendment by Law 9.876/1999. Aims to examine the legal controversy known as “Review of All Life”, which discussed the possibility of inclusion of contributions prior to July 1994 in the calculation of benefit salary, when more advantageous to the insured. The study addresses the precedents of the Superior Court of Justice (Theme 999), the Supreme Federal Court (Theme 1.102), as well as the effects of the judgments of ADIs 2.110 and 2.111, which resulted in overcoming the revisionist thesis and modulating its effects. The aim is to understand the legal, economic and social impacts of these decisions in the Brazilian social security system.

Keywords: Review of the whole life; Social Security Benefits; Modulation of effects; Supreme Court.

INTRODUÇÃO

A definição do critério de cálculo dos benefícios previdenciários no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) passou por significativas transformações a partir da Constituição Federal de 1988 e da edição da Lei nº 8.213/1991.

Inicialmente, o salário de benefício das aposentadorias era calculado com base na média dos 36 últimos salários de contribuição. Entretanto, a Lei nº 9.876/1999 promoveu uma alteração substancial ao instituir o cálculo sobre a média de 80% dos maiores salários de contribuição de todo o período contributivo, criando, ainda, uma regra de transição limitada às contribuições posteriores a julho de 1994.

Essa modificação legislativa originou intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, especialmente em torno da denominada “Revisão da Vida Toda”, tese que buscava a aplicação da regra definitiva em detrimento da regra de transição, quando mais vantajosa ao segurado.

A controvérsia alcançou as Cortes Superiores, sendo objeto de decisão pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 999) e, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1.102), culminando com o reconhecimento da constitucionalidade da regra de transição e a superação da tese revisionista.

Diante desse cenário, este estudo tem por objetivo analisar a evolução normativa, o embasamento jurisprudencial e os efeitos das decisões proferidas pelo STF, com especial destaque para a modulação dos efeitos que garantiu a irrepetibilidade dos valores já recebidos pelos segurados.

1. CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NA REDAÇÃO ORIGINAL DA LEI 8.213/1991 E SUA ALTERAÇÃO PELA LEI 9.876/1999

O ponto de partida para o estudo da tese da “Revisão da Vida Toda” passa pela análise histórica e compreensão dos critérios de cálculos dos benefícios previdenciários a partir da Constituição de 1988 e da Lei 8.213/1991.

Pela redação original do art. 202 da Constituição Federal, o salário de benefício das aposentadorias era calculado sobre a média dos 36 (trinta e seis) últimos salários de contribuição.

Essa regra estava regulamentada no artigo 29 da Lei 8.213/1991, que em sua redação original, estabelecia que o salário de benefício consistia na média aritmética simples de todos os últimos salários de contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 20/1998 desconstitucionalizou esse critério de cálculo do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), ao retirar do mandamento constitucional a menção ao número necessário de contribuições para o cômputo da renda mensal da prestação previdenciária (Araújo, 2018, p. 307).

Diante da ausência do impeditivo constitucional, a Lei 9.876/1999 alterou o art. 29 da Lei 8.213/1991, passando a definir que, para a aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição, o salário de benefício consistirá na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário.

Em verdade, essa nova forma de se apurar o salário de benefício, fixou em seu texto duas regras distintas: uma permanente, que alterou o critério originário na Lei 8.213/1991, e uma regra de transição.

Conforme a regra de transição prevista no art. 3º da Lei nº 9.876/1999, para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à sua publicação, que venha a cumprir os requisitos para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o cálculo do salário de benefício será feito com base na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição, correspondentes a, no mínimo, 80% de todo o período contributivo decorrido desde a competência de julho de 1994.

A data de corte fixada pela legislação – julho de 1994 – corresponde ao momento de implantação do Plano Real e ao início da estabilização econômica, caracterizada pela desaceleração da inflação. Com efeito, para evitar que os altos índices inflacionários anteriores a julho de 1994 afetassem negativamente o cál-

culo das aposentadorias, a nova lei determinou que os salários de contribuição pagos antes dessa data fossem desconsiderados.

Pela regra permanente, deve ser considerado todo o período contributivo do segurado, ao passo que, por meio da regra de transição, incidente sobre os segurados que já estavam inscritos no RGPS antes da publicação da Lei 9.876/1999, o início do período contributivo está limitado a julho de 1994, descartando-se, conseqüentemente, os salários de contribuição anteriores a essa competência (Alencar, 2022, p. 490).

A controvérsia sobre essa matéria surge com a interpretação da norma e sua aplicação prática, uma vez que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) aplica a regra de transição para todos os segurados que já estavam inscritos no RGPS antes da publicação da Lei 9.876/1999, e a regra permanente aos segurados inscritos posteriormente à vigência dessa lei.

Contudo, havia o entendimento – amparado no princípio do melhor benefício – de que, em cada caso, deve ser aplicada a regra mais vantajosa ao segurado, uma vez que ambas são válidas para todos os filiados ao regime (Lemes, 2022, p. 490).

Importante registrar que, em atenção ao princípio constitucional do direito adquirido (art. 5º, XXXVI), a Lei 9.876/1999 assegurou em seu art. 6º a aplicação dos critérios de cálculo segundo as regras vigentes até a publicação do novo regramento, desde que cumpridos todos os requisitos para concessão do benefício.

2. RECONHECIMENTO PELO STF DO DIREITO À REVISÃO NO JULGAMENTO DO RE 1.276.977

A controvérsia relativa à tese da “Revisão da Vida Toda” consiste em verificar a possibilidade de aplicação da regra definitiva, prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos segurados que ingressaram no sistema antes da publicação da Lei 9.876/1999.

Na prática, isso significa considerar, para o cálculo do salário de benefício, os 80% maiores salários de contribuição de todo o período básico de cálculo, sem restringir a inclusão apenas aos salários registrados a partir de julho de 1994, momento em que o Plano Real foi implantado.

À luz dessa dicotomia, a oportunidade de elevar substancialmente a renda dos benefícios motivou os segurados a ajuizarem cerca de 61.411 demandas revisionais relativas à tese da “Revisão da Vida Toda”, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgados no ano de 2024 (Yano, 2024).

Conforme a Nota Técnica SEI nº 4921/2020, elaborada pelo Ministério da Economia, a aprovação da tese da “Revisão da Vida Toda” resultaria em

um impacto financeiro de R\$ 46,4 bilhões ao longo de 10 anos. Esse montante seria composto por R\$ 3,6 bilhões em gastos anuais a partir de 2020, sendo R\$ 16,4 bilhões referentes a pagamentos retroativos e R\$ 26,4 bilhões destinados a prestações futuras (Serau Junior, 2023).

O expressivo aumento no número de ajuizamentos dessa espécie de demanda, aliado ao elevado impacto financeiro suportado pelo erário, tornou premente a manifestação das Cortes Superiores sobre o tema.

Com efeito, essa matéria foi julgada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos repetitivos, nos Recursos Especiais n.º 1.596.203 e 1.554.596.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o artigo 3º da Lei nº 9.876/1999 instituiu uma regra de transição, segundo a qual, para os segurados filiados à Previdência Social até o dia anterior à sua publicação, o cálculo do salário de benefício deve considerar apenas as contribuições realizadas a partir de julho de 1994.

Entretanto, essa regra transitória deveria ser vista em seu caráter protetivo, como é típico do Direito Previdenciário e, portanto, o art. 3º da Lei 9.876/1999 visaria garantir que os segurados não fossem atingidos de forma abrupta por regras mais rígidas de cálculo dos benefícios (Brasil, 2019).

Sustentou-se, ademais, que não se poderia admitir o descarte das contribuições mais elevadas recolhidas pelo segurado antes de julho de 1994, por ocasião da concessão do benefício, sem a devida análise dos impactos dessa medida na apuração do seu valor, sob pena de violação ao princípio da contrapartida (Brasil, 2019).

Dessa forma, deve ser resguardado ao segurado o direito à obtenção da prestação previdenciária mais vantajosa dentre aquelas cujos requisitos legais tenham sido preenchidos, adotando-se, para fins de cálculo, o critério que, com base no histórico contributivo, proporcione a maior renda mensal possível.

A controvérsia foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática dos recursos repetitivos, tendo sido registrada como Tema nº 999, ocasião em que se firmou a seguinte tese:

Aplica-se a regra definitiva prevista no artigo 29, incisos I e II, da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição **contida** no artigo 3º da Lei 9.876/1999, aos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999 (Brasil, 2019).

Essa decisão não só expandiu o alcance da tese da “Revisão da Vida Toda”, mas também motivou milhares de segurados a buscarem a reanálise de seus benefícios, resultando em um aumento significativo de ações judiciais sobre o tema (Cardoso; Silva Junior, 2024).

A despeito de a decisão do STJ ter motivado um aumento significativo das ações judiciais, denota-se que a doutrina, em sua maioria, entendeu apropriada a interpretação do STJ. Nesse sentido, José Antonio Savaris afirmou que “nos casos em que a regra transitória é prejudicial ao segurado, deve ser aplicada a regra definitiva, prevista no art. 29, I da Lei 8.213/1991, com a redação definida pela Lei 9.876/1999” (2018, p. 345).

O mesmo entendimento é manifestado por Sérgio Antônio Ferreira Victor, Artur Barbosa da Silveira e Jamili Simões, ao assentarem que os segurados têm o direito de receber a prestação previdenciária mais favorável, desde que cumpram os requisitos necessários para tal. Esse direito garante que, entre as opções disponíveis, seja aplicado o cálculo que resulte na maior renda mensal possível, considerando o histórico de contribuições do indivíduo (2023).

Em face da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o Instituto Nacional do Seguro Social interpôs o Recurso Extraordinário nº 1.276.977 perante o Supremo Tribunal Federal, tendo sido reconhecida a repercussão geral, ante a constatação de que a controvérsia transcende os limites subjetivos da lide e revela-se de significativa relevância sob os aspectos político, econômico e social.

No voto do Ministro Relator, destacou-se que, sob o ângulo da razoabilidade, não seria legítima a imposição da regra de transição mais gravosa que a definitiva, assim, cumpriria reconhecer ao contribuinte a prevalência do critério de cálculo que lhe proporcionasse a maior renda mensal possível, a partir do histórico das contribuições (Brasil, 2023).

Ademais, o ministro concluiu seu raciocínio afirmando que, se os recolhimentos das contribuições previdenciárias de maiores valores foram realizados em período anterior a julho de 1994, pertinente é aplicar a regra definitiva de apuração do salário de benefício, por ser mais vantajosa para aquele segurado que se filiou antes da publicação da Lei nº 9.876/1999 (Brasil, 2023).

Em outros termos, a não aplicação desse entendimento resultaria em tratamento não isonômico dos segurados diante da injusta diferenciação em relação àqueles que realizaram no início da vida profissional, e antes de julho de 1994, contribuições mais elevadas, além de impor óbice à aplicação do direito ao melhor benefício.

O julgamento pelo STF finalizou com a fixação da seguinte tese, registrada como Tema 1.102:

O segurado que implementou as condições para o benefício previdenciário após a vigência da Lei 9.876, de 26.11.1999, e antes da vigência das novas regras constitucionais, introduzidas pela EC 103/2019, tem o direito de optar pela regra definitiva, caso esta lhe seja mais favorável (Brasil, 2023).

Após o julgamento do RE 1.276.977, o INSS opôs embargos de declaração e requereu a suspensão de todos os processos que tratassem da mesma

controvérsia do Tema 1.102, aduzindo que seria necessário quantificar os benefícios passíveis de revisão, estimar o impacto financeiro, aferir as condições estruturais para a execução da decisão vinculante e apresentar um cronograma de implementação viável.

O STF atendeu o pedido do INSS e suspendeu os processos que tramitavam nas instâncias de origem até a decisão definitiva dos declaratórios. Ocorre que, antes do julgamento desses aclaratórios, a Corte Constitucional julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 2.110 e 2.111, com reflexo imediato no julgamento do RE 1.276.977, conforme será apresentado no próximo tópico.

3. JULGAMENTO DAS ADIS 2.110 E 2.111 E SUA REPERCUSSÃO NA TESE DA REVISÃO DA VIDA TODA (TEMA 1.102)

No dia 1º de dezembro de 1999, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.110, que questionava constitucionalidade dos arts. 2º (em parte), 3º, 5º, 6º, 7º e 9º da Lei 9.876/1999. Na mesma data, ajuizou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.111, mais ampla, na qual se pretendia a inconstitucionalidade integral da Lei 9.876/1999 em relação ao seu aspecto formal, e os arts. 2º e 3º, na ótica material (Brasil. STF, 2024a).

Em razão da ocorrência de fenômeno semelhante ao da continência, as demandas foram reunidas para tramitação e apreciação conjunta para que tivessem resultados homogêneos, a despeito de terem sido propostas por legitimados diferentes na mesma data.

Então, no dia 21 de março de 2024, cerca de 25 anos após o ajuizamento dessas demandas, na ADI 2.110, o STF declarou a constitucionalidade dos arts. 3º (com força cogente), 5º, 6º, 7º e 9º (no ponto em que revogada a Lei Complementar n. 84/1996) da Lei 9.876/1999, bem como dos arts. 25, 26 e 29, *caput*, incisos I e II e §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.213/1991, na redação conferida pela Lei 9.876/1999, e do art. 67 da Lei 8.213/1991, consoante à redação da Lei 9.876/1999 (Brasil. STF, 2024a).

Quanto à ADI 2.111, reconheceu-se a constitucionalidade formal da Lei 9.876/1999, bem como a constitucionalidade formal e material do art. 29, *caput*, incisos I e II e §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.213/1991, na redação dada pela Lei 9.876/1999, e do art. 3º da Lei 9.876/1999 (com força cogente) (Brasil. STF, 2024a).

Delimitando-se a decisão do STF ao objetivo deste estudo, observa-se que foi reconhecida a constitucionalidade da regra de transição, descrita no art. 3º, da Lei 9.876/1999, e da regra permanente, fixada no art. 29 da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Lei 9.876/1999.

Nessas decisões proferidas nas ADIs 2.110 e 2.111, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a Constituição Federal proíbe expressamente a aplicação

de critérios diferenciados para a concessão de benefícios previdenciários. Por isso, o segurado não pode escolher a forma de cálculo que lhe for mais vantajosa (seja ela anterior ou posterior à vigência da Lei nº 9.876/99), devendo se submeter à legislação vigente (Cardoso; Silva Junior, 2024).

Em verdade, a superação da tese da “Revisão da Vida Toda” pelo STF revela a adoção de uma interpretação estritamente legalista e de caráter restritivo. Não obstante a existência de contribuições anteriores a julho de 1994, a limitação imposta pela decisão configura um verdadeiro retrocesso, ao privilegiar a arrecadação em detrimento da proteção social, frustrando a oportunidade de aperfeiçoamento do sistema previdenciário e vulnerando o princípio da contrapartida (Salvador, 2025).

Insta salientar que constou no voto do Ministro Relator o reconhecimento da ligação entre as ADIs 2.110 e 2.111 e o julgamento do RE 1.276.977, relativo ao Tema n. 1.102/RG e, diante da declaração de constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.876/1999, não seria facultado aos segurados optarem pela regra mais favorável, nos seguintes termos:

Ressalto, outrossim, que a maioria dos ministros entendeu presente interseção entre as ações ora em julgamento e o RE 1.276.977, caso-líder do Tema n. 1.102/RG. Embora estejam pendentes de exame os embargos de declaração nesse paradigma, em que, num primeiro instante, eu considerava mais bem-posta a discussão, o Plenário compreendeu, majoritariamente, na esteira do voto do ministro Luís Roberto Barroso, que o art. 3º da Lei n. 9.876/1999 possui força cogente, de sorte que não haveria opção aos contribuintes quanto à regra mais favorável, para efeito de cálculo do salário de benefício (Brasil; STF, 2024a).

Esse ponto ficou expresso no julgamento dos embargos de declaração, momento que o STF reafirmou que as decisões proferidas nas ADIs 2.110 e 2.111, em 2024, ocasionaram a superação da tese do Tema 1.102 (Brasil; STF, 2024b).

Em novos embargos de declaração, assentou-se a modulação dos efeitos da decisão, consistente na irrepetibilidade dos valores recebidos pelos segurados em virtude de “decisões judiciais, definitivas ou provisórias, prolatadas até 5/4/24, data da publicação da ata de julgamento do mérito das ADI nºs 2.110/DF e 2.111/DF”. Por outro lado, ficaram mantidas as eventuais repetições que já haviam sido realizadas (Brasil; STF, 2025a)

4. JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RE 1.276.977: MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Conforme visto no tópico anterior, as decisões proferidas nas ADIs 2.110 e 2.111 repercutiram no julgamento do RE 1.276.977, ao ponto de invalidarem a tese que havia sido firmada no Tema 1.102.

Desse modo, o STF restabeleceu o andamento do RE 1.276.977 que estava suspenso em razão do acolhimento de pedido do INSS de prazo para quantificar os benefícios passíveis de revisão, estimar o impacto financeiro, aferir as condições estruturais para a execução da decisão vinculante e apresentar um cronograma de implementação viável.

Com o regular prosseguimento do trâmite processual, foram acolhidos os embargos de declaração opostos pelo INSS, com atribuição de efeitos infringentes, a fim de cancelar a tese de repercussão geral anteriormente fixada no Tema nº 1.102 e, em substituição, estabelecer nova redação para a referida tese, conforme transcrição a seguir:

A declaração de constitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.876/1999 impõe que o dispositivo legal seja observado de forma cogente pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública, em sua interpretação textual, que não permite exceção. O segurado do INSS que se enquadre no dispositivo não pode optar pela regra definitiva prevista no art. 29, I e II, da Lei n. 8.213/1991, independentemente de lhe ser mais favorável (Brasil; STF, 2025b)

Ainda, o STF modulou os efeitos dessa decisão, consignando as seguintes regras a serem observadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário:

a) a irrepetibilidade dos valores percebidos pelos segurados em virtude de decisões judiciais, definitivas ou provisórias, prolatadas até 5/4/24, data da publicação da ata de julgamento do mérito das ADI nºs 2.110/DF e 2.111/DF;

b) excepcionalmente, no presente caso, a impossibilidade de se cobrarem valores a título de honorários sucumbenciais, custas e perícias contábeis dos autores que buscavam, por meio de ações judiciais pendentes de conclusão até a referida data, a revisão da vida toda.

Ficam mantidas as eventuais repetições realizadas quanto aos valores a que se refere o item a) e os eventuais pagamentos quanto aos valores a que se refere o item b) efetuados”; (...) (Brasil; STF, 2025c).

Denota-se que tanto a decisão proferida na ADI nº 2.111 quanto a proferida no RE nº 1.276.977, no que tange à modulação dos efeitos, guardam similitude, evidenciando a busca por coerência jurisprudencial e pela aplicação uniforme dos efeitos das decisões.

Portanto, o STF, ao modular os efeitos da decisão que não reconheceu a tese da “revisão da vida toda”, determinou a irrepetibilidade dos valores já recebidos. Isso significa que os beneficiários não precisarão devolver os montantes recebidos por meio de decisões judiciais, sejam elas provisórias ou definitivas. A irrepetibilidade abrange também honorários sucumbenciais, custas processuais e honorários de perícia contábil. Todavia, na hipótese de algum valor já ter sido restituído, o INSS não os devolverá, tendo em vista que foram ingressados aos cofres públicos (Serau Junior, 2025).

Por fim, fixou-se, como marco temporal para a modulação dos efeitos, a data de 5 de abril de 2024, quando foi publicada a Ata de julgamento das ADIs 2.110 e 2.111. Isso implica que as decisões judiciais que concederam a revisão até essa data serão reformadas. No entanto, os aposentados não serão obrigados a devolver os valores correspondentes a eventuais reajustes já recebidos em seus benefícios (Serau Junior, 2025).

5. ASPECTOS PROCESSUAIS CIVIS DA REVISÃO DA VIDA TODA

A controvérsia em torno da “Revisão da Vida Toda” não se restringe ao Direito Previdenciário, mas também repercute intensamente no Direito Processual Civil, sobretudo no que diz respeito à repercussão geral, aos recursos repetitivos e à modulação dos efeitos das decisões.

No âmbito processual, o Superior Tribunal de Justiça analisou a matéria sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 999), o que garantiu uniformização da jurisprudência nos tribunais de todo o país. Esse instituto, previsto no Código de Processo Civil de 2015, tem como objetivo assegurar a estabilidade, a coerência e a integridade do sistema jurídico (art. 926, CPC/2015).

Sobre o efeito vinculante Didier Jr, Braga e Oliveira (2015) destacam que:

Deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação. No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, NCP. (Didier Jr.; Braga; Oliveira, 2015, p. 455).

Posteriormente, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 1.276.977 foi realizado sob o regime da repercussão geral (Tema 1.102). Esse instituto processual, disciplinado no art. 1.035 do CPC/2015, objetiva selecionar os recursos com relevância política, social, econômica e jurídica, para que suas decisões tenham efeitos vinculantes em todo o Judiciário.

Nesse sentido, Marinoni e Mitidiero (2013) observam que:

Insere-se a repercussão geral como uma técnica processual que conspira para a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (que é necessariamente prestada em tempo razoável), estimulando ainda a compatibilização vertical das decisões judiciais, prestando homenagem ao valor da igualdade e perseguindo a racionalização da atividade judiciária. (Marinoni; Mitidiero, 2013).

Outro aspecto processual relevante foi a modulação dos efeitos da decisão. O STF, em sede de embargos de declaração no RE 1.276.977, atribuiu-lhes

efeitos infringentes, cancelando a tese anterior e fixando nova redação vinculante. Essa técnica processual encontra respaldo no art. 1.022 do CPC/2015, que autoriza os embargos para corrigir obscuridade, contradição ou omissão, e, excepcionalmente, admitir efeitos modificativos. Além disso, a modulação dos efeitos, prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/1999, foi aplicada por analogia, preservando a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima dos segurados que já haviam obtido decisões favoráveis.

Destarte, denota-se que a discussão da “Revisão da Vida Toda” extrapolou os limites materiais do Direito Previdenciário, inserindo-se em um contexto processual sublinhado pela aplicação dos instrumentos do CPC/2015 destinados à uniformização da jurisprudência, à eficácia vinculante das decisões e à preservação da segurança jurídica.

6. SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES E SEGURANÇA JURÍDICA

A trajetória da tese da “Revisão da Vida Toda” revela um exemplo emblemático dos desafios que o sistema de precedentes vinculantes enfrenta no ordenamento jurídico brasileiro. Como elucidado, houve, em um curto espaço de tempo, a fixação de entendimentos contraditórios pelas Cortes Superiores, ora reconhecendo, ora afastando a possibilidade de inclusão das contribuições anteriores a julho de 1994 no cálculo do salário de benefício.

Conforme observam Cardoso e Silva Junior (2024), a sucessão de decisões antagônicas, em sede de repercussão geral e em controle concentrado de constitucionalidade, evidenciou uma situação crítica de insegurança jurídica, comprometendo a previsibilidade e a confiança dos jurisdicionados no sistema de justiça.

No plano processual, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em seu art. 926, os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência na jurisprudência. Nesse sentido, a superação de precedentes deve observar um ônus argumentativo qualificado, não podendo decorrer apenas da mudança na composição do colegiado ou da alteração da convicção individual dos julgadores. Por conseguinte, a oscilação da jurisprudência sobre a “Revisão da Vida Toda” reforça a necessidade de maior rigor metodológico para a modificação de entendimentos vinculantes.

Nessa esteira, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha buscado mitigar os impactos sociais e econômicos da reversão jurisprudencial por meio da modulação de efeitos, a experiência da “Revisão da Vida Toda” demonstra que a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima são pilares que devem guiar a atuação do Judiciário, especialmente em matérias de elevada repercussão social.

CONCLUSÃO

A análise da evolução legislativa e jurisprudencial acerca do cálculo dos benefícios previdenciários demonstra a complexidade do sistema de seguridade social brasileiro e a constante tensão entre a proteção dos direitos dos segurados e a necessidade de preservação do equilíbrio atuarial da Previdência Social. Como deslindado, a tese da “Revisão da Vida Toda”, ao propor a inclusão das contribuições anteriores a julho de 1994 na base de cálculo do salário de benefício, trouxe à tona relevantes discussões constitucionais sobre o princípio da isonomia, a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.

No campo do Direito Processual Civil, o caso evidencia a importância dos instrumentos de uniformização da jurisprudência, como os recursos repetitivos e a repercussão geral, previstos no Código de Processo Civil de 2015, além do papel do Supremo Tribunal Federal na definição de teses jurídicas vinculantes. Nessa senda, a utilização dos embargos de declaração com efeitos modificativos e a posterior modulação dos efeitos da decisão reforçam a dimensão processual da controvérsia, revelando como o processo é, ao mesmo tempo, meio de tutela de direitos individuais e mecanismo de estabilização do ordenamento jurídico.

Conclui-se, portanto, que a superação da tese revisionista pelo STF, embora tenha gerado frustração em parte dos segurados, reafirma a prevalência da segurança jurídica e da previsibilidade como valores estruturantes do sistema jurídico brasileiro. Assim, a decisão final da Corte, ao modular os efeitos para proteger os segurados que já haviam obtido decisões favoráveis, buscou conciliar a necessidade de uniformidade interpretativa com a preservação da confiança depositada nas decisões judiciais anteriores, representando um marco relevante tanto para o Direito Previdenciário quanto para o Direito Processual Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Cálculo dos Benefícios Previdenciários: regime geral de previdência social**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Primeira Seção). **Recurso Especial 159.203**. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL [...]. Recorrido: Vanderlei Martins de Medeiros. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 11 de dezembro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104617642&num_registro=201500897966&data=20191217&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 set. 2025.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1.276.977**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. TEMA 1102 DA REPERCUSSÃO GERAL [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Marco Aurélio, 01 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5945131>. Acesso em: 08 set. 2025.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.110**. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRIMEIRA REFORMA DA PREVIDÊNCIA [...]. Recorrente: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL – PC DO B e Outros. Relator: Nunes Marques, 21 de março de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1795150>. Acesso em: 09 set. 2025.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.110. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. AMICUS CURIAE [...]. Embargante: CNTM e Outros. Embargado: Presidente da República e Outros. Relator: Nunes Marques, 30 de setembro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1795149>. Acesso em: 10 set. 2025.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.111. DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO [...]**. Embargante: CNTM e Outros. Embargado: Presidente da República e Outros. Relator: Nunes Marques, 10 de abril de 2025. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1795149>. Acesso em: 10 set. 2025.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 1.276.977**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Alexandre de Moraes, 14 de junho 2025. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15377941448&text=.pdf>. Acesso em: 10 set. 2025.

CARDOSO, Oscar Valente; SILVA JUNIOR, Adir José da. **A Revisão da Vida Toda: Aspectos Processuais**. Revista de Previdência Social, n.º 528, fl. 775-779, nov. 2024.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: JUS Podivm, 2009.v. 1

_____. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JUS Podivm, 2015. v.2.

LEMES, Emerson Costa. **Manual de Cálculos Previdenciários: benefícios e revisões**. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALVADOR, Henrique Sérgio. **STF e o Fim da Revisão da Vida Toda**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, n.º 432, p. 237-239. 2025.

SAVARIS, José Antonio. **Compêndio de Direito Previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2018.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Revisão da Vida Toda: Análise Estrutural e Sistêmica do Julgamento Proferido pelo STF no Tema 1102**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, n.º 404, p. 19-28, fev. 2023.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Modulação de Efeitos na Revisão da Vida Toda**. IEPREV, 2025. Disponível em: <https://www.ieprev.com.br/blog/modulacao-de-efeitos-na-revisao-da-vida-toda>. Acesso em: 11 set. 2025.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira; SILVEIRA, Artur Barbosa; SIMÕES, Jamili. **Revisão da Vida Toda: O mais recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal (Tema 1.102) e a problemática envolvendo a execução do julgado**. Revista dos Tribunais, Revista de Direito do Trabalho, vol. 231/2023, p. 331-350, set-out. 2023.

YANO, Célio. Governo tenta limitar revisão de aposentadorias pelo STF e fala em custo de até R\$ 480 bi. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 27 fev. 2024. Economia. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/governo-tenta-limitar-revisao-de-aposentadorias-pelo-stf-e-fala-em-custo-de-ate-r-480-bi/>. Acesso em: 08 set. 2025

**NORMAS JURÍDICAS, METAINTERPRETAÇÃO
E PRINCÍPIOS JURÍDICOS – QUAL O CONTEÚDO
DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS E COMO O BRASIL AS RECEPCIONA**

*LEGAL RULES, META-INTERPRETATION AND LEGAL
PRINCIPLES. WHAT IS THE CONTENT OF THE DECISIONS
OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS E
HOW BRAZIL RECEPTS IT*

Rafael Guimarães⁵⁵⁵

Silvio Alexandre Fazolli⁵⁵⁶

Marcos Noboru Hashimoto⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ Pós-doutor em Direito pela Universidade de Bolonha (Itália), com enfoque em Direitos Humanos. Pós-doutor em Processo e Cidadania pelo Programa Nacional de Pós-doutorado da *Capes* (PNPD), vinculado à UNIPAR-Umuarama. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Possui cursos de administração em escritórios de advocacia pela Fordham Law School (Nova Iorque-EUA) e pela Harvard Law School (Boston-EUA). Professor de História do Direito no Centro Universitário Ingá – UNINGÁ. Advogado. rafael@medina.adv.br

⁵⁵⁶ Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Mestre em Tutela dos Direitos Supra-Individuais pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-graduado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável junto a PUCPR. Professor efetivo junto aos cursos de graduação e especialização em Direito da Universidade Estadual de Maringá-UEM e do Centro Universitário Ingá – UNINGÁ. Advogado. fazolli@gmail.com

⁵⁵⁷ Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial (concentração: Direito Processual Civil) pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (atual UNIVEM) e em Direito dos Contratos pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS/CEU – São Paulo/SP). Professor Temporário do Curso de Graduação da Universidade Estadual de Maringá/PR – UEM. Professor de Direitos Humanos e da Personalidade do Centro Universitário Ingá – UNINGÁ. Diretor de Ensino (gestão atual) do IPDP – Instituto Paranaense de Direito Processual. Advogado. mnhashimoto2@uem.br

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar um breve estudo sobre as características das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos de San José – Costa Rica, e como tais decisões influenciam os julgamentos dos Estados-partes. O objetivo é trazer algumas premissas sobre norma jurídica, metainterpretação, princípios jurídicos e analisar como são detectados tais fenômenos nas decisões advindas da mencionada Corte intercontinental. Além disso, busca-se identificar as normas gerais (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) que regulamentam o funcionamento da Corte para realizar uma análise se esta tem a função de estabelecer normas ou princípios, e ainda como tais fontes do direito devem ser vistas no sistema jurídico brasileiro tendo em vista nosso ordenamento.

Palavras-chave: Princípios e Normas Jurídicas. Direitos Humanos. Direito Internacional. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Geradora de Normas Jurídicas de Direitos Humanos no Direito Brasileiro.

ABSTRACT

The present work aims to conduct a brief study of the characteristics of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights of San José, Costa Rica, and how these decisions influence the decision on the american countries. The goal is to present some premises on legal norms, meta-interpretation, and legal principles and to analyze how these principles and to analyze how these phenomena are detected in the decisions of the aforementioned intercontinentam Court. Furthermore, it seeks to identify the general rules (Inter-American Convention on Human Rights) that regulate the functioning of the Court to analyze whether it has the function of establishing rules or principles, and also how these sources of law be viewed in the Brazilian legal system within our legal rules.

Keywords: Legal Principles and Rules. Human Rights. International Law. Inter-American Court of Human Rights. Promoter of Legal Rules of Human Rights in Brazilian Law.

INTRODUÇÃO

Quando se fere a temática da influência das decisões das Cortes intercontinentais, em específico a Corte Interamericana de Direitos Humanos de San José – Costa Rica, possivelmente vem à mente “no quê” essas decisões influenciam o direito brasileiro.

Afora uma eficácia (ou não) jurisdicional – o que seria assunto para outro artigo e, por ora, posiciona-se por uma eficácia jurisdicional mínima – vem à tona a utilização das premissas das referidas decisões como fundamento jurídi-

cos em muitos pronunciamentos judiciais no Brasil. Somando-se ao fato de que as decisões são advindas de um tribunal, em tese, hierarquicamente superior às nossas próprias Cortes Superiores, nos vem à pauta a que título essas decisões são usadas como fundamento nos julgamentos realizados aqui no Brasil.

Esmiuchando mais a questão, o que se pretende discutir no presente estudo é a modalidade de fonte do direito com que estamos lidando, se adentram no nosso sistema jurídico como norma jurídica, princípio jurídico, ou até mesmo ventilar se a referida Corte é uma geradora de normas jurídicas, algo similar a dispositivos legais com força de princípios jurídicos ou alguma outra figura jurídica.

Por isso, convém realizar um estudo ontológico sobre conteúdo dos pronunciamentos judiciais; sobre princípios jurídicos; normas jurídicas e meta interpretação, mas sempre se atendo ao arcabouço legislativo que orbita em torno da mencionada Corte interamericana, bem como o modo como nossos tribunais analisam os pronunciamentos da referida Corte.

1. PRIMEIRAMENTE, UMA CLASSIFICAÇÃO PROCESSUAL. OS PRONUNCIAMENTOS PROFERIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA CLASSIFICAÇÃO ENQUANTO EFICÁCIA DE UMA DECISÃO JUDICIAL

Imaginando uma decisão judicial que possa influenciar os pronunciamentos brasileiros, nos cabe primeriamente tentar entender a norma jurídica do caso concreto julgado em San José, mas sob o prisma das classificação das decisões (ou sentenças) no direito brasileiro quanto a sua eficácia.

A sentença judicial, quando analisada sob uma teoria mais clássica, tem as eficácias condenatória – quando determinar o cumprimento de uma obrigação –; constitutiva – quando determinar o início ou fim de um(a) direito/relação jurídica –; ou ainda a declaratória – quando a eficácia declaratória (a declaração de um direito ou inexistência deste, que sempre ocorre em sentenças) for a eficácia preponderante de uma decisão judicial. Esta seria uma classificação trinária dos conteúdos das sentenças.

Uma classificação mais atual, que no Brasil passou a ser adotada após os estudos de Pontes de Miranda, é a classificação quinária. Nessa classificação, além das três modalidades presentes na classificação segundo a teoria trinária, inserem-se a sentença *mandamental* – que seria uma decisão com uma eficácia preponderante de ordem judicial, assemelhando-se a uma condenação a uma obrigação de fazer ou a uma sentença de mandado de segurança –; e ainda a sentença executiva *lato sensu* – hipótese em que a sentença contém provimentos ou cumprimento de provimentos executivos ainda no processo de conhecimen-

to, a exemplo de uma sentença de despejo. Porém, como adverte José Carlos Barbosa Moreira, ainda assim, contando com uma dose de aquiescência do devedor da obrigação que cumpriu o provimento liminar sem se insurgir⁵⁵⁸.

Com o máximo respeito ao saudoso processualista, a eficácia executiva *lato sensu* pode ser atingida quando se ajuíza uma ação de busca e apreensão e por mandado judicial – sem qualquer ato de vontade do devedor –, a coisa é “transportada” da esfera patrimonial do devedor para a do credor ainda na fase de conhecimento e a sentença judicial tem mais um cunho de reconhecer a legalidade do ato, sem a necessária execução de ato futuro em processo próprio. O que se adequaria ao conceito de Pontes de Miranda⁵⁵⁹.

Tomando-se por base os mencionados conceitos processuais e interpretando-se os arts. 63 e 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos, constata-se que uma das eficácias das sentenças da Corte Interamericana é a eficácia condenatória, pois a mudança no mundo fático do caso decidido em si é, preponderantemente, nas sentenças procedentes, a de arbitrar indenizações, embora não modifique decisões dos Estados-parte, visto que as sentenças da Corte não estabelecem outra modalidade de obrigação, em regra.

Porém, contudo, a Corte Interamericana é a única competente para “dizer o direito” descrito na Convenção, de acordo com o art. 33, “b”.

Ou seja, mais do que arbitrar uma indenização, a Corte Interamericana preponderantemente declara como deve ser entendido o direito em uma situação

⁵⁵⁸ “Nenhuma sentença, seja qual for, é capaz, só por si, de produzir efeitos fora do mundo jurídico; para atingir o mundo dos fatos, necessita sempre de alguma atividade subsequente, que transforme a realidade para conformá-la àquilo que se julgou. Tome-se o exemplo da sentença que julga procedente o pedido em ação de despejo exemplo pertinente, pois essa sentença figura entre as que Pontes de Miranda incluía na classe em foco. Decretado simplesmente o despejo, que “valor”, se desloca, ipso facto, do patrimônio do réu para o do autor? Nem sequer há de supor que o objeto da locação passe, como por golpe de mágica, das mãos do locatário para as do locador. Isso apenas virá a acontecer, de modo bastante prosaico e nada espetacular, no momento em que o locatário, voluntariamente, entregue a coisa ao locador, ou naquele outro em que se cumpra o mandado de evacuação: antes, não, posto que a sentença transite em julgado. Quando quer que se perfaça a restituição do imóvel locado, a sentença já terá ficado para trás, reduzida à condição de mero pressuposto ou fundamento (não causa eficiente!) da “mudança no mundo exterior”. Em outras palavras: já não se estará no plano da cognição (ou, caso se prefira, do julgamento), e sim no da efetivação da norma sentencial. É por meio dessa atividade jurisdicional complementar que se modifica o estado de fato algo que à sentença, insista-se à exaustão, de maneira alguma é dado operar *ex marte próprio*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença executiva? In: *Revista de Processo* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 148.)

⁵⁵⁹ “...a sentença favorável nas ações executivas retira valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e põe no no patrimônio do demandante” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo VII. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. p. 38.

fática e, como os Estados-partes são obrigados a aplicar as normas sobre os direitos humanos – por ser a Corte Interamericana a única titular na interpretação dos referidos direitos –, sendo que os órgãos jurisdicionais têm o dever de aplicar o entendimento da Corte Interamericana em todos os momentos em que a *ratio decidendi* do julgamento da Corte puder ser assemelhado aos casos julgados no direito interno dos Estados-parte.

Portanto, no caso das decisões da Corte Interamericana, como aquelas “instituem normas jurídicas para aplicação *ex nunc* nos Estados-parte”, a eficácia preponderante das decisões da Corte é *declaratória*, até por ser essa a função principal da mencionada Corte.

Os pronunciamentos da Corte Interamericana exteriorizam como deve ser entendido o direito em uma situação jurídica. Desta forma, as decisões se assemelham ao que Cortes superiores brasileiras exercem de função nos países. Sendo assim, ditam princípios, normas jurídicas ou até mesmo princípios de direito (premissas normativas) como no direito italiano.

Esse detalhamento sobre princípios jurídicos, normas jurídicas e a analogia feita com as Cortes de vértice serão mais esmiuçados posteriormente.

2. DOS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA NO SISTEMA JURÍDICO. A CORTE INTERAMERICANA DITA PRINCÍPIOS?

2.1. Dos conceitos básicos sobre princípios

O processo, como adverte Eduardo Couture,⁵⁶⁰ é dialético, na concepção de Hegel, e, por isso, manifesta-se por meio de uma tese (no processo, por uma petição inicial ou razões recursais, dependendo do caso), uma antítese (contestação ou contrarrazões recursais, conforme a situação) e uma síntese (sentença ou acórdão, segundo os exemplos). Observe-se que sempre haverá uma provocação ao Judiciário, uma manifestação do sujeito passivo da relação jurídica processual e uma resposta do magistrado para que se manifeste sobre essa lide, mediante a tutela jurisdicional que o caso exige. Em regra, tal procedimento deve ser respeitado para todo ato durante uma demanda.

Destarte, ainda segundo o processualista uruguaio, não é somente a aplicação das regras da dialética em um processo que dá legitimidade ao mesmo, é necessária a distribuição razoável das oportunidades dadas às partes ao longo da demanda de forma ordenada e com igualdade de oportunidades para manifes-

⁵⁶⁰ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 181, e ainda, cf. CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 266.

tarem seus direitos. A exata aplicação do devido processo legal em seu sentido substancial, ou seja, a melhor forma de se distribuir as oportunidades às partes em uma relação processual e a sua efetiva atuação é regulamentada pelos princípios jurídicos.

Os princípios são verdadeiros mandamentos que funcionam como setentrão para a elaboração de regras subsidiárias, ou, ainda, valores agregados para a resolução de situações conflitantes entre normas. Em outras palavras, são bases de sustentação de um sistema ou de uma nação⁵⁶¹.

A palavra “princípio” possui várias acepções. Gramaticalmente seria o “momento em que uma coisa tem origem”, “fonte primária de matéria básica ou energia”, “momento em que se faz algo pela primeira vez”. Muito embora autores como Francesco Carnelutti adotem definição semelhante, ao assinalar que princípio “é o ponto de partida do ciclo”,⁵⁶² para o estudo jurídico do termo, e visando embasar as ideias transcritas no presente trabalho, a definição a ser adotada, embora as até aqui trazidas não sejam erradas, deve ser diferente.

Entendemos que princípio deve ser lei, doutrina ou acepção fundamental em que outras são baseadas ou em que outras são derivadas. Essa é a função a ser ventilada. “É corrente em sede doutrinária a concepção de que o princípio, e, de certo modo, o princípio jurídico, liga-se à ideia de início, origem, ou ainda, de causa primária de um evento. Tal concepção, entretanto, parece-nos mais apropriada à noção filosófica de princípio, como elemento que se antepõe a uma dedução, não servindo por si, para explicar satisfatoriamente o fenômeno principiológico do direito”.⁵⁶³

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos indica várias características interessantes acerca do termo “princípio”, diferenciações retiradas dos textos do italiano Riccardo Guastini, o qual afirma que: “(a) princípios são normas providas de um alto grau de generalidade; (b) princípios são normas de um alto grau de indeterminação, que requerem concretização por via interpretativa para que possam ser aplicados a casos concretos; (c) princípios são normas de caráter pragmático; (d) princípios são normas de elevada posição na hierarquia nas fontes do direito; (e) princípios são normas que desempenham função fundamental no sistema jurídico como um todo, ou num de seus subsistemas; (f) princípios

⁵⁶¹ “Principle is never used as adjective; it’s a noun meaning a law or moral rule (“I am a person of principles”) or a general preposition that is the foundation of a system of belief or reasoning (“the principles of tort law”).” (GIDI, Antonio; WEIHOFEN. *Legal writing style*. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 2018. p. 52)

⁵⁶² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 57.

⁵⁶³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1.

são normas cuja função é fazer a escolha de outras disposições normativas aplicáveis aos casos singulares.”⁵⁶⁴

Em tese, em tais características já se ventilam todas as constantes nos princípios jurídicos. Os mesmos possuem função importantíssima no sistema jurídico, desempenham função norteadora nas decisões judiciais e não podem ser descartados pela especialidade das normas jurídicas, mas somente pela prevalência de um princípio sobre outro.

Os princípios possuem um elevado grau de generalidade, ou seja, uma abstração do real sentido da palavra, e por um motivo muito simples: devido à função norteadora dos princípios, estes devem abarcar o maior número de situações possíveis. Devem conter mandamentos que sejam aplicáveis ao número de casos concretos em que seja permitida a interpretação.

A característica de alto grau de importância no sistema jurídico é praticamente uma decorrência do caráter genérico dos princípios⁵⁶⁵. Como os princípios são normas genéricas, dos quais se retiram conceitos para a aplicação na maioria das situações, os mesmos devem ocupar uma posição hierárquica superior, justamente para coordenar as normas a serem editadas e como serem aplicadas. Hodiernamente, no direito mundial, os princípios jurídicos têm uma importância como antes não vista.⁵⁶⁶ John Henry Merryman, por exemplo, afirma que a tarefa do jurista civil é a aplicação dos princípios jurídicos.⁵⁶⁷

Da definição de princípio jurídico, para Celso Antônio Bandeira de Mello, se retira sua característica/função. Seria um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É

⁵⁶⁴ GUASTINI, Riccardo. *Principi del diritto*. Dalle fonte alle norme. Turim: Giapichelli, 1990, p. 112-120, *apud* VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade*. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21.

⁵⁶⁵ Cf. GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *Os Agravos Interno e Regimental*. 1. ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013. p.43 e segs.

⁵⁶⁶ “[...] o direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “principalização” da jurisprudência por meio da Constituição. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, abr./jun. 2000, p. 84, e ainda, Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 305).

⁵⁶⁷ “Pero a un nivel muy fundamental se basan en nociones comunes, y se supone tradicionalmente que el desarrollo de tales nociones – teorías generales y principios generales del procedimiento – corresponde al procesalista civil; así como el desarrollo de teorías generales y principios del derecho, como vimos en los capítulos anteriores, es primordialmente la tarea del jurista civil” (MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-germanica*. 2. ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 210).

o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”⁵⁶⁸

No direito português, Helder Martins Leitão sugere que os princípios são “também apelidados de dogmas jurídicos, são sínteses doutrinárias de várias disposições legais”.⁵⁶⁹ Não dizendo que tal definição está errada, mas talvez incompleta, os princípios podem, sim, surgir de muitas disposições legais e por interpretação doutrinária e legal serem detectados. Ocorre que essa é apenas uma das formas de concepção de um princípio jurídico, a de síntese de várias concepções legais. Entrementes, os princípios surgem de disposições legislativas ou, de modo mais remoto, mesmo de costumes que se tornam leis. Os princípios não são essas “sínteses”, mas normas estruturantes⁵⁷⁰ ou conceitos retirados destas, que regulam as demais.

Basicamente, os princípios jurídicos, pelo menos em um primeiro momento, manifestam-se de duas formas: (a) os princípios de direito positivo; e (b) os princípios de direito natural.

Tanto os princípios de direito positivo quanto os de direito natural se encontram dentro dos princípios gerais de direito. Os de direito positivo se detectam pela simples interpretação da(s) norma jurídica(s), como, por exemplo, o princípio da legalidade, percebido pela leitura do dispositivo legal (cf.art. 5.º da Constituição Federal do Brasil), e na aplicação basta proferir uma decisão que esteja baseada em alguma lei e não infrinja outra. Já os princípios de direito natural não se encontram na lei especificamente, mas sim nas assimilações históricas do que se entende racionalmente por uma nação, não necessitando somente de uma técnica jurídica, mas também filosófica para a sua aplicação, como um princípio de justiça, por exemplo, em que se avalia o que uma cultura elege como o bem para a aplicação da norma naquele caso concreto.⁵⁷¹ Por isso, tais princípios jusnaturalistas são variáveis, conforme a mutação cultural de um povo.

⁵⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 537-538, *apud* BARIONI, Rodrigo. *O efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 45.

⁵⁶⁹ LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. 2. ed. Porto: ELCLA, 1998, p. 15.

⁵⁷⁰ “Os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado. Necessitam de intermediação do intérprete, são de natureza fundamental, desempenhando papel estruturante dentro do sistema jurídico” (PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 17, p. 128).

⁵⁷¹ “A justiça é uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos [...]. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça pertence ao domínio da moral” (KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 4).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁵⁷² a esse respeito, assim se manifesta: enquanto os princípios de direito positivo são decorrentes das normas jurídicas, por própria analogia jurídica, os princípios de direito natural, ou chamados por ele de “princípios de dada época e de estágio de direito”, são variáveis de acordo com os elementos fundamentais da cultura e tradição de um povo.

Um exemplo elucidador, principalmente no que tange às razões dos julgamentos sobre direitos humanos, é justamente o exercício que o Tribunal de Nuremberg fez para a aplicação dos princípios de justiça e equidade para os criminosos nazistas. Os julgadores fizeram uma analogia filosófica, jurídica e histórica para se detectar em que momento os princípios jurídicos foram feridos e em que grau. Isso porque não havia normas jurídicas que atendessem todas as situações, sendo imprescindível um arrazoado sobre os princípios jurídicos aplicáveis às situações postas, para aí sim estabelecer as sanções normativas cabíveis.

Celso Lafer, como filósofo do direito, utiliza essa ótica (da filosofia do direito) para explanar seus pensamentos relativos aos princípios jurídicos. Afirma o jurista que esses valores, ou seja, os princípios de direito natural, não podem estar aquém da convicção do magistrado ao proferir uma decisão judicial, por serem valores consagrados constitucionalmente.⁵⁷³

Com todo respeito ao jurista, e aqui contrapondo o pensamento do mesmo sobre sistema jurídico, entende-se como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello quando aponta que “esses últimos não seriam os verdadeiros princípios gerais do direito, mas a complementação das situações conflitantes.”⁵⁷⁴ Ou seja, os

⁵⁷² “A locução ‘princípios gerais do Direito’ tem dado margem a discussões e debates entre os juristas quanto à sua compreensão, e faz com que se dividam em campos opostos, principalmente, os positivistas e jusnaturalistas. Para aqueles, corresponde aos princípios gerais do direito positivo, confundido por alguns com a própria analogia jurídica; enquanto para os últimos corresponde aos princípios gerais de Direito sem cogitação de dada ordem jurídica específica, transcendendo o problema da técnica jurídica para o da Filosofia do Direito. Encerra essa locução, na verdade, duas ordens de princípios gerais: (a) os de dado direito positivo; (b) os de dada época e estágio de direito. Uns informam a ordem normativa de determinado Estado, enquanto os outros a concepção jurídica dominante em certo momento histórico, respeitados os elementos fundamentais de sua cultura e sua tradição” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1, p. 418).

⁵⁷³ “Os princípios gerais caracterizam uma Constituição como a nossa. Na interpretação e na aplicação dos princípios gerais, surgem problemas práticos, para voltar à minha discussão de que a Filosofia do Direito é o campo dos juristas com interesses filosóficos confrontados com esses problemas. Não se podem resolver os temas que surgem da aplicação desses princípios com base em uma visão estrita do ordenamento jurídico. É necessário levar em conta tanto o ângulo interno da norma e da sua inserção no ordenamento quanto o ângulo externo, ou seja, os fatos e os valores que exigem ponderação” (LAFER, Celso et al. *O que é filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004, p. 70).

⁵⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1, p. 419-420.

princípios de direito positivo é que constituem as bases de construção de um ordenamento; já os de direito natural não poderiam ser considerados princípios gerais do direito, mas conceitos aplicáveis na interpretação de situações lacunasas ou conflitantes. Daí o acerto de José Miguel Garcia Medina em preconizar que “o direito natural influenciou sobremaneira diversos ramos do direito e é, para nós, inegável. Concebê-los como os próprios princípios jurídicos, contudo, não nos parece adequado, porquanto somente a regra escrita pode demonstrar o *modus operandi* do princípio, bem como seus limites de aplicação”.⁵⁷⁵

Ante essas explanações, fundamenta-se que os princípios de direito positivo podem servir de base para a construção de um ordenamento, mas os de direitos natural são importantes para a interpretação do ordenamento e a construção de um sistema jurídico como um todo.

Dentre os princípios de direito positivo, também há uma pequena ramificação: (a) os princípios expressamente positivados; e (b) os retirados de conceitos normativos ou síntese de normas. Como expõe a Professora Teresa Arruda Alvim, é inegável que “há artigos que são praticamente a formulação dos próprios princípios. Aliás, a leitura do direito positivo faz com que se intua a presença destas linhas mestras como fontes de orientação.”⁵⁷⁶ Como princípios expressamente positivados ou ordens escritas e taxativas, retira-se o princípio da legalidade, esculpido no art. 5º da Constituição Federal. Ali está claro que ninguém é obrigado a fazer nada senão em virtude de lei, traduzindo o princípio da legalidade como norteador de todas as decisões judiciais.

Eduardo Couture detecta a presença dos princípios também como sendo uma síntese de várias normas.⁵⁷⁷ O processualista uruguaio traz inclusive que a repetição de uma mesma interpretação sobre normas se traduz em uma dessas modalidades de princípios. Esses ditos princípios não-taxativos podem ser encontrados, por exemplo, no princípio da segurança jurídica. Tal princípio não está previsto expressamente no ordenamento brasileiro, porém, por decorrência da proteção da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (cf. art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal do Brasil), se constitui em um dos mais im-

⁵⁷⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 55.

⁵⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 225.

⁵⁷⁷ “La enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse en forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones” (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 182).

portantes princípios fundamentais do direito, inerente ao próprio ordenamento, como afirmam Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina,⁵⁷⁸ lhe dando confiabilidade, previsibilidade e segurança.

2.2 Função dos princípios

Das informações até agora arroladas neste trabalho, se pode retirar uma das principais funções dos princípios nos sistemas jurídicos. Na própria definição de princípio jurídico (normas norteadoras do sistema) já se encontra a função de coordenar o sistema jurídico, seja na produção de normas, seja em sua interpretação.⁵⁷⁹

Teresa Arruda Alvim⁵⁸⁰ explora muito bem essa função dos princípios, quando destaca que, quando o operador do direito aplica a norma ao caso concreto, encontra solução normativa para o caso por meio da subsunção, e o faz por meio do texto da lei, pela doutrina, jurisprudência e por todos os princípios jurídicos a eles incorporados.

Os princípios propõem a todas as relações jurídicas em que há o conflito de interesses posto em juízo uma tentativa de busca do ótimo – o que se denomina otimização do sistema –, com a interpretação harmônica das normas com os princípios jurídicos,⁵⁸¹ esta sendo a função vinculante dos princípios,⁵⁸² ou ainda na observância da criação das normas, impedindo o surgimento de normas conflitantes com os princípios, sendo essa a função negativa dos princípios. O objetivo principal é evitar falha de interpretação e o conflito no sistema jurídico.

Ou seja, no momento em que a Convenção Interamericana estabelece normas com alto conteúdo axiológico para os continentes americanos, e à partir

⁵⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. Hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 175 e ss.

⁵⁷⁹ “Mas, além deste papel de inspirador da lei, exatamente porque o foram, os princípios devem ter a função de nortear a interpretação do texto legal” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 225).

⁵⁸⁰ “Usaremos a expressão subsunção do fato à norma no sentido de encaixe do fato na solução normativa encontrada, a partir do texto da lei, da jurisprudência e da doutrina, e dos princípios que lhes tenham sido incorporados” (WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 96, destaques no original).

⁵⁸¹ “São normas que impõem uma otimização, compatível com vários graus de concretização, segundo condicionamentos fáticos e jurídicos, a realização de algo na melhor forma possível” (PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 17, p. 128).

⁵⁸² “As normas jurídicas veiculadas pelos princípios constitucionais têm caráter impositivo, coercitivo e insuperável, determinando, pois, que todas as regras do sistema jurídico sigam o que foi principiologicamente definido. Nessa medida, os princípios vinculam a interpretação de todo o texto constitucional” (Ibidem, p. 130).

do momento que a Corte Interamericana é o (único) órgão competente para interpretar a Convenção, é a Corte que dá validade a um princípio jurídico de direito positivo contido na Convenção, bem como permite que outros princípios jurídicos de direito natural sejam utilizados em julgamentos posteriores. Isso tudo dependendo ainda pela repercussão que a própria Corte dá a tais decisões ou mesmo como reverbera axiologicamente nas Cortes dos Estados-parte. O tamanho dessa repercussão ou reverberação sob o ponto de vista axiológico dos direitos humanos será medida para se constatar o alcance da decisão da Corte como princípio ou não.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE NORMAS JURÍDICAS

Além de algumas superficiais definições para princípio, importante também uma breve divagação sobre o que se entende por norma jurídica, e aí sim se retirar como poderíamos classificar ou mesmo identificar a natureza de uma decisão advinda das Cortes internacionais ou, mais precisamente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A norma jurídica para Kelsen⁵⁸³ é “o termo que designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem.” Em breves palavras seria uma designação simples para determinar ou impedir algum comportamento, ou ainda, um mandamento sobre as consequências jurídicas no caso de cumprimento ou descumprimento de uma determinada conduta tipificada.

O detalhe é que essa norma jurídica não decorre somente de um texto de lei. Um dispositivo tem uma redação que por meio de uma interpretação gramatical será constatado um significado. A norma para ser qualificada como jurídica é a extração do entendimento jurídico – aqui entendendo-se por como o sistema jurídico recepciona o texto de lei – que o intérprete (o Poder Judiciário) dá ao dispositivo legal. Em outras palavras, como alguns doutrinadores defendem, é o significado que o juiz atribui ao texto legal ao decidir.⁵⁸⁴

Por isso que Humberto Theodoro Junior, citando Humberto Ávila, ensina que “norma jurídica se difere de dispositivo. Este é o texto, mero enunciado, que pode servir de caminho para, através da interpretação, descobrir e revelar a ser aplicada em determinado caso. Mas, pode existir norma que não esteja expressa em texto explícito e direto, como acontece com a aplicação dos princípios gerais e com o preenchimento das lacunas da lei. Assim, normas não são o

⁵⁸³ Kelsen, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p. 1.

⁵⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória*. Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 192.

texto nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”⁵⁸⁵.

O Professor da Universidade de Bologna, Giovanni Luchetti⁵⁸⁶, traz lições históricas sobre como é o exercício dos juízes que, ao julgar, produzem normas jurídicas. Na Roma antiga, os juízes – que detinham o monopólio do entendimento sobre o ordenamento jurídico – sentenciavam as demandas e, automaticamente, produziam as normas jurídicas com força de precedente.

Como ainda não havia a organização em tribunais e um aparelho judiciário mais complexo (seja ante a inexistência de várias Cortes ou mesmo leis), a sentença de um juiz, em primeira instância, tinha o poder de esclarecer como seria a solução jurídica para um caso, “criando” praticamente as normas jurídicas, sendo uma função até *paralegal*, de certa forma.

Ou seja, a norma jurídica nascia de toda e qualquer sentença na Roma antiga.

Alguns milênios depois, convive-se com uma situação bem diversa. Pelo menos em regra, o juiz de primeiro grau decide casos concretos. Os tribunais locais convalidam o entendimento sobre o decidido em primeiro, utilizando de normas jurídicas preconizadas pelos tribunais de sobreposição, ou, em casos mais raros, até criam novas normas.

No que tange aos tribunais superiores, e aqui utilizando-se o exemplo do Brasil, o titular e detentor máximo do direito de preceituar qual a norma jurídica infraconstitucional é o Superior Tribunal de Justiça, bem como o titular em dizer qual é a norma constitucional para cada caso é o Supremo Tribunal Federal.

Tal preceito decorre do fato de que os tribunais superiores, utilizando-se do procedimento constitucional, têm um entendimento dominante acerca de uma questão de direito, sendo tal entendimento ante a competência constitucional desses tribunais (cf. arts. 102 e 105 da Constituição Federal do Brasil) para serem as autoridades acerca da interpretação de uma questão de direito, pois seria essa a compreensão real acerca de uma questão legal a ser aplicada em todo o país. Trata-se de um exercício de proteção à integridade do sistema

⁵⁸⁵ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 30 e THEODORO JUNIOR, Humberto. A ação rescisória no novo Código de Processo Civil. In: *Revista Brasileira de Direito Processual* n. 90. Belo Horizonte: Ed. Forum, Abril/junho de 2015. p. 297.

⁵⁸⁶ “Entre los siglos IV y III a. C., el proceso de laicización del conocimiento jurídico que fue determinado por la disolución del monopolio pontifical sobre el conocimiento y la interpretación del derecho facilitó esta evolución: el precedente jurisprudencial, extendido, esta vez, como producción del derecho por la parte de los juristas, cuanto más fuera conocido y extendido más profunda sería su contribución a la formación de las normas jurídicas.” (LUCETTI, Giovanni. El valor del precedente jurisprudencial em el derecho romano y em la tradición romanística. In: *Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Internacional Conjunta Inocencio* n. 7. Murcia. Jul-dec. 2008. pp. 97-98)

normativo brasileiro, ou, para muitos, resultado da própria função dos tribunais superiores, que se resume no dever de serem os paradigmáticos acerca da interpretação das normas jurídicas, sendo tal exercício o que confere higidez ao sistema jurídico⁵⁸⁷. O entendimento sobre a aplicação de um dispositivo de lei em uma questão discutida sobre uma situação em tese em um tribunal é o que se conhece por norma jurídica ou mandamento legal, como até já ventilado acima.

Essa função é ainda mais evidente quando as Cortes Superiores julgam casos sob a sistemáticas dos recursos repetitivos (cf. art. 928 e arts. 1.036 e segs. do Código de Processo Civil). Conforme ensina José Miguel Garcia Medina, “também ao se julgar recursos que não se submetem à técnica das causas repetitivas, os Tribunais não apenas julgam casos, mas transmitem mensagens, notadamente no que diz respeito ao correto sentido da norma jurídica.”⁵⁸⁸

As Cortes superiores têm a função constitucional de dizer como são as normas jurídicas de direito interno ou até mesmo as criando, e propagar esse entendimento para todos outros tribunais dos país.

A questão é: toda a decisão judicial pode ser entendida como norma jurídica? Por um ensinamento de teoria geral do direito, pode-se afirmar que sim. Quando estudamos o tema, há a diferença entre norma “individual” ou “geral”. A primeira modalidade seria a sentença judicial para o caso concreto e a segunda a fonte do direito utilizada pelo intérprete. Essa fonte seria a lei evoluída por uma interpretação pelos tribunais.

Portanto, sim. Todas as decisões judiciais são normas jurídicas, mas somente as decisões dos tribunais, em regra as advindas dos tribunais superiores, são passíveis de serem compreendidas como normas jurídicas utilizáveis como fonte do direito. Essas são objeto de estudo no presente momento.

Por isso, essas normas jurídicas, objeto do presente estudo, podem ser entendidas como início de um princípio de direito (no direito italiano seria o principio de diritto e no direito francês a *règle de droit*), mas se forem normas produzidas pelos tribunais superiores e solucionarem uma questão de direito.

As decisões de outros tribunais podem ser qualificadas como normas jurídicas, mas não como princípios jurídicos ou *règles de droit*, mais por questões técnicas ou formais, não a título de conteúdo, visto que as decisões sobre questões de direito podem advir de tribunais locais e serem os principais precedentes para um sistema jurídico.

⁵⁸⁷ “*Les finalités imparties au mécanisme du recours en cassation consistent à assurer l’unité d’interprétation des règles de droit.*” (BARBIÈRE, Jean-Jacques. *La procédure civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 116).

⁵⁸⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1.590.

Pois bem, ocorre que as Cortes internacionais podem até, de uma certa forma estranha, serem identificados como tribunais de “sobreposição aos de sobreposição” dos países signatários.

Utilizemos como exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos de San José-Costa Rica e a sua ascendência sobre o direito brasileiro, objeto principal do presente estudo.

Quando da criação da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, já se estabeleceu aquele como sendo um diploma legislativo “superior” sobre direitos humanos, tendo em vista a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que já tinha texto similar, e o disposto no art. 5.º, § 2.º da Constituição Federal do Brasil, embora sem a aprovação pelo quórum qualificado do Congresso Nacional, juntamente com a inteligência do art. 4.º, II, da Constituição brasileira, induz ao entendimento de prevalências nas mencionadas normas de direitos humanos sobre as demais.

Soma-se a isso o fato de a ONU, em tese, não possuir tribunal para julgar questões envolvendo direitos humanos, sendo tal matéria tendo a apreciação máxima pela Corte Interamericana.

Se levarmos em conta que o direito brasileiro reconhece o Pacto de San José como norma supralegal, segundo nosso Supremo Tribunal Federal⁵⁸⁹, o que configuraria que as normas dispostas na Convenção Americana são hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais locais, mas inferiores às constitucionais. Ou seja, no que as normas da Convenção não contraria-

⁵⁸⁹ *‘DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.’* (STF, 2.ª T., HC 95967, Min. Ellen Gracie, j. 11.11.2008)

rem a Constituição do Brasil, aquelas terão importante função no sistema jurídico brasileiro.

Tendo em vista ainda que o Decreto Legislativo do Congresso Nacional n. 89, de 3 de dezembro de 1998, que foi convalidado pelo Decreto Presidencial 4.463, de 8 de novembro de 2002, atribui competência à Corte Interamericana para julgar os casos a ela pertinentes, constata-se a delegação da competência para interpretar os preceitos de direitos humanos contidos na CIDH.

E, por fim, tendo em vista o art. 33, “b” da Convenção, que determina a competência exclusiva da Corte Interamericana para solucionar os conflitos envolvendo a interpretação da Convenção, pode-se concluir que o mencionado tribunal tem a hierarquia superior para dizer como se interpreta a Convenção em determinadas situações ou, mais do que isso, para “criar” normas jurídicas de entendimento sobre a Convenção Americana ou, em outras palavras, dizer o que se entende por normas jurídicas de direitos humanos.

Continuando a explanação, isso não implica afirmar que as decisões da Corte Interamericana são *principi di diritti* ou *règles de droit* ou se extraem estes conceitos das referidas decisões. Estas decisões podem ter as mesmíssimas características das decisões das Cortes superiores dos Estados-parte, porém, por mero critério técnico e para que não haja uma confusão – até acadêmica – de conceitos, permanecemos com o pensamento de que as normas jurídicas produzidas por nossas Cortes Superiores (*principi di diritti* ou *règles de droit*) são premissas normativas extraídas de decisões que exprimem mandamentos específicos para os casos julgados exclusivamente pelos tribunais de vértices dos países. Somente as decisões advindas dos tribunais de superposição desses países é que são aptos a proferir decisões em que possam ser extraídos princípios de direito na concepção ora tratada.

Das decisões advindas da Corte Interamericana pode-se extrair as normas jurídicas de direitos humanos, pois é o órgão jurisdicional competente para tanto.

Outra questão é saber se das decisões da Corte Interamericana podem conceber princípios de direitos humanos e completar o explanado no item anterior. A resposta é positiva. Como órgão jurisdicional exclusivo para conhecer a melhor interpretação da Convenção Americana, a Corte Continental é a mais adequada para “criar” ou desenvolver princípios jurídicos sobre direitos humanos.

Seria uma questão de gradação. Há decisões da Corte Interamericana que, julgando casos concretos, emitiram uma premissa normativa da qual a *ratio decidendi* é utilizada em casos futuros como fundamentação. Aqui se diz que as decisões criaram ou desenvolveram uma norma jurídica de direitos humanos.

Em uma situação mais específica, essa *ratio* identifica um valor basilar da sociedade mundial atual ou do sistema interamericano dos direitos humanos. Nesse último caso, as decisões criaram uma norma jurídica ou princípio jurídico de direitos humanos.

Mas, qual o limite para a criação de normas ou princípios jurídicos de direitos humanos pela Corte Interamericana? O mencionado tribunal é competente para validar os princípios estabelecidos na Convenção e somente completá-los com princípios de direito natural? Poderia a Corte, a depender do caso concreto, criar normas e princípios novos e terem a mesma função principiológica nos Estados-parte? Para a resposta buscada é necessário traçar alguns conceitos sobre metainterpretação e adequá-los à sistemática da jurisdição internacional de direitos humanos.

4. METAINTERPRETAÇÃO E NORMA JURÍDICA COMO EXERCÍCIO DA CORTE INTERAMERICANA

A metainterpretação é uma teoria desenvolvida desde meados do século passado e é uma técnica em que o intérprete utiliza outras normas jurídicas para solucionar um novo caso concreto ainda sem norma (ou a construção de uma) pelos tribunais. Seriam as normas de segundo grau ou um postulado normativo.

A sociedade é sempre mutante e, com o advento da tecnologia, experimenta diariamente uma evolução ainda impossível de ser tutelada de forma prévia pelo legislador. Normalmente o caminho é o inverso. O legislador detecta vácuos legislativos para a situações ainda não puníveis ou normatizadas e assim o faz.

Por isso, os tribunais exercem uma função de extrema importância aos “construir” novas normas jurídicas, advindas de normas ou princípios constantes em decisões anteriores para tutelar casos novos, que passarão a ser precedentes para os futuros.

Não se confunde meta interpretação com ativismo judicial. Esse último ocorre quando o magistrado evidentemente cria o direito, profere uma decisão de acordo com o “que o magistrado entende como o sistema jurídico o deveria ser” e não “como ele é”. Tal prática de ativismo, não se compactua.

Situação diferente são as revisões de posicionamentos “mínimas”, de cunho eminentemente jurídico que se faz com o objetivo de aperfeiçoar/criar uma norma jurídica tendo em vista uma evolução jurídica, da sociedade ou mesmo uma casuística ainda não submetida ao Poder Judiciário.

Scott Shapiro traz ideias interessantes sobre o tema. O jurista norte-americano preceitua que a tarefa do metaintérprete é de propiciar revisões mínimas dos entendimentos, utilizando-se de julgados ou normas anteriores extremamente bem fundamentadas para que a mutação do direito se construa dentro da mais absoluta segurança⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ “When a revision of the legal system injects conflicting trust judgement into this ‘theory’ the meta-interpreter should then engage in minimal revision: she should synthesize judgments of trust by holding the most recent judgements fixed and revising the earlier judgements as little as possible so as to render them consistent. Hence, in the above example,

Segundo o mesmo doutrinador⁵⁹¹, a atividade do intérprete tem um limite que é justamente na letra da lei ou mesmo que só se pode evoluir com base em preceitos jurídicos já aplicados pois, um Judiciário que legisla e um Legislativo que interpreta só tendem a aumentar a insegurança no entendimento sobre a norma para quem mais precisa de tanto: o cidadão.

Os exemplos trazidos são simples⁵⁹², mas muito esclarecedores. Imagine-se uma placa de “proibido estacionar ou parar veículos neste local”. A pergunta seria se haveria a mesma vedação para uma ambulância entrar e parar para o socorro de um enfermo. Parece um pouco óbvio que a permissão ocorreria, mas com base em quê? Isso porque a norma não tem exceção.

Nessas situações o meta intérprete tem o dever de retirar o sentido do texto de lei. Tal sentido aqui poderia ser o de que todo e qualquer veículo não tem permissão parar ou estacionar no local por uma questão de segurança, a exemplo de o solo não suportar o peso de um veículo por um determinado tempo.

Ou ainda, a intenção da norma pode ser a de impedir que os cidadãos utilizem o local de parada com uma tamanha frequência que atrapalhe o trânsito ou mesmo a estrutura histórica do local. Se o sentido da norma tiver como base o contido nesse parágrafo, a permissão de uma ambulância ocorreria tendo em vista que os bens jurídicos inspiradores da norma não seriam lesados. Tanto porque um prejuízo de trânsito não poderia sobrepor o direito à integridade física/vida de um cidadão,

the attitudes associated with the Fourteenth Amendment would be minimally revised so as to ensure consistency. A plausible revision, therefore, would be that the state legislatures are deemed more trustworthy than Congress to provide for the general welfare of their citizens, but not to protect their basic liberties.” (SHAPIRO, Scott J., *Legality*. Cambridge: Belknap Harvard, 2013. pp. 367-368)

⁵⁹¹ “Manning begins his meta-interpretative argument by pointing out that American system was constructed on the basis of a sharp separation between legislative and judicial power. The aim in separating powers, according to Manning, was both to increase predictability and decrease of social discretion. History had shown the founders that when powers are commingled, legislators could not be trusted to enact clear rules, given their incentive to reserve discretion for the future; not could they be relied upon to follow those rules that they did enact, given their interest in revisiting any rule yielding an undesirable consequence. It would make little sense, Manning concludes, to distrust judges with the power to make law while at the same time trusting them with the discretion to interpret the law in accordance with their conception of equity and reason” (Idem. pp. 371-372)

⁵⁹² “Nonlawyers are often perplexed by this debate. Some think it obvious that legal texts ought to be construed strictly. If the law says ‘No vehicles are permitted in the park’, then no vehicles are permitted – end of story. A judge who, in order to best serve the spirit of the law, interpret the statute to permit an ambulance to go through the park is no really interpreting the statute – she is changing it. Others take the opposite tack. They cannot see this point of sticking to the letter of the law when doing so would be counterproductive. The function of the law, to them, is to make our lives better off. What justification could there possibly be, on this view, for not letting an ambulance go through a park if that is the quickest route to the hospital? From this point of perspective, textualism appears to confirm the layman’s worst suspicious about lawyers and the law.” (Idem. p. 353)

quanto porque um único veículo que adentra no local para atender uma vítima não tem o condão de prejudicar o patrimônio histórico do local, o que só ocorreria com muitos veículos e um intervalo de tempo curto. Portanto, a permissão para ambulância ocorreria e poderia se criar uma nova norma jurídica com o seguinte texto: “visando resguardar a integridade dos cidadãos, ambulâncias ou veículos que visem a segurança ou saúde da população, podem parar e estacionar em locais onde é proibido, em serviço, e em situações que não causem maiores danos.”

Pode-se enxergar a meta interpretação em exemplo ainda mais simplório.

Imagine-se uma proibição de “entrar com cachorros em restaurantes” e surge uma dúvida sobre se há a permissão para outro animal, ou mesmo se a proibição se estende a cafeterias.

Deve-se analisar qual o sentido da norma, o que parece ser o mais evidente, com o intuito de proteger direitos sanitários dos cidadãos que podem ser lesados com a entrada de animais. Construir-se-ia uma nova norma jurídica com o seguinte texto: “é proibida a entrada de animais em recintos de estabelecimentos comerciais que comercializem alimentos para consumo no próprio local”.

Esse é o exercício de meta interpretação que o operador do direito deve fazer rotineiramente, criando normas jurídicas a partir de princípios e normas anteriores.

Quando se pensa em direitos humanos, esse exercício é ainda maior. Isso porque a Corte Interamericana tem uma legislação que pode-se classificar como enxuta. As fontes dos direitos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Interamericano, alguns tratados adicionais e os julgamentos anteriores da Corte.

Tendo em vista que a Corte tem o poder de escolha do julgamento, irá somente entender por bem selecionar casos em que há a necessidade de intervenção da Corte continental, normalmente casos em que os anteriores não sirvam de parâmetro ou a situação fática seja de tamanha proporção que a Corte se veja na obrigação moral de estabelecer nova norma jurídica. Ou seja, a Corte Interamericana funcionará com uma genuína criadora de normas jurídicas de direitos humanos, que servirá de norte para os tribunais americanos e, ainda, constantemente estará exercendo a meta interpretação para que seja possível apreciar as modernidades e originalidades que surgirão para sua apreciação.

5. A “TÊNUE” DIFERENÇA ENTRE APLICAR O DIREITO E A JUSTIÇA. O FORTALECIMENTO DO SISTEMA JURÍDICO COM A APLICAÇÃO DO DIREITO E A OBSERVÂNCIA AOS PRECEDENTES

No presente item se pretende discorrer sobre como funciona a lógica do juízo de julgamento em uma Corte internacional de direitos humanos,

mais precisamente, na Corte Interamericana de Direitos Humanos de San José – Costa Rica.

Partindo de um ensinamento clássico do italiano Guido Calogero de que nas Cortes de Cassação – por serem órgãos de superposição – se realiza um juízo universal⁵⁹³, em que a Corte exterioriza o *principio di diritto* aplicável à questão de direito, para que os órgãos ordinários o apliquem e exerçam a jurisdição com um juízo “singular”. Seria a atividade nomofilática, onde não há contato com o direito subjetivo da parte⁵⁹⁴.

Nas Cortes de cassação, onde há uma função predominante de sentinela da lei, a cognição fática é vedada, sendo o objeto de um juízo de cassação somente as interpretações de normas jurídicas exteriorizadas pelos tribunais locais. A Corte de sobreposição conhece das questões de direito pertinentes e realiza a função de “paralegislador”⁵⁹⁵, dizendo qual(is) a(s) norma(s) que são retiradas da questão de direito, sendo essa função nomofilática importantíssima para o sistema jurídico dali em diante. As referidas Cortes têm como propósito definir qual a adequada norma jurídica para uma questão de direito para que seja esta a solução para os mesmos casos no país todo. É um seguimento ao princípio da isonomia nos dizeres de Michele Taruffo⁵⁹⁶, para que todos os cidadãos (aqui, os casos julgados) tenham o mesmo entendimento sobre a norma em casos concretos similares.

Às Cortes de sobreposição é vedado o conhecimento do caso concreto ou revisar provas. Não se busca discutir a justiça da decisão. Isso já foi feito

⁵⁹³ “*Parimenti, la cognitio juris è sì, e per le stesse ragioni già dette, un ‘giudizio universale’ e la cognitio facti un ‘giudizio individuale’ simile a quelli de cui, poniamo, la metodologia crociana vede contesta la storia.*” (CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e Il suo controllo in cassazione*. Padova: Cedam, 1937. p. 148).

⁵⁹⁴ “[...] *sempre più le caratteristiche di rimedio atto a favorire la funzione nomofilattica della Corte, sfumando quella di strumento di garanzia di soggettiva per i singoli, attraverso la revisione di precedenti giudizi.*” (GIORDANO, Rosaria; LOMBARDI, Antonio. *Il nuovo processo civile: commento organico alla legge di riforma del processo civile*. Roma: Nel diritto Editore, 2009. p. 413).

⁵⁹⁵ Cf. “[...] *le juge de cassation exerce une fonction jurisprudentielle qui en fait une source de droit, on a pu dire de lui qu’il est un ‘paralégislateur’, mais elle peut tout aussi bien se référer au jugement qui se prononce dans son dispositif sur les mérites du pourvoi soumis en l’espèce au juge de cassation (‘casse e annule’): en cela, si sa fonction n’est que jurisdictionelle, le juge de cassation n’en est pas moins le ‘législateur du cas particulier’, il édicte une norme catégorique, particulière et concrete, pour le litige qui lui est soumis*” (CADIET, Loïc. *Le juge de cassation en Europe. Revista de Processo*, n. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2009. p. 411).

⁵⁹⁶ “*L’uniformità diventa invece un valore importante se si intende che la funzione della Corte di Cassazione sai principalmente quella de uma Corte Suprema, ossia di assicurare che l’interpretazione “giusta” della legge venga applicata il principio di uguaglianza.*” (TARUFFO, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il mulino, 1991. p. 167)

por dois órgãos jurisdicionais, respeitando o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.

Analizando as lições de Lon Fuller⁵⁹⁷ – que preceitua que um juiz deve pensar em “agarrar” a causa e aplicar o melhor do direito possível no caso, e não julgar com “os cotovelos” –, tais ensinamentos não se aplicariam ao juízo de cassação. No juízo de cassação o magistrado deve tatear a causa com o máximo cuidado, evitando a imersão à justiça do caso concreto. Deve o magistrado de uma Corte superior, se possível, desconhecer as partes ou os fatos que não estejam previstos no acórdão recorrido, e sim julgar com “os cotovelos” apreciando somente a inteligência das normas jurídicas que ali estão decididas, e não com o “um braço forte”, para resolver os conflitos de interesses entre cidadãos propriamente ditos.

O curioso é a que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão que analisa as normas jurídicas *supralegais*, sendo por definição dada a estas, normas acima das normas jurídicas federais ou infraconstitucionais.

Sendo assim, poder-se-ia entender a atividade da Corte Interamericana também como uma atividade predominantemente nomofilática, onde se conhecem de normas jurídicas sobre direitos humanos.

Ocorre que a jurisdição internacional sobre os direitos humanos sempre teve como atividade a apreciação de casos concretos. Desde o Tribunal de Nuremberg, as Cortes Internacionais do referido instituto não são incitadas a se manifestarem por uma violação ao direito objetivo que fora dado por um tribunal de um Estado-parte.

As Cortes Internacionais, mais precisamente, a Corte Interamericana, são provocadas por petições ou mesmo manifestações no sítio eletrônico do tribunal, onde este analisa as provas do caso e decide se dá prosseguimento ou não ao caso, tendo como fundamento uma violação em tese à Convenção Americana de Direitos Humanos (o Pacto de San José da Costa Rica). Ou seja, a Corte

⁵⁹⁷ “So far I have spoken as if the affinity between legality and justice consisted simply in the fact that a rule articulated and made known permits the public to judge of its fairness. The affinity has, however, deeper roots. Even if a man is answerable only to his own conscience, he will answer more responsibly if he is compelled to articulate the principles on which he acts. Many persons occupying positions of power betray in their relations with subordinates uniformities of behavior that may be said to constitute unwritten rules. It is not always clear that those who express the rules in their action are themselves aware of them. It has been said that most of the world’s injustices are inflicted, not with the fists, but with the elbows. When we use our fists we use them for a definite purpose, and we are answerable to others and to ourselves for that purpose. Our elbows, we may comfortably suppose, trace a random pattern for which we are not responsible, even though our neighbor may be painfully aware that he is being systematically pushed from his seat. A strong commitment to the principles of legality compels a ruler to answer to himself, not only for his fists, but for his elbows as well.” (FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised Edition. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 159)

Interamericana é provocada para julgar casos concretos, tendo como setentrião o sistema normativo dos direitos humanos.

Em adição, também desde Nuremberg, a jurisdição internacional teve como fundamentação jurídica também os princípios da justiça⁵⁹⁸ e equidade.

Desta forma, pode surgir a dúvida para saber se passa a ser atividade da Corte Interamericana um julgamento com base na justiça.

Kelsen⁵⁹⁹ trata a justiça – ou a qualidade do que é justo – sequer pertence ao domínio do direito, mas ao domínio da moral. Ronald Dworkin⁶⁰⁰ traz que justiça é formada por convicções políticas ou paixões e também não pertence ao sistema jurídico. O sistema jurídico é baseado em normas escritas ou estabelecidas em julgados. Se tais julgados pretéritos tiveram uma conotação política, seria a única forma desta intervir em um sistema jurídico.

Por isso, segundo Kelsen, a justiça tende a vir acompanhada de paixões e pensamentos políticos⁶⁰¹ que tendem a não contribuir para o desenvolvimento de um sistema jurídico coeso. O julgamento com base em critérios de justiça tende a transmitir insegurança, pois cada julgador pode ter as suas convicções psicológicas, pode-se alternar complementarmente o pensamento da jurisdição em curto espaço de tempo, o que torna praticamente impossível um comportamento do jurisdicionado pois não fará ideia das consequências jurídicas de seus atos. O jurista austríaco⁶⁰² entende que o magistrado deve exercitar sua capacidade de evitar que as paixões influenciem em seu julgamento.

⁵⁹⁸ Cf. art. 8.5 da CADH.

⁵⁹⁹ “A justiça é uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos [...]. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça pertence ao domínio da moral” (KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 4).

⁶⁰⁰ “Law is also different from justice. Justice is a matter of the correct or best theory of moral and political rights, and anyone’s conception of justice is his theory, imposed by his own personal convictions, of what these rights actually are. Law is a matter of which supposed rights supply a justification for using or withholding the collective force of the state because they are included in or implied by actual political decisions of the past.” (DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Oxford: Hart publishing. 1998. p. 97)

⁶⁰¹ “Il senso di colpa e d’inferiorità è compensato, anche in misura sovrabbondante, da una consapevolezza di sé che è accresciuta ambizioni social. In queta condizione psichica, la inclinazioni politiche e la passione pedagógica che le accompagna ricevono dei particolari incentivi: ma oltre ad esse, com il bisogno di giustificazione, emerge anche il problema ético della giustizia in quanto legittimazione del potere.” (KELSEN, Hans. *L’amor platonico*. Bologna: Il Mulino, 1985. p. 50)

⁶⁰² “Per Platone, la prima umanità è dunque interamente maschile, mas già in essa, pur mancando le donne, si manifesta una ‘passione amorosa’. Si questi essere maschile vivranno nella giustizia e sapranno tenere a freno le loro passioni, le loro anime faranno ritorno alle stelle. Ma quando uno di essi si lasciasse dominare dalle passioni e vivesse nell’ingiustizia.” (KELSEN, Hans. *L’amor platonico*. Bologna: Il Mulino, 1985. p. 57)

Scott Shapiro⁶⁰³ vai um pouco além. Entende que um julgamento baseado em convicções pessoais ou paixões, em algum momento pode expor alguma natureza corrupta do ser humano. Por isso, a norma jurídica bem interpretada e de conhecimento público é a proteção ao cidadão.

Pensamento em sentido contrário tem o brasileiro Roberto Mangabeira Unger⁶⁰⁴. Defende ele que um seguimento “frio” à lei, como se a norma não fosse voltada ao cidadão, esconde um autoritarismo do próprio ordenamento jurídico, que só o juiz com um pensamento político avançado poderia rejeitar a lei a aplicar a justiça da melhor forma.

Com o máximo respeito, discorda-se do jurista brasileiro. A possibilidade de o magistrado fundamentar seu julgamento predominantemente em critérios de justiça, tem o poder de distorcer as decisões sua própria qualidade como decisão fundamentada. Ofenderia o próprio art. 66 da CADH, que prega pela obrigatoriedade de fundamentação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Seria uma decisão praticamente sem fundamentação, pois não haveria um fundamento legal ou jurídico a alicerçando, mais um fundamento moral. Nos dizeres de Joseph Raz⁶⁰⁵, um juiz que dispensa um sistema jurídico posto e fundamenta sua decisão em argumentos morais ou políticos não contribui para a justiça do caso concreto, mas para o enfraquecimento de um sistema jurídico.

Em outra obra, o jurista israelense⁶⁰⁶ ensina que a obediência pelo magistrado à lei ou ao sistema jurídico se trata da obrigação principal do juiz e

⁶⁰³ “For each of these three political theorists, the state of nature is undesirable because human nature is corrupt in some way. And, correspondingly, the law is a necessary social instruction precisely because it compensates for the infirmities of human nature by ensuring that individuals abide by the existing norms.” (SHAPIRO, Scott J., *Legality*. Cambridge: Belknap Harvard, 2013. p. 174)

⁶⁰⁴ “The most commonly stated justification of rationalizing legal analysis is belief that the integrity of a regime of rights or of the rule of law requires something like that approach to law. On this view the principles-based and policy-oriented style of legal doctrine is the indispensable antidote to arbitrariness in legal reasoning. It enables people to say secure in their entitlements while restraining power under the law.” (UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?* New York: Verso, 1996. p. 63)

⁶⁰⁵ “Ademais, o agente pode seguir a regra mesmo que não tenha quaisquer crenças sobre porque ele está justificado em segui-la, por razões prudenciais (esse pode ser seu melhor jeito de garantir uma vida confortável ou de evitar constrangimento social, etc.), ou até mesmo por razões morais baseadas na sua rejeição moral ao sistema. Um anarquista, por exemplo, pode se tornar juiz, pois se ele seguir a lei na maior parte do tempo, poderá desobedecê-las em algumas poucas, mas importantes, ocasiões em que isso acarretará o enfraquecimento do sistema.” (RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução José Garcez Ghirardi. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 145)

⁶⁰⁶ “He will then often obey the law as it claims to be obeyed. But, as was mentioned above, respect can come in measures and degrees and a person may regard a qualified respect as the appropriate expression of his attitude to his society. In any case, for the person who respects the law there is an obligation to obey. His respect is the source of this obligation. It is not difficult to see

uma demonstração de respeito prático à sociedade. O julgado desta forma é o instrumento que o cidadão necessita para poder confiar nas normas, sendo esta confiança o objetivo de um sistema jurídico e a sua consequente autoridade.

A confiança deve ter um grau não só para passar segurança, mas também a “ameaça” para que não haja o descumprimento das normas⁶⁰⁷. As normas jurídicas são objeto de interpretação pelos magistrados e tendo como fim o objeto de interpretação mais simples pelo cidadão e a consequente aceitação por este, segundo Goffredo Telles Junior⁶⁰⁸. Das lições de Hart, isso é a essência do Direito⁶⁰⁹ ou, sob um outro ponto de vista, é a reputação que gera confiança⁶¹⁰.

No caso de não haver essa integridade, não haver a coesão da interpretação jurídica, até a simples pelo cidadão, faria este ser o grande perdedor para um magistrado que buscou exteriorizar suas convicções pessoais, nos dizeres de Tom Bingham⁶¹¹.

*why practical respect might be thought of as a proper expression of loyalty to the society. It is a manifestation of trust. A man who is confident that the law is just and good believes that he has reason to do as the law requires. If the law is morally perfect it will not claim greater weight than is due to its laws, and it will allow as excusing conditions all those in which the reasons for the legally required act are defeated by other considerations. If a person places absolute trust in the law then he will acknowledge the authority of the law.” (RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed., Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 260-261)*

⁶⁰⁷ Nesse sentido: *“If members of the community are less cooperative, legal authorities can dispose them to comply through various forms of intimidation. When these threats are strong and credible enough, even those who do not accept the law’s moral authority will nevertheless be motivated to follow the adopted plans.” (SHAPIRO, Scott J., *Legality*. Cambridge: Belknap Harvard, 2013. p. 181)*

⁶⁰⁸ *“Como se vê, o Direito Objetivo é o direito composto de normas. Ele é o complexo de todas as normas jurídicas, ou seja, de todos os imperativos autorizantes. [...] Ora, as normas são “mensagens”; logo, são objetos. São objetos para todos a que são dirigidas; para todos que se devem guiar por elas, e que, portanto, precisam conhecê-las. São objetos para sujeitos. São objetos porque se colocam diante de pessoas, ou seja, diante da inteligência que as conhece. São objetos da inteligência. São objetos porque se apresentam como ordenação instituída, coisa feita e inconcussa, à qual o comportamento das pessoas se deve sujeitar.” (TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105)*

⁶⁰⁹ *“To some it has seemed clear that in this situation where one person gives another an order backed by threats, and, in this sense of ‘oblige’, obliges him to comply, we have the essence of law, or at least ‘the key to science of jurisprudence.’ (HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2 ed., New York: Oxford University Press. 1997. p. 6)*

⁶¹⁰ *“A well-established reputation for fair dealing can be an extraordinary asset. It opens up a large realm of creative agreements that would be impossible if others did not trust you. Such a reputation is much easier to destroy than to build.” (FISCHER, Roger; URY, William. *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in*. 3rd ed. London: Penguin Books 2011. p. 158-159)*

⁶¹¹ *“... There a price for all this. Changes in criminal law or procedure lead to a proliferation of appeals and the Criminal Cases Review Commission, established to refer suspected miscarriages of justice back to the Court of Appeal, has described the complexity of recent sentencing provisions as a continuing source of references. The biggest loser is, of course, the ordinary person who wants to try to find out, probability with professional help, what the law is.” (BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011. p. 41)*

Por isso, seja em qualquer julgamento que possa ser considerado jurídico, este deve ser sempre impessoal e baseado em um sistema jurídico que formou o Estado Democrático. A aplicação impessoal da lei é condição de preservação de um dos maiores direitos humanos conhecidos: o da liberdade⁶¹².

Diante de tais fatos e fundamentos, uma premissa se obtém: a de que os critérios de justiça não devem embasar os julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Porém, também não significa que o julgador da Corte continental deve se apegar a um objetivo de profetizar uma nomofiláquia e doutrinar uma norma jurídica posterior.

O objetivo maior do julgador da Corte Interamericana vai ser verificar se houve alguma lesão a direitos humanos e buscar a melhor solução para o caso concreto. Tal solução se busca com a interpretação das normas escritas sobre direitos humanos, no caso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, e toda uma jurisdição internacional de direitos humanos.

Deve-se utilizar princípios do direito e normas jurídicas criados nos julgamentos da Corte Internacional de Justiça, Cortes Europeia e Africana de Direitos Humanos e, por óbvio e principal, os julgados anteriores da própria Corte Interamericana de San José, que constitui um Estado Democrático de Direitos Humanos nos vinte e cinco países americanos signatários.

O julgado deve apreciar o caso da melhor forma possível, utilizando esses princípios e normas como fundamento, mantendo a coerência com o modo de procedimento e decisões anteriores para o fortalecimento do sistema jurídico interamericano de direitos humanos e, se possível, criar-se normas jurídicas para aplicação posterior na referida sistemática ou até em julgamentos internos nos Estados-parte.

Somente essa coerência pode gerar uma previsibilidade e segurança jurídica para fortalecimento da jurisdição internacional, ou ainda, gerar uma expectativa nos países signatários. Trazendo para exemplos mais regionais, essa seria a função de um precedente segundo Neil Duxbury⁶¹³. O contrário – um julgamento sem os referidos fundamentos –, com convicções políticas ou mo-

⁶¹² O jurista Roberto Mangabeira Uger, que em passagem anterior do texto pareceu ter opinião diversa, em outra obra assim se posiciona. “*The common solution to the problems of order and freedom is the making and applying of impersonal rules of law.*” (UNGER, Roberto Mangabeira. *Knowledge and politics*. New York: Free Press, 1984. p. 67)

⁶¹³ “*By following precedent, in other words, a court not only generates legal certainty and builds up citizen’s trust, but also puts in their minds reasonable expectations as to how particular problems will be treated in the future; would-be litigants might sometimes justifiably rely on these expectations, and a court might feel uncomfortable about departing from a precedent if the consequence of doing so is that a party will suffer considerable reliance loss.*” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008. pp. 162)

rais, só tende a levar à insegurança, falta de confiabilidade e, mais remotamente, à própria míngua da Corte.

Diante disso, verifica-se que a lógica de julgamento na Corte Interamericana é de julgamento de direito subjetivo e objetivo, com dilação probatória adequada e respeitando todos os princípios basilares do processo. No entanto, a aplicação do direito, ou seja, a forma que o julgador entende que a sistemática de direitos humanos deve ser aplicada, tem como premissa primeira a Convenção Interamericana e depois as decisões anteriores da Corte que estabeleceram normas jurídicas gerais de direitos humanos. Posteriormente, pode-se utilizar como base julgamentos de outras Cortes interncontinentais de direitos humanos. Depois desse exercício, se muito necessário, o julgador pode utilizar como argumento os princípios gerais do direito e, como último alicerce, os princípios de direito natural muito bem fundamentados, por fazerem parte da própria história dos direitos humanos. Não pode fazer parte da fundamentação do julgamento qualquer questão ideológica ou pessoal do julgador.

O resultado de tais julgamentos é a produção de uma norma jurídica de direitos humanos considerada “pura”, em que a própria Corte e os tribunais dos países signatários devem utilizar como fonte do primária para a solução de casos análogos futuros.

Conclusão

Diante do exposto, em breve síntese, ressalta-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é a única detentora do poder de interpretar a Convenção também interamericana, com função e conteúdo declaratório de direitos.

Com isso, a referida Corte é legitimada a dizer quais as normas jurídicas a se extrair da Convenção, utilizando-se do caso concreto que, embora seja impulsionado por direitos subjetivos dos cidadãos lesados, são solucionados por premissas normativas firmadas à partir de interpretações simples da Convenção ou mesmo evoluções, sejam utilizando-se de julgados anteriores da Corte, de outras Cortes de direitos humanos, de aplicação de princípios gerais de Direito (positivo ou natural) ou mesmo de um de meta interpretação – leia-se: evolução – para criar novas normas acerca de direitos humanos.

Tais normas, ou novas normas, devem ser lidas praticamente como normas positivadas de cada Estado-parte para o entendimento sobre direitos humanos nos referidos países, desde que não conflitem com normas constitucionais das nações pois as normas de direitos humanos são normas supralegais, e portanto, hierarquicamente acima das normas infraconstitucionais mas inferiores às constitucionais.

Por fim, se as ditas novas premissas normativas estabelecidas nas decisões da Corte tiverem alto grau axiológico e tiverem grande reverberação, seja na própria Corte Interamericana ou nas Cortes dos Estados-parte, as decisões da Corte intercontinental não estarão criando normas jurídicas, mas princípios de direitos humanos similares aos positivados.

BIBLIOGRAFIA

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARBIÈRE, Jean-Jacques. *La procédure civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença executiva? In: *Revista de Processo* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BARIONI, Rodrigo. *O efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011.
- CADIET, Loïc. Le juge de cassation en Europe. *Revista de Processo*, n. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2009.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999. V. 1.
- CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*. Padova: Cedam, 1937.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “principalização” da jurisprudência por meio da Constituição. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, abr./jun. 2000.
- _____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Oxford: Hart publishing, 1998.
- FISCHER, Roger; URY, William. *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in*. 3rd ed. London: Penguin Books 2011.
- FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised Edition. New Haven: Yale University Press, 1969.
- GIDI, Antonio; WEIHOFEN. *Legal writing style*. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 2018.
- GIORDANO, Rosaria; LOMBARDI, Antonio. *Il nuovo processo civile: commento organico alla legge di riforma del processo civile*. Roma: Nel diritto Editore, 2009.
- GUASTINI, Riccardo. *Principi del diritto*. Dalle fonte alle norme. Turim: Giapichelli, 1990.
- GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *Os Agravos Interno e Regimental*. 1. ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2 ed., New York: Oxford University Press. 1997.
- KELSEN, Hans. *L’amor platónico*. Bologna: Il Mulino, 1985.
- _____. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. 2. ed. Porto: ELCLA, 1998.
- LUCHETTI, Giovanni. El valor del precedente jurisprudencial em el derecho romano y em la tradición romanística. In: *Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Internacional Conjunta Inocencio* n. 7. Murcia. Jul-dec. 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória*. Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.
- MEDINA, José Miguel García. *Execução civil princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada*. Hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

- MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-germanica*. 2. ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 17.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo VII. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.
- RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed., Oxford: Oxford University Press, 2009.
- _____. *Razão prática e normas*. Tradução José Garcez Ghirardi. São Paulo: Elsevier, 2010.
- SHAPIRO, Scott J., *Legality*. Cambridge: Belknap Harvard, 2013.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade*. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TARUFFO, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il mulino, 1991.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. A ação rescisória no novo Código de Processo Civil. In: *Revista Brasileira de Direito Processual* n. 90. Belo Horizonte: Ed. Forum, Abril/junho de 2015.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Knowledge and politics*. New York: Freepress, 1984.
- _____. *What Should Legal Analysis Become?* New York: Verso, 1996.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed., São Paulo: RT, 2008.

Esta obra examina, com rigor teórico e sensibilidade prática, a profunda relação entre o processo e a Constituição, destacando o papel estruturante dos direitos fundamentais na atividade jurisdicional. Partindo da premissa de que o processo não é mero instrumento técnico, os autores demonstram como ele se constitui em verdadeira garantia constitucional. Ao longo do texto, são enfrentadas questões centrais sobre devido processo legal, contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões judiciais. A análise propõe uma releitura crítica das práticas processuais à luz da ordem constitucional vigente. Com linguagem clara e abordagem reflexiva, o livro instiga o leitor a repensar a função do Judiciário em um Estado Democrático de Direito. A obra também dialoga com a doutrina contemporânea e a jurisprudência, oferecendo uma visão atualizada e consistente. Destina-se a magistrados, advogados, professores e estudantes que buscam aprofundamento qualificado. Mais do que respostas prontas, apresenta questionamentos relevantes. Um convite ao pensamento jurídico crítico. Uma leitura essencial para compreender o processo como instrumento de concretização da Constituição.

AUTORES

Angélica Ferreira Rosa
Clara Carrocini Tamaoki
Delrya Daiane Silva Gaioski Pagani
Fabio Alessandro Fressato Lessnau
Fernanda Tartuce
Fernanda Rodrigues Endrissi
Ferdinando Scremin Neto
Flávio Tartuce
Gabriela Cristine Buzzi
Gabriela Meloni Neri da Fonseca
Gilson Bonato

Helton Kramer Lustoza
Hugo Leonardo Lippi Áreas
Isabela Franciane Bassani Mangolin
Janaina de Castro Medina
José Henrique Mouta Araújo
Juliana Ducatti Scodro
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Kananda Gabriela Costacurti
Leonardo Ferres da Silva Ribeiro
Lucas Augusto Gaioski Pagani
Luiz Delloro

Marcos Noboru Hashimoto
Marcio Galil de Assumpção
Mariana Barsaglia Pimentel
Maurício Bunazar
Nida Saleh Hatoum
Rafael Guimarães
Rennan Thamay
Silvio Alexandre Fazolli
Vitor Ottoboni Pavan
Zulmar Duarte